

### **African Human Rights Yearbook**

*Volume 4 (2020)*

The three institutions making up the African regional human rights system, the African Court on Human and Peoples' Rights, the African Commission on Human and Peoples' Rights, and the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, decided to jointly publish the *African Human Rights Yearbook*, to spearhead studies on the promotion and protection of human rights, and to provide a forum for constructive engagement about the African human rights system with academics and other human rights commentators on the continent. Volume 4 of the *Yearbook*, published in 2020, contains 24 contributions by scholars from Africa and beyond.

### **Annuaire africain des droits de l'homme**

*Volume 4 (2020)*

Les trois institutions qui composent le système régional africain des droits de l'homme, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant ont décidé de publier conjointement *l'Annuaire africain des droits de l'homme* pour encourager les études sur la promotion et la protection des droits de l'homme et offrir un forum d'interaction constructive sur le système avec les universitaires et observateurs du continent. Le Volume 4 de *l'Annuaire*, publié en 2020, contient 24 contributions de chercheurs du continent et d'ailleurs.

**Pretoria University Law Press**

**PULP**

[www.pulp.up.ac.za](http://www.pulp.up.ac.za)

**ISSN: 2523-1367**



**African Human Rights Yearbook**  
Annuaire africain des droits de l'homme

**Volume 4 (2020)**

**PULP**

# **African Human Rights Yearbook**

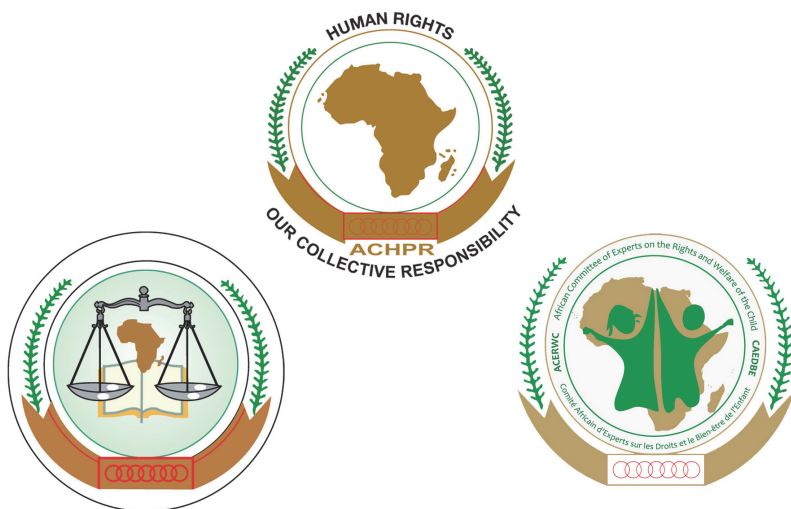
Annuaire africain des droits de l'homme  
**Anuário Africano dos Direitos Humanos**  
الكتاب السنوي لحقوق الإنسان في إفريقيا  
**Volume 4 (2020)**



# African Human Rights Yearbook

## Annuaire africain des droits de l'homme

2020 (Volume 4)



Pretoria University Law Press  
PULP

2020

## ***African Human Rights Yearbook (AHRY)***

### **Published by:**

#### **Pretoria University Law Press (PULP)**

The Pretoria University Law Press (PULP) is a publisher at the Faculty of Law, University of Pretoria, South Africa. PULP endeavours to publish and make available innovative, high-quality scholarly texts on law in Africa. PULP also publishes a series of collections of legal documents related to public law in Africa, as well as text books from African countries other than South Africa. The articles in this *Yearbook* were peer reviewed prior to publication. For more information on PULP, see [www.pulp.up.ac.za](http://www.pulp.up.ac.za)

### **Printed and bound by:**

Pinetown Printers, Durban, South Africa

### **To order, contact:**

PULP, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria, South Africa, 0002

Tel: +27 12 420 4948, E-mail: [pulp@up.ac.za](mailto:pulp@up.ac.za)

[www.pulp.up.ac.za](http://www.pulp.up.ac.za)

### **Cover:**

Yolanda Booyzen, Centre for Human Rights

**ISSN: 2523-1367**

© 2020

### **THIS YEARBOOK SHOULD BE CITED AS (2020) 4 AHRY**

The *African Human Rights Yearbook* publishes peer-reviewed contributions dealing with the aspects of the African human rights system covering its norms, the operation of its institutions, and the connection between human rights and the theme of the African Union for the year of publication, which in 2020 is 'Silencing the guns: Creating conducive conditions for Africa's development'.

The *Yearbook* appears annually under the aegis of the African Commission on Human and Peoples' Rights, the African Court on Human and Peoples' Rights and the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child. The *Yearbook* is an open access online publication, see [www.ahry.up.ac.za](http://www.ahry.up.ac.za)

Copyright vests with the authors of the articles, the Commission, the Court, the Committee, represented by the Court, and the Centre for Human Rights.



## ***Annuaire africain des droits de l'homme (AADH)***

### **Publié par:**

#### **Pretoria University Law Press (PULP)**

Pretoria University Law Press (PULP) est une maison d'édition basée à la Faculté de Droit de l'Université de Pretoria en Afrique du Sud. PULP œuvre à publier et à rendre accessible des productions universitaires innovantes et de grande qualité. PULP publie également une série de collections de documents juridiques relatifs au droit public en Afrique de même que ouvrages d'enseignement d'autres pays autre que l'Afrique du Sud. Les articles contenus dans cet Annuaire ont été soumis à un processus de relecture avant leur publication.

Pour de plus amples informations concernant PULP, voir [www.pulp.up.ac.za](http://www.pulp.up.ac.za)

### **Imprimé et relié par:**

Pinetown Printers, Durban, Sud Afrique

### **Pour commander veuillez contacter:**

PULP, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria, South Africa, 0002

Tel: +27 12 420 4948, E-mail: [pulp@up.ac.za](mailto:pulp@up.ac.za)

[www.pulp.up.ac.za](http://www.pulp.up.ac.za)

### **Conception de la couverture:**

Yolanda Booyzen, Centre for Human Rights

**ISSN: 2523-1367**

© 2020

### **CITATION (2020) 4 AHRY**

*L'Annuaire africain des droits de l'homme* publie des contributions relues portant sur les aspects du système africain des droits de l'homme touchant à ses normes et au fonctionnement de ses institutions ainsi qu'aux relations entre les droits de l'homme et le thème de l'Union africaine pour l'année de publication qui est, pour 2020 «Faire taire les armes en Afrique: créer un environnement propice au développement»

*L'Annuaire* paraît une fois par an sous l'égide de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant. *L'Annuaire* est une publication d'accès libre en ligne, veuillez consulter [www.ahry.up.ac.za](http://www.ahry.up.ac.za)

Les droits d'auteur sont détenus par les auteurs des articles, par la Commission, la Cour et le Comité, représentés par la Cour, et par le Centre for Human Rights.



## International advisory board Comité consultatif international

### **Rafaâ Ben Achour**

Judge of the African Court on Human and Peoples' Rights  
*Juge à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*

### **Mohammed Bedjaoui**

Former Judge of the International Court of Justice  
Former Chairperson of the Constitutional Council of Algeria  
*Juge à la Cour internationale de justice  
Ancien Président du Conseil constitutionnel d'Algérie*

### **Emmanuel Decaux**

Professor of Law, University of Panthéon-Assas  
*Professeur de droit, Université Panthéon-Assas*

### **Solomon A Dersso**

Chairperson of the African Commission on Human and Peoples' Rights  
Chairperson of the Working Group on Extractive Industries, the Environment and Human Rights Violations  
*Président de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples  
Président, Groupe de travail sur les industries extractives, l'environnement et les violations des droits de l'homme*

### **Robert Dossou**

Former President of the Constitutional Court of Benin  
Former Minister of Foreign Affairs  
Former Honourary Dean of the Faculty of Law, Abomey-Calavi University  
*Ancien Président de la Cour constitutionnelle du Bénin  
Ancien Ministre des affaires étrangères  
Ancien Doyen Honoraire de la Faculté de droit, Université d'Abomey-Calavi*

### **Maya Sahlî Fadel**

Member of the African Commission on Human and Peoples' Rights  
Special Rapporteur on Refugees, Asylum Seekers, Migrants and Internally Displaced Persons  
*Membre de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples  
Rapporteuse spéciale sur les réfugiés, les demandeurs d'asile et les personnes déplacées internes*

### **Patricia Kameri-Mbote**

Advocate of the High Court  
Professor of Law, School of Law, University of Nairobi  
*Avocate à la Cour suprême  
Professeure de droit, Faculté de droit, Université de Nairobi*

### **Goitseone Nanikie Nkwe**

Chairperson of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child  
*Président, Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant*

### **Maurice Kamto**

Professor of Public Law, School of Law, University of Yaoundé II  
*Agrégé de droit public, Professeur de droit  
Faculté de droit, Université de Yaoundé II*

### **Tiyanjana Maluwa**

Professor of Law, School of Law, H Laddie Montague Chair in Law, Pennsylvania State University  
*Professeur de droit, Faculté de droit;  
H Laddie Montague Chaire de Droit, Université de Pennsylvanie*

### **Angelo Vasco Matusse**

Judge of the African Court on Human and Peoples' Rights  
*Juge à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*

### **Benyam Mezmur**

Member of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child  
Member of the United Nations Committee on the Rights of the Child  
Professor of Law, University of the Western Cape  
*Membre du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant  
Membre du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies  
Professeur de droit, Université de Western Cape*

### **Rachel Murray**

Professor of International Law, Centre for Human Rights Implementation, University of Bristol  
*Professeure de droit international, Human Rights Implementation Centre, Université de Bristol*

### **Jean Salmon**

Professor Emeritus, Université Libre de Bruxelles  
Member, Permanent Court of Arbitration  
Member, Institute of International Law  
*Professeur émérite de l'Université Libre de Bruxelles  
Membre, Cour permanente d'arbitrage  
Membre, Institut de droit international*

# Editorial committee Comité de rédaction

## Editors:

### Janet Gbam

Student, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria  
*Étudiante, Centre for Human Rights, Faculté de Droit, Université de Pretoria*

### Trésor Makunya Muhindo

Doctoral student, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria  
*Doctorant, Centre for Human Rights, Faculté de Droit, Université de Pretoria*

### Frans Viljoen

Director and Professor, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria  
*Directeur et Professeur, Centre for Human Rights, Faculté de Droit, Université de Pretoria*

## Co-editors:

### Oyeniya Abe

Senior Research Fellow, OGEES Institute  
Afe Babalola University, Ado-Ekiti, Nigeria  
*Chercheur senior, Ogees Institute  
Université Afe Babalola, Ado-Ekiti, Nigeria*

### Jegede Ademola

Associate Professor, School of Law, University of Venda  
*Professeur associé, Faculté Droit, Université de Venda*

### Romola Adeola

Post-doctoral fellow, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria  
*Chercheuse post-doctorale, Centre for Human Rights, Faculté de Droit, Université de Pretoria*

### Horace Adjolohoun

Principal Legal Officer, African Court on Human and Peoples' Rights  
*Juriste Principal en Chef, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*

### Victor Ayeni

Senior Lecturer, Faculty of Law, Adekunle Ajasin University, Ondo State, Nigeria  
*Maître de Conférences, Faculté de Droit, Université Adekunle Ajasin, Etat d'Ondo, Nigeria*

### Ashwance Budoo

Programme manager, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria  
*Chef de programmes, Centre for Human Rights, Faculté de Droit, Université de Pretoria*

### Henrietta Ekefre

Doctoral student, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria  
*Doctorante, Centre for Human Rights, Faculté de Droit, Université de Pretoria*

### Samson Igor Bidossessi Guèdègbé

Professor and Holder of the UNESCO Chair on Human Rights and Democracy of the University of Abomey-Calavi (Benin)  
*Professeur et Titulaire de la Chaire UNESCO des droits de la personne humaine et de la démocratie de l'Université d'Abomey-Calavi (Benin)*

### Hajer Gueldich

Professor of Law and Director of the Master's program in African Union Law and Policies, University of Carthage (Tunisia)  
Member of the African Union Commission on International Law (AUCIL)  
*Professeure des Universités et Directrice du Programme de Master de recherche en droit et politiques de l'Union africaine, Université de Carthage (Tunisie)  
Commissaire élue de la Commission de L'Union africaine pour le Droit international (CUADI)*

### Kazadi Mpiana Joseph

Professor of Public Law, University of Lubumbashi (Democratic Republic of Congo)  
*Professeur de droit public, Université de Lubumbashi (République démocratique du Congo)*

### Babacar Kanté

Former Dean of the Faculty of Legal and Political Sciences at the Université Gaston Berger de Saint-Louis (Sénégal)  
Former Vice-President of the Senegal Constitutional Council  
*Doyen honoraire de l'UFR des Sciences juridiques et politiques de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis  
Ancien Vice-président du Conseil constitutionnel du Sénégal*

### Sanwé Médard Kiénon

Professor of International Law, University Nazi Boni of Bobo-Dioulasso (Burkina Faso)  
*Professeur de droit international, Université Nazi Boni de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso)*

### Magnus Killander

Professor, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria  
*Professeur, Centre for Human Rights, Faculté de Droit, Université de Pretoria*

### Catherine Maia

Professor of International Law, Lusófona University of Porto (Portugal) and Sciences Po (Paris)  
*Professeure de droit international, Université Lusófona de Porto (Portugal) et Sciences Po (Paris)*

### Nkatha Murungi

Assistant Director, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria  
*Directeur adjoint, Centre for Human Rights, Faculté de Droit, Université de Pretoria*

**Mwiza Jo Nkhata**

Principal Legal Officer, African Court on  
Human and Peoples' Rights  
*Juriste Principal en Chef, Cour africaine des  
droits de l'homme et des peuples*

**Michael Nyarko**

Doctoral student, Centre for Human Rights,  
Faculty of Law, University of Pretoria  
*Doctorant, Centre for Human Rights, Faculté  
de Droit, Université de Pretoria*

**Guy-Fleury Ntwari**

Senior Legal Officer, African Union Office of  
the Legal Counsel  
*Juriste Principal, Bureau du Conseiller  
juridique de l'Union africaine*

**Editorial assistants:**

**Mai Aman**

Student, Centre for Human Rights, Faculty of  
Law, University of Pretoria  
*Étudiante, Centre for Human Rights, Faculté  
de Droit, Université de Pretoria*

**Johnson Mayamba Banziyanga**

Student, Centre for Human Rights, Faculty of  
Law, University of Pretoria  
*Étudiant, Centre for Human Rights, Faculté  
de Droit, Université de Pretoria*

**Ayo Sogunro**

Doctoral student, Centre for Human Rights,  
Faculty of Law, University of Pretoria  
*Doctorant, Centre for Human Rights, Faculté  
de Droit, Université de Pretoria*

**Sâ Benjamin Traoré**

Post-doctoral fellow, Centre for Human  
Rights, Faculty of Law, University of Pretoria  
*Chercheur post-doctoral, Centre for Human  
Rights, Faculté de Droit, Université de  
Pretoria*

# Contents Table des matières

Acknowledgments **xi**

Preface / Préface **xiii**

## I

### ARTICLES FOCUSED ON ASPECTS OF THE AFRICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM AND AFRICAN UNION HUMAN RIGHTS STANDARDS

### ARTICLES PORTANT SUR LES ASPECTS DU SYSTÈME AFRICAIN DES DROITS DE L'HOMME ET LES NORMES DES DROITS DE L'HOMME DE L'UNION AFRICAINE

Fashioning rights in the African  
Court on Human and Peoples'  
Rights: understanding the  
proceduralisation of substantive  
rights

**1**

*Cirimwami,  
Ezéchiél Amani*

Assessing violations of states'  
socio-economic rights obligations  
in the African Charter: towards a  
model of review grounded in the  
teleological approach

**16**

*Amin, Anneth*

La Cour africaine des droits de  
l'homme et des peuples dans le  
Forum permanent des cours  
régionales des droits de l'homme

**43**

*Badugue, Patrick*

Le système africain des droits de  
l'homme face à l'état d'urgence  
sanitaire due à la Covid-19

**60**

*Bahoze, Olivier  
Baraka*

Les Protocoles normatifs à la  
Charte africaine des droits de  
l'homme et des peuples

**83**

*Ben Achour, Rafaâ*



Domesticating the African Charter on Human and Peoples' Rights in Ghana: threat or promise to sexual minority rights?	99	<i>Ako, Ernest Yaw</i>
Le droit saisi d'en-bas: les frémissements des droits des Pygmées sur leurs forêts ancestrales en République démocratique du Congo	122	<i>Mirindi, Patient Lwango</i>
An appraisal of the Draft Framework for Reporting and Monitoring Execution of Judgments of the African Court on Human and Peoples' Rights	144	<i>Lungu, Suzgo</i>
مئة تصديق مصر علي بروتوكول المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان و الشعوب	165	<i>Mosaed, Abd el Atty</i>
A bundle of mystery? Unpacking the application of the 'bundle of rights and guarantees' in the admissibility of applications before the African Court on Human and Peoples' Rights	192	<i>Nkhata, Mwiza Jo</i>
La question homosexuelle en Afrique: entre droit, politique et éthique	213	<i>Nwatchok, Ousmanou &amp; Sylla, Abdoulaye</i>
Social media and the prohibition of 'false news': can the free speech jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples' Rights provide a litmus test?	231	<i>Salau, Aaron Olaniyi</i>
Perspectives africaines des droits de l'homme en droit international des investissements	255	<i>Radilofe, Randianina</i>

---

## II

### **SPECIAL FOCUS ON THE AFRICAN UNION'S THEME FOR 2020: SILENCING THE GUNS: CREATING CONDUCTIVE CONDITIONS FOR AFRICA'S DEVELOPMENT**

#### **FOCUS SPECIAL SUR LE THEME DE L'UNION AFRICAINE POUR L'ANNEE 2020: FAIRE TAIRE LES ARMES EN AFRIQUE: CRÉER UN ENVIRONNEMENT PROPICE AU DÉVELOPPEMENT**

A vehicle for peacebuilding or cloak of impunity? The Zimbabwe National Peace and Reconciliation Commission	277	<i>Mazambani, Delis &amp; Tapfumaneyi, Nicol Tinashe</i>
An examination of unlawful foreign military operations in Africa	298	<i>Amouri, Baya</i>
Silencing the guns to end gender-based violence in Africa: an analysis of article 10(3) of the Maputo Protocol	324	<i>Budoo, Ashwanee</i>
The role of continental and regional courts in peace-building through the judicial resolution of election-related disputes	343	<i>Kakai, Grace Wakio</i>
Les mécanismes d'intégration des ex-rebelles dans le processus de stabilisation des zones de conflits en Afrique	372	<i>Nyandjou, Cédric Yasser Nzouakeu</i>

---

## III

### **CASE COMMENTARIES**

#### **COMMENTAIRES DE DECISIONS**

Responsabilité étatique en matière de disparitions forcées à l'aune de l'affaire <i>Collectif des familles de disparu(e)s c. Algérie</i>	395	<i>Bizimana, Eric</i>
--	-----	-----------------------

---

<p>Evaluating the decision in <i>Michelo Hansungule and others (on behalf of the Children of Northern Uganda) v Uganda</i>: a case commentary</p>	<p>415</p>	<p>Fawole, Charissa</p>
<p>When to push the envelope? Corruption, human rights and the request for an advisory opinion by the SERAP to the African Court</p>	<p>436</p>	<p>Maguchu, Prosper</p>
<p>L'arrêt <i>Association pour le progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c. Mali</i> en procès</p>	<p>457</p>	<p>Ngombo, Yannick Miteo &amp; Manzanza, Grâce Muzinga</p>
<p>Les ordonnances de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en indication de mesures provisoires dans les affaires <i>Sébastien Ajavon c. Bénin</i> et <i>Guillaume Soro et autres c. Côte d'Ivoire</i>: souplesse ou aventure?</p>	<p>476</p>	<p>Dabiré, Samson Mwin Sôg Mè</p>
<p>Revisiting the <i>Endorois</i> and <i>Ogiek</i> cases: is the African human rights mechanism a toothless bulldog?</p>	<p>497</p>	<p>Nasirumbi, Stella</p>

## Acknowledgments Remerciements

The support of the following persons in the process of publishing this *Yearbook* is acknowledged with much appreciation:

*La contribution des personnes ci-après à la facilitation du processus de publication de cet Annuaire est fortement appréciée:*

**Dr. Robert Eno**

Registrar, African Court on Human and Peoples' Rights  
*Greffier, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*

**Mr. Nouhou Madani Diallo**

Deputy Registrar, African Court on Human and Peoples' Rights  
*Greffier Adjoint, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*

**Ms. Grace Wakio Kakai**

Head of Legal Division, African Court on Human and Peoples' Rights  
*Chef de la Division Juridique, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*

**Dr. Sègnonna Horace Adjolohoun**

Principal Legal Officer, African Court on Human and Peoples' Rights  
*Juriste Principal en Chef, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*

**Dr. Mwiza Jo Nkhata**

Principal Legal Officer, African Court on Human and Peoples' Rights  
*Juriste Principal en Chef, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*

**Ms. Lindiwe Khumalo**

Acting Secretary, African Commission on Human and Peoples' Rights  
*Secrétaire intérimaire, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*

**Ms. Anita Bagona**

Legal Officer, African Commission on Human and Peoples' Rights  
*Juriste, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*

**Ms. Estelle Nkounkou**

Legal Officer, African Commission on Human and Peoples' Rights  
*Juriste, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*

**Ms. Catherine Wanjiru Maina**

Officer in Charge, Secretariat of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child  
*Responsable du Secrétariat, Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant*

**Mr. Ayalew Getachew Assefa**

Senior Child Protection Officer, Secretariat of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child  
*Juriste Principal Chargé de Protection, Secrétariat, Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant*

**Mr. Philippe Sekone**

Child Rights Officer, Secretariat of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child  
*Responsable des droits de l'enfant, Secrétariat, Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant*

All the reviewers of submissions who generously assisted the editorial committee

*Tous les relecteurs qui ont généreusement assisté le Comité éditorial*

**Ms. Lizette Hermann**

Manager of the Pretoria University Law Press (PULP), for her immeasurable patience and professionalism in making the manuscript print-ready

*Responsable de la Pretoria University Law Press (PULP), pour sa patience et son professionnalisme incommensurables dans la mise en forme et la préparation du manuscrit à l'impression*

## Editorial Éditorial

This fourth volume of the *African Human Rights Yearbook* comes at a time when humanity and particularly our continent is facing new health, economic and humanitarian challenges arising from the outbreak and persistence of the COVID-19 pandemic. Africa's human rights situation, which already gave cause for concern, has seriously deteriorated, thus shaking the progress made here and there, including the very foundations of our systems for protection and promotion of human and peoples' rights. This adverse reality that we have to deal with has, in many respects, weakened the momentum of the institutions working for the development and well-being of Africans and eroded the hopes of peoples in the protection of their rights and respect for their dignity.

In the midst of this bleak picture, this edition, like the previous ones, is intended to be a tool that contributes to the development of the African human rights system and provides relevant responses to the issues raised by the theme chosen by the African Union for this year 2020: 'Silencing the guns: creating conducive conditions for Africa's development.' This year, the *Yearbook* continues to be not only an effective form of communication on how the authors perceive and understand the African human rights system, but also on how we interpret our norms and give effect to rights in response to issues of current and future relevance.

The wealth of the contributions of academics, experts, civil society actors, etc., makes this edition a didactic tool to encourage and promote academic research on human rights issues, taking into account of course the distinctive features of the problems specific to the African context. Its ambition is not to merely praise a system, shed light on its merits or promote the image of human rights institutions, especially not at a time when what would normally have been a reason to live is fading away and when, at the risk of sinking, we must question the principles and accept the critical analysis which alone opens the way to the positive improvement of our entire human rights system.

I would also like to take this opportunity to pay tribute once again to the commitment of all the men and women of the continent who, since the first edition, have contributed in different ways to the sustainability of this publication initiated by the three African Union organs with a human rights mandate and making up the African human rights system. We continue to hope that it will serve to strengthen a culture of human rights, the rule of law and good governance on the continent and guarantee the harmonious development and well-being of its peoples.

**Honourable Sylvain ORE**

President of the African Court on Human and Peoples' Rights

Le quatrième volume de l'*Annuaire africain des droits de l'homme* que voici intervient au moment où l'humanité toute entière et particulièrement notre continent fait face à de nouveaux défis sanitaires, économiques et humanitaires nés de la survenance et de la persistance de la pandémie du COVID 19. La situation des droits de l'homme en Afrique qui était déjà préoccupante s'est gravement détériorée, remettant en cause les avancées enregistrées ici et là, voire les fondements même de nos systèmes de protection et de promotion des droits de l'homme et des peuples. Ce contexte délétère auquel nous devons faire face a, à bien des égards, fragilisé l'élan des institutions qui œuvrent pour l'épanouissement et le bien-être des africains et empoisonné les espérances des peuples dans la protection de leurs droits et dans le respect de leur dignité.

Au vu de ce tableau peu reluisant, le présent volume, tout comme les précédents, se veut être un outil qui apporte une contribution à l'évolution du système africain des droits de l'homme et des réponses pertinentes aux problématiques soulevées par la thématique retenue par l'Union africaine pour cette année 2020: «Faire taire les armes en Afrique: créer un environnement propice au développement». Cette année, l'*Annuaire* continue d'être non seulement une forme de communication efficace sur la façon dont les auteurs perçoivent et comprennent le système africain des droits de l'homme, il rend également compte de la manière dont nous interprétons nos normes et donnons effet aux droits de l'homme au regard des enjeux de l'heure et de leur pertinence dans l'avenir.

La richesse des contributions des universitaires, experts, acteurs de la société civile, etc., fait de cette publication l'outil didactique destiné à encourager et à promouvoir les recherches universitaires sur les questions des droits de l'homme en tenant compte évidemment des spécificités liées aux problématiques propres au contexte africain. Il n'a pas pour ambition de faire simplement l'apologie d'un système, de mettre en exergue ses mérites ou de promouvoir l'image des institutions des droits de l'homme, surtout pas à un moment où s'évanouie ce qui normalement aurait été une raison de vivre et où, sous peine de sombrer, il faut remettre en question les principes et accepter l'analyse critique qui seule ouvre la voie à l'amélioration positive de tout notre système des droits de l'homme.

Je saisi cette occasion pour saluer une fois encore l'engagement de tous ces hommes et femmes du continent qui, depuis la première édition, contribuent d'une manière ou d'une autre à la pérennisation de cette publication initiée par les trois organes africains ayant un mandat en matière de droit de l'homme et composant le système africain des droits de l'homme. Nous continuons d'espérer qu'il serve à affermir sur le continent la culture des droits de l'homme, de l'état de droit et de la bonne gouvernance, gage du développement harmonieux et du bien-être des populations.

**Honorable Sylvain ORE**

Président de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

# **I**

**ARTICLES FOCUSED ON ASPECTS OF  
THE AFRICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM  
AND AFRICAN UNION  
HUMAN RIGHTS STANDARDS**

**ARTICLES PORTANT SUR LES ASPECTS  
DU SYSTEME AFRICAIN DES DROITS DE  
L'HOMME ET LES NORMES DES DROITS  
DE L'HOMME DE L'UNION AFRICAINE**





# **Fashioning rights in the African Court on Human and Peoples' Rights: understanding the proceduralisation of substantive rights**

*Ezéchiél Amani Cirimwami\**

<https://orcid.org/0000-0003-4589-993X>

**ABSTRACT:** In the contemporary practice of international human rights adjudication, it is increasingly recognised that almost every substantive right implies a positive action of establishing effective procedures to ensure its enforcement. In intensifying their scrutiny of domestic procedures designed to ensure respect for human rights treaty provisions in the national order, regional human rights courts have developed a practice of adding a procedural obligation to national authorities to strengthen the internal protection of substantive rights. While such a practice remains unnamed in human rights law jurisprudence, scholars have described it as the 'proceduralisation' of substantive rights. In essence, the proceduralisation of substantive rights, as an offshoot of judicial activism, seeks to ensure the concretisation of rights by both widening the scope of obligations and strengthening the requirement for their protection. While this issue has been topical in scholarship relating to the European Court of Human Rights, there is no systematic analysis of how proceduralisation has so far helped the African Court on Human and Peoples' Rights to fashion the trajectory of substantive rights in widening the scope of obligations and deepening the requirement of their protection. This article intends to fill that gap.

## **TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:**

**Le façonnage des droits à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: comprendre la procéduralisation des droits substantiels**

**RÉSUMÉ:** Dans la pratique contemporaine du contentieux international des droits de l'homme, il est de plus en plus reconnu que presque chaque droit substantiel renferme une action positive implicite de mettre en place des procédures efficaces permettant de revendiquer au niveau national le droit en cause. Les cours régionales des droits de l'homme, en intensifiant leur contrôle des procédures internes destinées à assurer le respect des dispositions des traités des droits de l'homme dans l'ordre national, ont développé une pratique d'adjonction jurisprudentielle d'une obligation procédurale à charge des autorités nationales pour renforcer la protection interne d'un droit substantiel garanti. Bien que cette pratique prétorienne reste innommée dans la jurisprudence, la doctrine l'a décrite comme étant la «procéduralisation» des droits substantiels. En substance, la procéduralisation des droits substantiels, en tant que ramification de l'activisme judiciaire, vise à assurer la réalisation effective des droits garantis en élargissant le champ des obligations des États et en renforçant l'exigence de leur protection. Si cette question est d'actualité dans la littérature sur la Cour européenne des droits de l'homme, il n'existe aucune analyse systématique de la manière dont la procéduralisation a jusqu'à présent aidé la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à façonner la trajectoire des droits substantiels en élargissant la portée des obligations et en approfondissant l'exigence de leur protection. Cet article vise à combler ce vide.

\* Research Fellow at the Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law and currently completing a joint PhD at the Vrije Universiteit Brussel and the Université catholique de Louvain. Former Deputy Public Prosecutor, sitting Judge in the Democratic Republic of Congo; [ezechiel.amani@mpi.lu](mailto:ezechiel.amani@mpi.lu)

**KEY WORDS:** African Court on Human and Peoples' Rights, proceduralisation, procedural obligation, substantive rights

**CONTENT:**

1	Introduction.....	2
2	The general approach of the African Court on Human and Peoples' Rights regarding proceduralisation of substantives rights.....	5
2.1	Applying the proceduralisation to qualified substantives rights.....	6
2.2	Proceduralising implied substantive rights .....	11
3	Conclusion .....	14

## 1 INTRODUCTION

The term ‘proceduralisation’ is a neologism that merely means ‘making (it more) procedural’.<sup>1</sup> This term has not yet been clearly associated with the African Court on Human and Peoples’ Rights (African Court or Court). Neither the African Charter on Human and Peoples’ Rights (Charter), nor any other relevant human rights instrument<sup>2</sup> from which the African Court derives its jurisdiction in light of article 3(1) of the African Charter,<sup>3</sup> refers to the term. The case law of the African Court is also silent on this issue.

It is well established that contemporary international human rights theory and practice recognise that almost every substantive human right implies a positive action of putting in place effective procedures capable of securing its enforcement.<sup>4</sup> This positive action is labelled as a procedural obligation.<sup>5</sup> Indeed, human rights adjudicating bodies have intensified their scrutiny of internal procedures designed to ensure respect for human rights treaty provisions in the national order.

1 E Dubout ‘La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l’homme’ (2007) 69 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 397; K I Panagoulas *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l’homme* (2011) 17; N Le Bonniec *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l’homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l’homme* (2017) 23-24.

2 The African Court enjoys a distinctive contentious jurisdiction which extends to the interpretation and application of any other relevant human rights instrument ratified by the states concerned. See, A Rachovitsa ‘On new “judicial animals”: the curious case of an African Court with material jurisdiction of a global scope’ (2019) 19 *Human Rights Law Review* 255-289; J Mumbala & E Amani ‘Le système africain de protection des droits de l’homme et le droit international humanitaire’ (2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 13-14.

3 Article 3(1) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples’ Rights reads: ‘The jurisdiction of the Court shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, this Protocol and any other relevant Human Rights instrument ratified by the states concerned’.

4 K Krešimir *Prosecuting human rights offences: rethinking the sword function of human rights law* (2017) 29; E Brems ‘Procedural protection: An examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights’ in E Brems & J Gerards (eds) *Shaping rights in the ECHR* (2013) 138.

5 L Lavrysen ‘The scope of rights and the scope of obligations: positive obligations’ in Brems & Gerards (n 4) 162; Krešimir (n 4).

In the process, they are increasingly developing a practice of adding a procedural obligation to national authorities in order to strengthen the internal protection of a substantive right.<sup>6</sup> As Krešimir highlights, the procedural obligation should not be indiscriminately identified with a positive obligation in practical reasoning.<sup>7</sup> Instead, the latter can include two types of positive obligations: procedural and substantive obligations.<sup>8</sup> The positive obligation, as a specific legal concept in international human rights law, has a broader meaning and scope than the procedural obligation.<sup>9</sup> They do not necessarily have the same aim and models of enforcement.<sup>10</sup> Krešimir further observes that even though the positive obligation as a legal concept also encompasses specific substantive requirements,<sup>11</sup> it differs from the concept of procedural obligation, which is associated with the issue of proceduralisation of human rights.<sup>12</sup>

Human rights adjudicating bodies' practice of adding a procedural obligation to national authorities to strengthen the internal protection of a substantive right remains unnamed in case law. As 'law abhors a vacuum',<sup>13</sup> the doctrine has described it as proceduralisation of substantive rights.<sup>14</sup> Proceduralisation is, therefore, a purely doctrinal concept that results from judicial activism.<sup>15</sup>

There are two possible meanings of the concept of proceduralisation, depending on whether it relates to the law or the right. Concerning this classification, Dubout contends that proceduralisation has a broad and a narrow meaning. In its broadest sense, and from a systemic perspective, the proceduralisation of law refers to the establishment of procedures designed to enhance the quality of a legal system. In the narrower sense, and from a more contentious perspective, the proceduralisation of a right refers to the establishment of procedural mechanisms to improve the enforcement of that right.<sup>16</sup> It has a narrower scope and aims at enabling the realisation of a right.<sup>17</sup> From this second meaning, proceduralisation denotes a process intended to reinforce the protection of a substantive

6 Dubout (n 1) 398; F Sudre *Droit européen et international des droits de l'homme* (2019) 253-254.

7 Krešimir (n 4) 29.

8 V Stoyanova *Human trafficking and slavery reconsidered: conceptual limits and states' positive obligations in European law* (2017) 329.

9 See for further reading, Stoyanova (n 8) ch 8: Positive Obligations under Human Rights Law, 319-426; Lavrysen (n 5).

10 Krešimir (n 4); see further for the interplay between positive obligation and enforcement, S Rabinder 'Using positive obligations in enforcing Convention rights' (2008) 13(2) *Judicial Review* 97.

11 Stoyanova (n 8) 329.

12 Krešimir (n 4) 29.

13 B Rempel 'Scoring points: the law abhors vacuum' (1991) 16(3) *Law Now* 8-9.

14 Le Bonniec (n 1) 25; Dubout (n 1) 397; Panagoulas (n 1) 17.

15 Krešimir (n 4) 29; Dubout (n 1) 398.

16 Dubout (n 1) 398.

17 Le Bonniec (n 1) 30

right guaranteed in international human rights law.<sup>18</sup> It is both a positive and implied obligation that requires active conduct from national authorities to ensure the effectiveness of the protected right.<sup>19</sup> The failure to comply with the procedural obligation leads to a violation of a Human Right Convention regardless of whether the substance of the protected right itself has been violated.<sup>20</sup> As a result, a distinction is made in the same provision between a substantive aspect and a procedural aspect, thus creating a form of duplication of the guaranteed right.<sup>21</sup> In this regard, Krešimir observes that while the substantive and procedural aspects of human rights norms operate as distinct and autonomous duties,<sup>22</sup> they are not in a conceptual clash but rather interact as two conceptually distinct legal requirements.<sup>23</sup> In the same vein, Dubout sees the procedural and substantive protections of a right as two complementary guarantees.<sup>24</sup> He distinguishes between the two by highlighting the substantive protection as an obligation of result and the procedural protection as an obligation of means. As Krešimir emphasises, in practical reasoning, this distinction translates into the fact that in order to find a substantive violation of a right, it is necessary to establish a causal link between the action or inaction of the state and the infringement of the right.<sup>25</sup> For example, a procedural violation can be found by identifying failures in the process that have led to the absence of prevention, sanctioning and effective deterrence of a human rights offence. However, in order to make such a finding, it is not necessary to identify whether the state is directly responsible for the infringement of the substantive aspect of the right.<sup>26</sup>

Overall, proceduralisation in international human rights law has several aspects.<sup>27</sup> Linked to substantive rights, it intends to reinforce the protection of substantive rights guaranteed in international human rights law. It leads to the concretisation of rights by widening the scope of obligations and by deepening the requirement of their protection.<sup>28</sup>

18 Krešimir (n 4) 29; Dubout (n 1) 398.

19 Dubout (n 1) 398.

20 As above.

21 As above.

22 K Krešimir 'Substantive and procedural criminal law protection of human rights in the law of the European Convention on Human Rights' (2020) 20 *Human Rights Law Review* 75-100 at 81; Krešimir (n 4) 30; T Kleinlein 'The procedural approach of the European Court of Human rights: between subsidiarity and dynamic evolution' (2019) 68 *International and Comparative Law Quarterly* 99.

23 See further, A Bottoms & J Tankebe 'Beyond procedural justice: a dialogic approach to legitimacy in criminal justice' (2012) 102(1) *Journal of Criminal Law and Criminology* 119-170.

24 Dubout (n 1) 415.

25 Krešimir (n 22) 83.

26 As above.

27 JH Gerards & E Brems 'Procedural review in European fundamental rights cases: introduction' in JH Gerards & E Brems (eds) *Procedural review in European fundamental rights cases* (2017) 1; T Kleinlein 'The procedural approach in international human rights law and fundamental values: towards a proceduralisation of the interface of international and domestic law?' (2018) 10(4) *ESIL Conference Paper Series* 1-23; Kleinlein (n 22) 92.

28 Dubout (n 1) 404.

The proceduralisation of substantive rights is not absent from the African Court's case law. Whereas it has been a topical issue in the literature<sup>29</sup> relating to the European Court of Human Rights' case law, there is no systematic analysis of how it has so far helped the African Court to concretise a given right. The discussion herein will make an appraisal of this trend of proceduralisation in the African Court's case law.

## **2 THE GENERAL APPROACH OF THE AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS REGARDING PROCEDURALISATION OF SUBSTANTIVES RIGHTS**

The Africa Court has progressively been involved in the proceduralisation of substantive rights. The trend towards proceduralisation in its judgments emerges from two patterns. On the one hand, explicit procedural requirements are found in various provisions of the African Charter. These self-contained procedural rights imply a duty of due diligence in investigation and prosecution, or a duty to enact new legislation providing individuals with judicial remedies.

These obligations now fall within the scope of the right in question, which suggests that review on the merits of the relevant right may also include a review on the procedural merits. On the other hand, the African Court has focused on domestic proceedings among the other grounds when deciding on the merits. Proceduralisation is, therefore, an integrated procedural review,<sup>30</sup> which implies that the quality of the internal decision-making processes influences the Court's review on the merits.

A thorough analysis of the African Court judges' reasoning and motivations reveals that the Court does not only adjudicate and solve legal disputes, but it also makes law by determining what abstract norms mean.<sup>31</sup> Through the interpretative practice of proceduralisation, it has clarified or modified a substantive provision's content and scope of application. By widening the scope of states' obligations and deepening the requirement of substantive rights' protection, the African Court refashions the trajectory<sup>32</sup> of some provisions of the African Charter.

29 Le Bonniec (n 1); Dubout (n 1); Panagoulis (n 1).

30 See further, Kleinlein (n 22) 93.

31 See further for a concise analysis of how courts make law, E Yildiz 'A Court with many faces: judicial characters and modes of norm development in the European Court of Human Rights' (2020) 31 *European Journal of International Law* 73-99.

32 Regarding the reshape or refashion of norm's trajectory, see n 31 above.

In addition, the Court seems to have acquired a taste in this practice of proceduralisation that it has managed to proceduralise substantive rights that are not enshrined in the African Charter. This practice may be the consequence of this phenomenon resulting from the judicial activism of the Court.

## 2.1 Applying the proceduralisation to qualified substantives rights

Cases decided thus far by the Court have concerned qualified rights. The most common paradigm of the concretisation of rights by deepening the requirement of their protection and widening the scope of obligations is the requirement of an effective investigation into the infringement of a substantive right guaranteed by article 7 of the African Charter.

In its landmark judgment issued in the case of *Nobert Zongo and Others v Burkina Faso*,<sup>33</sup> the African Court assessed the procedural requirements found in the substantive right to a fair trial guaranteed in article 7 of the African Charter. This case was about the murder of Norbert Zongo, an investigative journalist and editor of the Burkinabe magazine *L'Indépendant*, his younger brother Ernest Zongo and two co-workers.<sup>34</sup> They were all killed in Burkina Faso on 13 December 1998 in particularly suspicious circumstances. The case was brought by the families of Zongo and his colleagues and by the NGO *Mouvement Burkinabé des Droits de l'Homme et des Peuples*. The applicants alleged that the killings of Zongo and his colleagues were not the result of a random act of violence, but related to their investigations they were carrying out into various political scandals, including those taking place at the highest levels of the Burkinabe government.<sup>35</sup> Besides, the applicants claimed that Burkina Faso officials failed to investigate the case properly, and deliberately impeded the investigation, leaving them unable to bring to justice those responsible for the murders.<sup>36</sup> By its judgment rendered on 28 March 2014, the Court ruled unanimously that Burkina Faso had violated articles 1 and 7 of the African Charter.<sup>37</sup>

The Court's legal reasoning in this regard is of particular interest. It outlines the Court's path in shaping the trajectory of article 7 of the Charter to broaden the scope of states' obligations and strengthen the substance of the right to a fair trial. The African Court found that Burkina Faso failed to act 'with due diligence in seeking out, prosecuting and placing on trial those responsible for the murder of

33 *Beneficiaries of late Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema alias Ablasse, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo and Mouvement Burkinabe des Droits de l'Homme et des Peuples v Burkina Faso (merits)* (2014) 1 AfCLR 219 (*Nobert Zongo case*).

34 See comment on this case, O Windridge 'Zongo v. Burkina Faso, Judgment & Judgment on Reparations (Afr. Ct HPR)' (2017) 56 *International Legal Materials* 1091-1143.

35 *Zongo case* (n 33) paras 3-6.

36 paras 12-14.

37 para 203.

Norbert Zongo and his three companions'.<sup>38</sup> Therefore, the Court noted that, in that aspect, Burkina Faso 'had violated the rights of the Applicants to have their case heard by competent national courts as guaranteed under Article 7 of the Charter'.<sup>39</sup>

The Court's reading is entirely novel. Indeed, the procedural obligations to investigate, prosecute and bring to justice those responsible for serious crimes are not expressly set out in article 7 of the Charter. The Court's ruling essentially introduced a new 'rule' that the procedural obligation to investigate the infringement of the right to life is an essential component of the right secured by this provision.<sup>40</sup> In the *Norbert Zongo* case, applicants contended that 'by failing to initiate an effective inquiry to determine the circumstances surrounding the death of Norbert Zongo and ensuring that those responsible were identified, prosecuted and convicted, Burkina Faso violated Norbert Zongo's right to life as guaranteed under Articles 4 of the Charter on Human and Peoples' Rights'.<sup>41</sup> The Court's reasoning would perhaps draw little attention if these procedural obligations stemmed from article 4 of the African Charter.<sup>42</sup>

The fact that the African Court found these procedural requirements as embedded within the substantive right to a fair trial under article 7(1) of the African Charter, perfectly illustrates the extent to which the African Court is capable of fashioning the trajectory of a right.

So far, many of the cases brought before the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) have been revolving around allegations of violations of the right to a fair trial under article 7.<sup>43</sup> However, the African Commission had not yet discovered such procedural obligations in article 7 of the Charter. Yet, in the same vein, numerous resolutions have been adopted,<sup>44</sup> and declarations from

38 *Zongo* case (n 33) para 155.

39 As above.

40 African Commission on Human and Peoples' Rights, *General Comment No 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4)* (PULP, 2015); R Murray *The African Charter on Human and Peoples' Rights: a commentary* (2019)108; See further, O Cahn 'Obligations positives procédurales et droit à la vie' in G Giudicelli-Delage, S Manacorda & J Tricot (eds) *Devoir de punir? Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie* (2013) 235.

41 *Zongo and Others v Burkina Faso (preliminary objections)* (2013) 1 AfCLR 199.

42 Article 4: 'Human beings are inviolable. Every human being shall be entitled to respect for his life and the integrity of his person. No one may be arbitrarily deprived of this right'.

43 NJ Udombana 'The African Commission on Human and Peoples' Rights and the development of fair trial norms in Africa' (2006) 6 *African Human Rights Law Journal* 299-332; R Murray (n 40) 206.

44 Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial adopted by the Commission at its 11th Ordinary Session in Tunis, Tunisia, in March 1992; recalling further the resolution on the Respect and the Strengthening of the Independence of the Judiciary adopted at the 19th Ordinary Session held in Ouagadougou, Burkina Faso, in March 1996; Dakar Declaration and Recommendations on the Right to a Fair Trial in Africa, ACHPR/Res.41(XXVI)99; Resolution on the Right to Fair Trial and Legal Aid in Africa (1996), 15 November 1999.



other workshops and conferences endorsed, including the Dakar Declaration and Recommendations on the Right to a Fair Trial in Africa.<sup>45</sup> Reflecting this continued need to examine this right, the African Commission established a Working Group on Fair Trial in November 1999 with the mission to 'prepare a draft of general principles and guidelines on the right to a fair trial and legal assistance under the African Charter'.<sup>46</sup> As Murray highlights, the results of this Working Group's endeavours include contributions to the Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa adopted in 2003.<sup>47</sup> Surprisingly, however, both the communications and the resolutions of the African Commission, as well as all these other instruments mentioned above do not refer to procedural requirements to investigate, prosecute and judge as intrinsic to article 7 of the Charter. For instance, the African Commission in *Mamboleo M Itundamilamba v Democratic Republic of Congo*<sup>48</sup> observed that states might choose to use 'means peculiar to their judicial system to meet the requirements of Article 7'.<sup>49</sup> However, it was noted that such discretionary power should be exercised

in the light of the objectives of the Charter, namely taking all appropriate measures to ensure that justice is delivered by a competent, independent and impartial court or tribunal; that justice should be fair and adversarial. This is an obligation to produce a result, non-compliance with which cannot be justified by any reason whatsoever, and if the result is not achieved, the state is at fault. It is not enough for the state to prove its passivity in the occurrence of a situation which violates the provisions of article 7 of the African Charter.<sup>50</sup>

Interestingly, the African Court's reasoning in shaping the trajectory of this provision is quite different from the African Commission's, and is perhaps more elaborated, as illustrated in *Nobert Zongo* case. The Court did not question the state's discretion, as to how the state should comply with the procedural requirements in article 7(1) of the African Charter. Instead, it found that the procedural obligation to carry out effective investigations leading to the trial of the perpetrators is a 'measure of cessation of a violation already established'<sup>51</sup> and a 'legitimate measure likely to forestall the continued violation of

45 Recommendations of the Seminar on the Right to a Fair Trial in Africa held in collaboration with the African Society of International and Comparative Law and Interights, in Dakar, Senegal, from 9-11 September 1999

46 ACHPR/Res.41(XXVI)99: Resolution on the Right to Fair Trial and Legal Aid in Africa (1996), 15 November 1999

47 Murray (n 40) 205-206.

48 Communication 302/05, *Mr Mamboleo M Itundamilamba v Democratic Republic of Congo*, 18 October 2013. See further comment on this case and its aftermath, S Smis, D Inman, A Cirimwami and C Bahala 'The (un)willingness to implement the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights: revisiting the Endorois and the Mamboleo M Itundamilamba decisions' (2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 400-426, spec 418-424.

49 Communication 302/05 (n 48) para 115.

50 As above.

51 *Beneficiaries of late Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema alias Ablasse, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo and Mouvement Burkinabe des Droits de l'Homme et des Peuples v Burkina Faso (reparations)* (2015) 1 AfCLR 258, paras 103-104.

Article 7.<sup>52</sup> How the state should do so was within its discretion,<sup>53</sup> but the Court ordered that it should ‘reopen investigations with a view to seek out, prosecute and bring to justice the perpetrators of the assassination of Norbert Zongo and his three companions’.<sup>54</sup> It follows that the proceduralisation of article 7 of the African Charter through criminal prosecution has brought to light the transformation of the classic relationship between human rights and criminal law. Human rights are not only considered as a shield against the criminal law but also a driving force for its deployment in order to give full effect to the substantive right. The literal reading of article 7 is that it vests any person suspected or accused of a criminal offence with legal rights shielding him or her from state repression in the investigation and prosecution of crime. Thus, the function of human rights law is to neutralise the application of criminal law mechanisms against an individual.<sup>55</sup>

Apart from this ‘shield function’ of human rights law, the legal reasoning of the African Court in the *Nobert Zongo* case draws the instances where human rights law mandates the state to investigate, prosecute and, if appropriate, punish criminal attacks on human rights. Human rights law plays, in this sense, a sword function that leads to triggering the application of criminal law mechanisms rather than neutralising their effects.<sup>56</sup> The African Court now seems to recognise that only effective and efficient criminal proceedings can protect individuals from particularly unbearable violations of their rights granted by the Charter. The idea is, therefore, that certain violations of the fundamental rights of the person, whether caused by a state agent or by an individual, lead to a criminal response and its absence constitutes an autonomous violation by the state of its obligation to protect treaty rights. The procedural obligation of instituting criminal prosecution in the competent courts, and thus penalising the acts breaching substantive rights, is then imposed on a state as part of the criminal protection of a value deemed essential.

Another relevant case to the proceduralisation of article 7 of the African Charter is one of *Anudo v Tanzania* (*Anudo* case).<sup>57</sup> In this case, the African Court considered that the procedural safeguards of article 7 require Tanzania to enact new legislation providing individuals with judicial remedies in the event of a dispute over their citizenship. In this case, Anudo Ochieng Anudo’s (applicant) Tanzanian nationality was withdrawn and, as a result, was deported to Kenya; which, in turn, expelled him back to Tanzania. As he could not enter Tanzania, he was stranded in no man’s land at the border.

52 As above.

53 *Zongo* case (n 51) para 108.

54 *Zongo* case (n 51) para 110(x).

55 Regarding the shield and sword function of Human Rights, see Y Cartuyvels and others (eds) *Les droits de l’homme, bouclier ou épée du droit pénal?* (2007); F Tulkens ‘The paradoxical relationship between criminal law and human rights’ (2011) 9 *Journal of International Criminal Justice* 577-595; K Krešimir (n 22) 77.

56 Krešimir (n 22).

57 *Anudo v Tanzania* (merits) (2018) 2 AfCLR 248 (*Anudo* case).

The Applicant alleged, amongst other things, that his right to nationality as guaranteed under the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) had been violated.<sup>58</sup> The Court held that neither the African Charter nor the ICCPR explicitly deals with the right to a nationality. However, the withdrawal of nationality by making a stateless person violates article 15 UDHR,<sup>59</sup> which reflects customary international law.<sup>60</sup> Thus, the Court ruled that the deprivation of the Applicant's nationality was arbitrary under article 15 of the UDHR. His expulsion was therefore also arbitrary and in violation of article 12 of the African Charter and article 13 of the ICCPR. Further, the applicant's right to due process protections had been violated, including the right to be heard before an impartial tribunal, under article 7 of the African Charter and article 14 of the ICCPR.<sup>61</sup>

As far as the right to a nationality is concerned, the African Court has adjudicated two cases only. The *Anudo* case was the first decided by the Court in 2018. In 2019, the African Court issued its ruling in the *Robert John Penessis v Tanzania* case (*Penessis* case).<sup>62</sup> One notable difference between the two cases is that the Court departed from its earlier Ruling in the *Anudo* case where it held that the African Charter does not deal with the right to a nationality and, for this reason, applied article 15 of the UDHR as customary international law. However, in the *Penessis* case, while acknowledging that the Charter does not directly regulate this issue of the right to nationality, the Court infers it from article 5 of the Charter guaranteeing the right to dignity.<sup>63</sup>

The African Commission appears to have decided over several communications relating to the violation of the right to a nationality.<sup>64</sup>

58 para 13.

59 Article 15, UDHR, (1) Everyone has the right to a nationality.

(2) No one shall be arbitrarily deprived of his nationality nor denied the right to change his nationality'.

The African Court has jurisdiction to interpret any human rights obligations binding on the state, and the case thus draws not only on the African Charter, but also on the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), as well as Article 15 of the UDHR, which the Court affirmed to be customary international law. See, n 2 above.

60 *Anudo* case (n 57) para 76: 'The Court notes that neither the Charter nor the ICCPR contains an Article that deals specifically with the right to nationality. However, the Universal Declaration of Human Rights which is recognized as forming part of customary international law provides under article 15 thereof that: "1. Everyone has the right to a nationality. (2) No one shall be arbitrarily deprived of his nationality..."'; see further, N Ndeunyema 'Anudo v Tanzania: The African Court Recognises the Right to Nationality under Customary International Law' (2018) *OxHRH Blog* 19 April 2018, <http://ohrh.law.ox.ac.uk/anudo-v-tanzania-the-african-court-recognises-the-right-to-nationality-under-customary-international-law> (accessed 15 August 2020).

61 *Anudo* case (n 57) para 132.

62 Application 13/2015, *Robert John Penessis v Tanzania*, Judgement of 28 November 2019, <https://www.african-court.org/en/index.php/56-pending-cases-details/878-app-no-013-2015-robert-john-penessis-v-united-republic-of-tanzania>.

63 *Penessis* case (n 62) paras 84 and 103.

64 See *Nubian Community in Kenya v Kenya*, Communication 317/06, para 140 (30 May 2016), <https://www.achpr.org/sessions/descions?id=229>.

As Bronwen Manby highlights in her comment,<sup>65</sup> although the African Court does not mention the right to a nationality, the African Commission has accumulated a significant jurisprudence on the subject.<sup>66</sup> Manby also states that ‘the number of cases brought to the African Commission reflects the fact that contested rights to belong to the national community have been at the basis of many of the most intractable political and military conflicts in the continent’.<sup>67</sup>

The most important of the Court’s contribution to the current discussion on proceduralisation in the *Anudo* case was its ruling on the burden of proof that shifts to the respondent state and the enactment of legislation. Indeed, the Court held that if a person already holds official documents attesting citizenship the state must prove (to the satisfaction of an independent tribunal) that he or she is not a citizen. The Court ordered Tanzania to amend its legislation to allow for court review of administrative decisions.<sup>68</sup> In other words, the African Court’s reasoning regarding the infringement of the right to a nationality guaranteed in article 15 of the UDHR is that, in case of withdrawal of nationality, one has the right to be heard under article 7(1)(a) of the African Charter. This implies a procedural obligation to, by all means, avail a judge for the right holder, including by creating through legislation a competent tribunal where it does not exist.

The *Nobert Zongo* case and *Anudo* cases perfectly illustrate the proceduralisation of substantive rights. Fundamentally, the obligation of an effective investigation, as a general requirement, creates further requirements such as where applicable, the obligation of instituting criminal prosecution in the competent courts and thus penalising the acts breaching substantive rights. Besides, there is an obligation to enact the legislation and to create a competent Court capable of securing the enforcement of a substantive right.

While these two cases relate to the qualified substantive right under article 7 of the African Charter, African Court has also used the technique of proceduralisation to fashion ‘implied’ substantive rights whose content and scope are controversial.

## 2.2 Proceduralising implied substantive rights

The proceduralisation did not only help the African Court to fashion the trajectory of ‘statutory’ substantive rights. The ruling on the effects of Rwanda’s withdrawal of the Declaration under article 34(6) of the African Court Protocol delivered in the *Ingabire Umuhiza v Rwanda* (*Ingabire* case)<sup>69</sup> is of great interest to the issue of proceduralisation.

65 B Manby ‘*Anudo v Tanzania* (Afr. Ct. H.P.R.)’ (2019) 58(3) *International Legal Materials* 603-627.

66 Manby (n 65) 604-605.

67 As above.

68 *Anudo* case (n 57) para 113-116.

69 *Ingabire Victoire Umuhiza v Rwanda* (jurisdiction) (2016) 1 AfCLR 562 (*Ingabire* case).

Indeed, the *Ingabire* case reveals a fascinating and troubling aspect of the proceduralisation of substantive rights. Not only did the African Court infer a procedural obligation from a substantive right that seems itself to be an underlying right, but it also used the proceduralisation to retain room for manoeuvre in future cases.

The *Ingabire* case was relating to the jurisdiction of the African Court to continue hearing a case given that Rwanda had submitted a notice of withdrawal of its declaration made under article 34(6) of the Court Protocol allowing direct access to the Court by individuals and NGOs. On 2 March 2016, the government of Rwanda notified the African Court of its decision to withdraw the right of individuals and suitably qualified NGOs to submit complaints directly to the African Court. This right was granted in 2013 when it deposited a special declaration with the Court following article 34(6) of its Protocol.<sup>70</sup> The notification letter further stated that '[t]he Republic of Rwanda requests that after deposition of the same, the Court suspends hearings involving the Republic of Rwanda, including the [Ingabire] case [...] until review is made to the Declaration and the Court is notified in due course'.<sup>71</sup>

The African Court held that in terms of article 3(1) and (2) of the Court Protocol it had jurisdiction to entertain all disputes relating to the Court Protocol, including the issue of withdrawal of article 34(6) declaration.<sup>72</sup> The ruling on the effects of Rwanda's withdrawal of its declaration articulates around three main issues: the validity of the withdrawal,<sup>73</sup> the conditions that apply to it<sup>74</sup> and the legal effects of the withdrawal.<sup>75</sup> These three issues resulted in some outstanding comments among scholars.<sup>76</sup>

The most relevant point to the question of proceduralisation is relating to the conditions of the withdrawal and its legal effects. The Court held that even though Rwanda was entitled to withdraw its declaration, this could not be done arbitrarily as it conferred rights on 'third parties, the enjoyment of which require legal certainty'.<sup>77</sup> The African Court's reasoning is that withdrawal should be preceded by a minimum of one-year prior notice: 'The provision of a notice period is essential to ensure juridical security by preventing abrupt suspension

70 *Ingabire* case (n 69) para 51.

71 para 18.

72 para 52.

73 paras 53-59

74 paras 60-99

75 paras 67-68.

76 See further, O Windridge 'Assessing Rwexit: the impact and implications of Rwanda's withdrawal of its article 34(6)-declaration before the African Court on Human and Peoples' Rights' (2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 243; SB Traoré 'Requête no 003/2014, affaire *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*' in A Soma & S Dabiré (eds) *Les grands arrêts de la Cour africaines des droits de l'homme et des peuples* (2020) (forthcoming).

77 *Ingabire* case (n 69) para 60.

of rights, which inevitably impact on third parties, in this case, individuals and groups who are rights holders'.<sup>78</sup>

In other words, the African Court considered that such a declaration once made creates subjective rights to the benefit of individuals and groups. Therefore, 'the suddenness of withdrawal without prior notice has the potential to weaken the protection regime provided for in the Charter'.<sup>79</sup> Thus, the Court imposes a procedural requirement of one year's notice to give effect to the subjective rights of individuals and groups.

Unlike the *Nobert Zongo* case and *Anudo* case whereby substantive rights are uniquely identified, the judgment on the Effects of Withdrawal in *Ingabire* case does not determine the rights that the African Court intended to safeguard. It is challenging to know to which specific right the Court refers. Also, it is not possible to specify its exact content and scope. The Court has just considered that there are subjective rights for individuals whose states have accepted its jurisdiction under article 34(6) of the Court's Protocol.

Therefore, proceduralising these rights by imposing on the Rwandan authorities the requirement of one year's notice before the withdrawal takes effect poses a methodological problem in the Court's reasoning. Perhaps the understatement is that the Court appeared to give effect to a general right to justice, including the right to remedy, for victims of human rights infringements. The African Court seems to proceduralise a right for victims whose cases are under consideration to have standing before it regardless of the withdrawal of the declaration under 34(6) of the Charter. Moreover, the African Court seems to leave the door open for potential victims who might seize it during the notice period. The Court's decision does not say that the notice period has the effect of allowing the Court to complete its consideration of the case. Instead, such a notice period intends to prevent an abrupt withdrawal from violating the individual rights arising from the state's acceptance of the Court's jurisdiction. In so doing the Court has tried to shape the trajectory of an implied substantive right. From this perspective, it is understandable why it stated that the suddenness of withdrawal without prior notice has the potential to weaken the protection regime provided for in the African Charter.

The troubling issue with the Court's approach is that it has inferred a procedural obligation from a substantive right that seems itself to be an underlying right. While article 34(6) of the Court's Protocol has hitherto been considered as the basis of the Court's jurisdiction to hear individual and NGO complaints, the Court's judgment in the *Ingabire* case demonstrates that it also contains a substantive right. Proceduralisation has thus enabled the Court to bring back to the debate the existence of this substantive right and, subsequently, to impose a procedural requirement of a notice period on Rwanda to

78 para 62; see further, F Viljoen *International human rights law in Africa* (2007) 256.

79 *Ingabire* case (n 69).

ensure that its abrupt withdrawal does not infringe it. Perhaps the complexity of proceduralisation lies at this point.

Overall, this phenomenon demonstrates that, as an interpretative tool resulting from judicial activism, the proceduralisation can serve other purposes than the effectiveness of a statutory substantive right. The Court can also use proceduralisation as a tool to maintain more flexibility for future cases. Proceduralising an implied substantive right that derives from article 34(6) of the Court's Protocol has a *prima facie* reading. It can be seen as a means by which the ACHPR intended to manage future withdrawals of the declaration enshrined in article 34(6) of its Protocol. Indeed, since the Rwandan withdrawal, three other countries have withdrawn their declarations in only six months.<sup>80</sup>

### 3 CONCLUSION

In an effort to discharge its mandate to protect human rights on the continent, the African Court has been navigating the troubled waters of the tension between the desire to safeguard the rights of individuals, to shape their content and the scope of states' obligations. The proceduralisation of substantive rights has served as a navigational compass in some of the cases handled by the Court. As we have seen, proceduralisation is an interpretive tool arising from judicial activism. It makes human rights protection more effective and reinforces procedural values. The cases discussed in this article show that through this technique, the judges of the African Court have inferred procedural requirements into substantive rights and imposed them on states to give effect to the rights guaranteed by the African Charter. The *Nobert Zongo* and *Anudo* cases have demonstrated how proceduralisation leads to the concretisation of rights by widening the scope of obligations and by deepening the requirement of their protection. The requirement of instituting criminal prosecution in the competent courts and thus penalising the acts breaching substantive rights embedded in article 7 of the African Charter is a perfect illustration of how proceduralisation widens the scope of states' obligations and deepens the requirements of their protection. Moreover, the procedural obligation to enact legislation establishing a Court to rule on the infringement of guaranteed rights in the same provision (in the *Anudo* case) contributes to strengthen the rights protection regime and broaden the states' obligations.

The prospects and success of proceduralisation will depend on the ability of African Court to be sharper in its reasoning. The *Ingabire* case shows the complexity of proceduralisation as an interpretative tool. The analysis of this case demonstrates that the procedural obligation of one-year notice period imposed on Rwanda tends to leave the Court more

80 See T Davi & E Amani 'Another one bites the dust: Côte d'Ivoire to end individual and NGO access to the African Court' (2020) Eji!Talk! Blog of the *European Journal of International Law* 19 May 2020, <https://www.ejiltalk.org/another-one-bites-the-dust-cote-divoire-to-end-individual-and-ngo-access-to-the-african-court/> (accessed 15 August 2020).

room for manoeuvre regarding future withdrawals rather than fashioning the content and scope of a particular substantive right guaranteed by the African Charter.



# Assessing violations of states' socio-economic rights obligations in the African Charter: towards a model of review grounded in the teleological approach

*Anneeth Amin\**

<https://orcid.org/0000-0002-4626-5827>

**ABSTRACT:** Socio-economic rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights impose a wide range of positive and negative obligations on state parties. The African Commission has applied different models of review to assess states' violations of these obligations in its socio-economic rights jurisprudence. While a model of review is vital for assessing realisation of these rights, the inconsistencies in the application of the models of review result in jurisprudential inconsistencies and non-alignment with the object and purpose of the African Charter. This article develops a model of review grounded on the teleological approach to guide the supervisory organs in assessing states' violations of the obligations imposed by socio-economic rights in the African Charter in a manner that advances the Charter's object and purpose.

## TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

### Évaluation des violations des obligations des États relatives aux droits socioéconomiques dans la Charte africaine: vers un modèle de contrôle fondé sur l'approche téléologique

**RÉSUMÉ:** Les droits socio-économiques inscrits dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples imposent un large éventail d'obligations positives et négatives aux États parties. Dans sa jurisprudence relative aux droits socioéconomiques, la Commission africaine a appliqué différents modèles de contrôle pour évaluer les violations par les États de ces obligations. Si un modèle de contrôle est essentiel pour évaluer la réalisation de ces droits, les incohérences dans l'application des modèles de contrôle entraînent des incohérences jurisprudentielles qui sont en porte-à-faux avec l'objet et le but de la Charte africaine. Le présent article développe un modèle de contrôle fondé sur l'approche téléologique pour guider les organes de contrôle dans l'évaluation des violations par les États des obligations imposées par les droits socioéconomiques dans la Charte africaine de manière à faire progresser l'objet et le but de la Charte.

\*

LLB (Hons) (University of Dar-Es-Salaam, Tanzania), LLM and LLD (Stellenbosch), Post-doctoral research fellow (Law Faculty, Stellenbosch), Lecturer, Institute of Judicial Administration-Tanzania; [annethmnzava11@gmail.com](mailto:annethmnzava11@gmail.com). The financial assistance of Stellenbosch University, and the Law Faculty of Stellenbosch University is hereby acknowledged. Opinions expressed and conclusions arrived at are those of the author they should not be attributed to Stellenbosch University and the Law Faculty. This article was written in the author's erstwhile capacity as a post-doctoral research fellow at the Law Faculty of Stellenbosch University. Thanks are extended to Prof Sandra Liebenberg for her mentorship. Thanks are also due to anonymous referees for their constructive comments. Any remaining errors are my own.

**KEY WORDS:** teleological approach, socio-economic rights, state obligations, African Charter, African Commission, model of review

**CONTENT:**

1	Introduction.....	17
2	Teleological approach.....	19
3	Socio-economic rights in the African Charter and their related obligations.....	22
3.1	Socio-economic rights: at a glance.....	22
3.2	Nature of states' obligations imposed by socio-economic rights.....	23
4	Models of review.....	25
4.1	Reasonableness review: Meaning, application and implications.....	25
4.2	Minimum core obligation: Meaning and implications.....	32
4.3	Proportionality: Meaning and implications.....	35
5	Towards a model of review grounded in the teleological approach:.....	
	Reasonableness incorporating minimum core and proportionality.....	39
5.1	Identifying the scope and content of socio-economic rights at stake.....	39
5.2	Minimum essentials of socio-economic rights.....	40
5.3	Reviewing positive and negative obligations.....	41
6	Conclusion.....	41

## 1 INTRODUCTION

Socio-economic rights<sup>1</sup> in the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter)<sup>2</sup> impose a wide range of positive and negative obligations on state parties. States are not only required to refrain from violating or limiting existing socio-economic rights but also taking steps including legislative, budgetary planning, mobilising resources and other measures in compliance with their socio-economic rights obligations. At the heart of realising economic, social, and cultural rights is the question of resources<sup>3</sup> and other relevant measures. Africa's people should be able to challenge their states, before the African Charter's supervisory organs, on the measures taken and amount of resources allocated for realising socio-economic rights.

Effective protection of these rights, therefore, requires the supervisory organs of the African Charter, that is, the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission or Commission)<sup>4</sup> and the African Court of Human and Peoples' Rights

1 For purposes of this article, socio-economic rights are defined as the rights that protect and improve the material living conditions of all human beings in their individual capacity and in groups. They include: the rights to property, work, health, education, family, social security, adequate standard of living including water, food and housing, as well as the rights to freely dispose of wealth, development and general satisfactory environment.

2 African Charter on Human and Peoples' Rights (1981) OAU CAB/LEG/67/3/rev 5, 21 ILM 58 (1982) (African Charter) adopted on 27 June 1981 and entered into force on 21 October 1986.

3 RE Robertson 'Measuring state compliance with the obligation to devote the "maximum available resources" to realising economic, social, and cultural rights' (1994) 16 *Human Rights Quarterly* 694.

4 African Commission is established in article 30 of the African Charter.

(African Court)<sup>5</sup> to effectively assess states' implementation of the obligations imposed by these rights. It is a process by which the organs check whether legislative and executive decisions, at the level of both formulation and implementation, comply with certain standards contained in these rights.<sup>6</sup>

A model of review is required to enable the supervisory organs to assess the measures adopted by states.<sup>7</sup> Through a model of review, supervisory organs can ascertain states' compliance with their socio-economic rights obligations. The African Court's socio-economic rights jurisprudence has just emerged with only one case decided on merits so far. Unfortunately, in this case, the Court did not assess the respondent's state compliance and therefore no model of review was invoked. The African Commission has dealt with a quite sufficient number of socio-economic rights communications. This article, therefore, focuses on the assessment of states' measures in the socio-economic rights jurisprudence of the African Commission.

In its jurisprudence, the African Commission has been inconsistent regarding the model of review it applies. In *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) v Nigeria (SERAC case)*<sup>8</sup> and *Centre for the Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya (Endorois case)*<sup>9</sup> the African Commission applied the reasonableness model of review.<sup>10</sup> In the SERAC case, the African Commission also applied the minimum core obligation.<sup>11</sup> In *Purohit and Moore v The Gambia (Purohit case)*,<sup>12</sup> the African Commission required state parties to take 'targeted and concrete' steps in compliance with their obligations imposed by the right to health.<sup>13</sup> In *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Human Rights and Evictions (COHRE) v Sudan (COHRE case)*<sup>14</sup> and *Endorois case*<sup>15</sup> the African Commission applied the proportionality test. This inconsistency is problematic, as it does not offer clear guidance as to the appropriate model of review to

5 African Court is established in article 1 of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights.

6 S Yeshanew 'Combining the "minimum core" and "reasonableness" models of reviewing socio-economic rights' (2008) 9 *ESR Review* 8.

7 M Pieterse 'Coming to terms with judicial enforcement of socio-economic rights' (2004) 20 *South African Journal of Human Rights* 407.

8 *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) v Nigeria* (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001).

9 *Centre for the Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya* (2009) AHLRLR 75 (ACHPR 2009).

10 *SERAC case* (n 8) para 52; and *Endorois case* (n 9) para 172.

11 *SERAC case* (n 8) paras 61 and 65.

12 *Purohit and Moore v The Gambia* (2003) AHRLR 96 (ACHPR 2003) (*Purohit case*).

13 *Purohit case* (n 12) para 84.

14 *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Human Rights and Evictions v Sudan* (2009) AHRLR 153 (ACHPR 2009) (*COHRE case*) para 188.

15 *Endorois case* (n 9) para 172.

be applied. Moreover, the African Commission does not elaborate on the content of these models of review.

Therefore, there is a need to develop a specific model of review for the supervisory organs to apply when monitoring states' compliance with their socio-economic rights obligations. This article develops a teleological model of review. The viability of reasonableness integrated with minimum core and proportionality as an appropriate model of review for the supervisory organs to use is considered. This model can be applied to review states' compliance in a manner that furthers the object and purpose of the African Charter relating to socio-economic rights. The teleological model of review is vital for the effective realisation of socio-economic rights in the African Charter.

The analysis of this article is divided into four sections. The first section gives a brief overview of the teleological approach while the second section provides an overview of socio-economic rights and their related obligations in the African Charter. A detailed analysis of the scope and content of these rights and their obligations falls outside the scope of this article. Section three discusses the models of review and their application in the jurisprudence of the African Commission. Section four develops a teleological model of review.

## 2 TELEOLOGICAL APPROACH

The teleological approach sometimes referred to as purposive interpretation,<sup>16</sup> considers the object and purpose<sup>17</sup> of a treaty as a basis of treaty interpretation.<sup>18</sup> An inquiry into the object and purpose of a treaty is vital in generating the meaning, scope and content of treaty's provisions in question.<sup>19</sup> This approach is endorsed in the Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna Convention)<sup>20</sup>

16 TS Bulto 'The emergence of the human right to water in international human rights law: invention or discovery?' (2011) 12 *Melbourne Journal of International Law* 299.

17 This article considers the approach adopted in the Vienna Convention, which treats 'object and purpose' of a treaty as a single discursive concept. The article also argues that the efficacy of treaty interpretation requires the notion, 'object and purpose' of a treaty to be defined with a form of flexibility. See also JKlabbers 'Some problems regarding the object and purpose of treaties' (1997) *Finnish Year Book of International Law* 141; C McLachlan 'The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention' (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly* 282.

18 Other approaches to treaty interpretation include the textual approach, and the intention of the parties approach. However, a detailed discussion of these approaches to treaty interpretation falls beyond the scope of this article. For a detailed discussion of these approaches, see Unpublished: A Amin 'A teleological approach to the interpretation of socio-economic rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights' unpublished LLD dissertation, Stellenbosch University, 2017 22-27.

19 See also GG Fitzmaurice 'The law and procedure of the International Court of Justice: treaty interpretation and certain other treaty points' (1951) 28 *British Year Book of International Law* 1-2.

20 The Vienna Convention on the Law of Treaties 8 ILM 679 (1969) was adopted on 23 May 1969 and entered into force on 27 January 1980.

through its single authoritative rule of interpretation in articles 31 and 32 respectively. Article 31(1) of the Vienna Convention requires the interpretation of the text to occur in accordance with the object and purpose of the treaty in question.

The object and purpose of a treaty is found through recourse to a wide range of interpretative tools including the treaty's historical background and its preparatory work; the circumstances at the time of the adoption of the treaty; any change in these circumstances that the parties sought to effect; and the conditions prevailing at the time the treaty is interpreted. It also includes a treaty's preamble at both its interpretive and binding characters,<sup>21</sup> the subsequent practice of the parties to a treaty<sup>22</sup> (including, the decisions of the interpretive organs,<sup>23</sup> and the rules of procedure formulated by these interpretive organs to interpret the treaty);<sup>24</sup> and the principle of effectiveness which is embodied in all tenets of the teleological approach.<sup>25</sup>

The principle of effectiveness posits that provisions of a treaty are formulated to fulfil a specific effect. Accordingly, they should be interpreted to make them effective rather than ineffective.<sup>26</sup> The principle, in its general dimension, interprets the text in light of the declared or apparent object and purpose of the treaty. The principle of effectiveness gives such a text its effective meaning consistent with the words used to formulate it and with the other provisions of the treaty.<sup>27</sup> To assign effective meaning to the text, the principle of effectiveness allows the interpretive organs to consider and apply different possibilities of interpretation, which will safeguard the effectiveness of the text.<sup>28</sup> As such, in its substantive dimension, it requires interpretive organs to interpret the rights enshrined in a treaty broadly.<sup>29</sup> It also requires the limitations of such rights to be interpreted narrowly.<sup>30</sup> In its temporal dimension,<sup>31</sup> the principle of effectiveness considers a treaty as a living instrument.<sup>32</sup> The systemic dimension consists of both the internal and external coherence dimensions.<sup>33</sup> The internal

21 Fitzmaurice (n 19) 10.

22 Fitzmaurice (n 19) 9.

23 As above.

24 As above.

25 G Fitzmaurice 'The law and procedure of the International Court of Justice: treaty interpretation and certain other treaty points' (1957) 33 *British Year Book of International Law* 203 & 211. The principle of effectiveness is sometimes referred to as *ut res magis valeat quam pereat*.

26 Fitzmaurice (n 19) 8.

27 Fitzmaurice (n 25) 211.

28 D Rietiker 'The principle of "effectiveness" in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights: its different dimensions and its consistency with public international law – no need for the concept of treaty *sui generis*' (2010) 79 *Nordic Journal of International Law* 256.

29 Rietiker (n 28) 259.

30 As above.

31 Rietiker (n 28) 261. According to Rietiker, temporal dimension is sometimes referred to as 'dynamic' or 'evolutive' approach.

32 Rietiker (n 28) 261.

33 Rietiker (n 28) 267-275.

coherence dimension emphasises a form of interpretation that reads the treaty as a whole in a manner that advances internal consistency and harmony among the various provisions of the treaty.<sup>34</sup> Concerning external coherence, the principle of effectiveness focuses on interpreting a treaty through other comparative legal sources.

Why is the teleological approach relevant in assessing states' compliance with the socio-economic rights obligations? Like all human rights provisions, socio-economic rights and their related obligations in the African Charter are formulated broadly.<sup>35</sup> Their broad formulation avails the supervisory organs with an opportunity to interpret them and assess states' compliance flexibly in a manner that gives effect to the object and purpose of the African Charter. Therefore, the teleological approach and its tenets that aim at establishing treaty's object and purpose offer supervisory organs the most appropriate and flexible guide in assessing whether state's measures give effect to the Charter's object and purpose.

How can we then contextualise an appropriate model for reviewing states' socio-economic rights obligations in the African Charter? To my mind, the model for reviewing obligations imposed by the socio-economic rights in the African Charter should base its inquiry on the object and purpose of the African Charter concerning these rights. The model should inquire as to whether states' measures uphold the object and purpose of the African Charter to protect these rights. This, it is submitted, will enable the supervisory organs to ascertain five criteria in the assessment process. Firstly, whether the measures advance the intention of the drafters of the African Charter as demonstrated in the preparatory work of the Charter. Secondly, whether the measures advance the values of dignity, equality, non-discrimination and justice as demonstrated in the Preamble to the African Charter and its substantive provisions. Thirdly, whether the measures uphold the notion of African philosophy and the principle of interdependence of rights as declared in the Preamble and embraced in the African Charter as a whole. Fourthly, whether the measures are capable of advancing both individual and collective socio-economic rights in the African Charter and whether they are effective enough to positively transform the socio-economic conditions of Africa's people in their individual and collective capacities. Finally, whether the measures are in line with the relevant international human rights standards and whether they protect these rights effectively.

34 Rietiker (n 28) 267.

35 M Killander 'Interpreting regional human rights treaties' (2010) 7 *International Journal on Human Rights* 145.

### 3 SOCIO-ECONOMIC RIGHTS IN THE AFRICAN CHARTER AND THEIR RELATED OBLIGATIONS

#### 3.1 Socio-economic rights: at a glance

The African Charter substantially protects explicit and implicit individual and collective socio-economic rights. The explicit socio-economic rights in the African Charter include the rights to property, work, health, education, family, freely dispose of wealth, development, and a general satisfactory environment. However, the list is not exhaustive. The teleological approach through the wide range of its interpretative tools within and outside of the African Charter offers an avenue to include the implicit socio-economic rights to social security and an adequate standard of living (including food, water, and housing). In the *SERAC* case, the African Commission held that, while the African Charter does not expressly recognise the right to housing, this right is implicitly protected through the provisions protecting the rights to health, property and family.<sup>36</sup> According to the African Commission, when housing is destroyed, property, health and family are negatively affected.<sup>37</sup> It then held on the implicit right to food. The African Commission noted that the right to food is directly linked to the dignity of human beings and relevant for the enjoyment and fulfilment of other rights- including, health, education, work and political participation.<sup>38</sup> In the *COHRE* case the African Commission interpreted the rights to adequate food, water and housing as the underlying components of the right to health.<sup>39</sup> It relied on the relevant international instruments particularly, the Universal Declaration of Human Rights (Universal Declaration),<sup>40</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR),<sup>41</sup> and Committee on Economic, Social and Cultural Rights (UN Committee) General Comment 4 on the right to adequate housing (General Comment 4)<sup>42</sup> to include the derived rights.

36 *SERAC* case (n 8) para 60.

37 As above.

38 *SERAC* case (n 8) para 65.

39 *COHRE* case (n 14) para 209.

40 Universal Declaration of Human Rights 10 December 1948, GA Res 217A (III) UN Doc A/810.

41 The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, GA Res 2200A (XXI) 16 December 1966, 993 UNTS 3.

42 Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment No 4 The right to adequate housing (1991) UN Doc E/1992/3.

## 3.2 Nature of states' obligations imposed by socio-economic rights

### 3.2.1 Obligations to recognise and undertake legislative measures to give effect to the Charter's rights

African Charter broadly formulates states obligations through the provisions of article 1 and other provisions. The formulation of article 1 creates two layers of obligations. Firstly, the general obligation to recognise the rights, including rights of socio-economic nature, contained in the African Charter and their related obligations and freedoms. Secondly, it establishes the states' obligation to undertake legislative or other measures in order to give effect to these rights and their related obligations. These two obligations reinforce each other. In *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v Chad* (Chad case)<sup>43</sup> the African Commission held that states are in breach of the obligation to recognise if they fail to undertake measures to give effect to all rights in the African Charter.<sup>44</sup> These obligations denote the fact that states are required to take positive measures to 'take steps' and 'adopt legislative or other measures' to give effect to socio-economic rights.

### 3.2.2 States' obligations to respect, protect, promote, and fulfil

The formulation of state obligations in article 1 incorporates negative and positive obligations to respect, protect, promote, and fulfil. These duties are holistically incorporated in the obligation to 'recognise' and 'legislate'. In *Association of Victims of Post Electoral Violence & INTERIGHTS v Cameroon* (Post Electoral Violence case) the African Commission held as follows:<sup>45</sup>

Article 1 places the states parties under the obligation of respecting, protecting, promoting and implementing the rights. The respect for the rights imposes on the state the negative obligation of doing nothing to violate the said rights. The protection targets the positive obligation of the state to guarantee that private individuals do not violate these rights ... This Article places on the states parties the positive obligation of preventing and punishing the violation by private individuals of the rights prescribed by the Charter.

In the *SERAC* case the African Commission held that both civil and political rights as well as socio-economic rights, impose upon states a quartet of obligations, namely: the duty to respect, protect, promote and fulfil the rights.<sup>46</sup>

43 *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v Chad* (2000) AHRLR 66 (ACHPR 1995).

44 *Chad case* (n 43) para 20.

45 *Association of Victims of Post Electoral Violence & INTERIGHTS v Cameroon* Communication 272/03 paras 87-90. See also Principles and Guidelines paras 4-12.

46 *SERAC case* (n 8) para 44.



### 3.2.3 Obligations of progressive realisation and within available resources

Unlike the provisions of article 2(1) of CESC, the formulation of article 1 of the African Charter does not expressly include a state's obligation to realise rights 'progressively' and within 'available resources'. Some scholars have argued that the omission of these two phrases implies that the socio-economic rights in the African Charter should be realised immediately.<sup>47</sup> However, based on the scarcity of resources in many African countries, socio-economic rights need to be realised progressively. Poor levels of economic development, as well as the uneven allocation of resources, can hinder states from realising these rights immediately.<sup>48</sup> In the *Purohit* case, the African Commission stated that poverty in many African countries hinders the enjoyment of the right to health.<sup>49</sup>

The omission of explicit provisions on the obligations of 'progressive realisation' and 'within maximum available resources' does not necessarily mean that these obligations are excluded from the African Charter. All human rights instruments relating to socio-economic rights recognise that states must take immediate steps while the full realisation of these rights may be progressive.<sup>50</sup> The obligations of 'progressive realisation' and 'within maximum available resources' are implicitly incorporated in article 1 of the African Charter through the phrase 'to adopt other measures'. This phrase allows states to take into account measures beyond mere legislation,<sup>51</sup> such as resource consideration, planning, and budgeting to realise the socio-economic rights in the African Charter. In *Purohit* and in *Kevin Mgwanga Gunme et al v Cameroon (Gunme case)*<sup>52</sup> the African Commission stated that the right to health and the right to development impose upon states an obligation of progressive realisation.<sup>53</sup> While in the *Gunme* case the African Commission used the phrase 'progressive realisation', in the *Purohit* case the African Commission stated that the state's obligation to ensure the full realisation of the right to health entailed taking 'concrete and targeted steps'.<sup>54</sup>

47 CA Odinkalu 'Implementing economic, social and cultural rights under the African Charter on Human and Peoples' Rights' in MD Evans & R Murray R (eds) *The African Charter on Human and Peoples' Rights: the system in practice 1986-2000* (2002) 196.

48 AE Ankumah *The African Commission on Human and Peoples' Rights: Practice and procedures* (1996) 144.

49 *Purohit* case (n 12) para 84.

50 M Craven *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A perspective on its development* (1995) 130.

51 The requirement to adopt legislative measures in art 1 is similar in nature to the negative obligation to respect. See *Purohit* case (n 12) para 42.

52 *Kevin Mgwanga Gunme et al v Cameroon* (2009) AHRLR 9 (ACHPR 2009).

53 *Purohit* case (n 12) para 84; *Gunme* case (n 52 above) para 205.

54 *Purohit* case (n 12) para 84.

### 3.2.4 Non-discrimination

Socio-economic rights in the African Charter impose on states the obligation to non-discrimination in article 2. The formulation of article 2 holistically implies that obligation to non-discrimination is immediately realisable. In *Purohit* case the African Commission stated that the right to health imposes upon states an obligation to ensure the realisation of this right without discrimination of any kind.<sup>55</sup> Moreover, in *Endorois* case the African Commission acknowledged states' obligation to non-discrimination in the right to property.<sup>56</sup> Significantly, the jurisprudence of the African Commission includes positive discrimination as a component of socio-economic rights' obligations. In *Endorois* case the African Commission recognised that states bear an obligation to consider preferential treatment for marginalised and disadvantaged groups to eliminate the discrimination they face and promote substantive equality.<sup>57</sup>

## 4 MODELS OF REVIEW

### 4.1 Reasonableness review: meaning, application and implications

Reasonableness is a model of review that takes into consideration the historical, economic and social contexts of socio-economic rights.<sup>58</sup> This understanding of the reasonableness model of review enables a supervisory organ applying it to engage a wide range of factors to assess states' measures. This broad meaning of reasonableness renders it a model of review that takes into account the purpose and values of socio-economic rights that are affected by the violations of these rights.<sup>59</sup> In this way, the reasonableness model of review inquires into the object and purpose as well as the scope and content of the rights that are at stake.<sup>60</sup> It, therefore, applies such object and purpose, as well as the scope and content of socio-economic rights, to assess states' measures.<sup>61</sup>

As a model of review, reasonableness imposes limits on a state's discretion as well as guides supervisory organs to assess a state's measures to implement their legal obligations.<sup>62</sup> It can, therefore, limit

55 *Purohit* case (n 12) para 80.

56 *Endorois* case (n 9) para 196.

57 As above.

58 S Liebenberg *Socio-economic rights: adjudication under a transformative Constitution* (2010) 174.

59 Liebenberg (n 58) 223.

60 As above.

61 As above.

62 B Griffey 'The "reasonableness" test: assessing violations of state obligations under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' (2011) 11 *Human Rights Law Review* 304.

states' discretion if the measures adopted do not give effect to socio-economic rights and advance their object and purpose. In this regard, the reasonableness review creates space for the supervisory organs to assess states' measures regarding the negative and positive obligations imposed by the socio-economic rights. It also enables the supervisory organs to apply the content of the socio-economic rights to assess whether states' measures comply with the obligations imposed by these rights in a manner that advances the object and purpose of the treaty. Thus, the question in assessing the reasonableness of a state's measures will consider whether such state's measures foster the object and purpose of socio-economic rights. Furthermore, reasonableness considers whether the limitation of socio-economic rights reasonably fosters the object and purpose of these rights.

If applied by the supervisory organs of the African Charter reasonableness offers two avenues. Firstly, the reasonableness model of review should place the object and purpose of states' socio-economic rights obligations as central to the assessment of a state's measures. The object and purpose of the African Charter is to protect socio-economic rights. To advance this object and purpose the supervisory organs are required to take into account various interpretive tools. These tools include the African Charter as a whole, the preparatory work of the African Charter, relevant international, regional and national human rights laws and jurisprudence, and the principle of effectiveness. The reasonableness model of review enables the reviewing supervisory organs to generously consider these significant elements of the object and purpose of the African Charter in assessing states' measures.<sup>63</sup> Taking into account other considerations is important in interpreting socio-economic rights in the African Charter as it allows the supervisory organs to engage the values of equality, dignity and freedom in the reasonableness review. Engaging these values enables the supervisory organs to assess how the state's measures have taken into account the values and object and purpose of the African Charter. The failure to engage these values implies that these values and violations of the rights are given less priority in the assessment of states' measures.<sup>64</sup> The development of the values and purposes relating to socio-economic rights allows the interpretive body to assess whether the state's adopted measures reasonably give effect to the enjoyment of the rights.<sup>65</sup>

Various judicial and quasi-judicial bodies have applied the reasonableness model of review. According to the Constitutional Court of South Africa, the reasonableness model of review concerns an enquiry as to whether a state's legislative and other measures for the protection of socio-economic rights are reasonable.<sup>66</sup> In *Grootboom*,

63 Liebenberg (n 58) 174.

64 Liebenberg (n 58) 176-177.

65 Liebenberg (n 58) 183.

*Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (TAC case)*,<sup>67</sup> *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others (Mazibuko case)*,<sup>68</sup> and *Occupiers of 51 Olivia Road and Others v City of Johannesburg and Others (Olivia Road case)*<sup>69</sup> the South African Constitutional Court elaborated on various factors that a supervisory body can apply in assessing the reasonableness of a state's measures. According to the South African Constitutional Court, reasonable measures should demonstrate that the state has allocated appropriate financial and human resources to realise socio-economic rights.<sup>70</sup> Moreover, measures must be comprehensive, coherent and co-ordinated.<sup>71</sup> Measures must also be capable of facilitating the realisation of the socio-economic rights in question.<sup>72</sup> The conception and implementation of the measures must be reasonable.<sup>73</sup> Furthermore, such measures must be balanced and flexible and make appropriate provision for short, medium and long-term needs.<sup>74</sup> Measures must give priority to those who are in urgent need of the realisation of their rights.<sup>75</sup> They must demonstrate respect for human dignity, freedom and equality.<sup>76</sup> They must be transparent and made known effectively to the general public.<sup>77</sup> Furthermore, the reasonable measures of a state must guarantee meaningful engagement particularly with the poor, vulnerable or illiterate people.<sup>78</sup>

In *IDG v Spain (IDG case)* the CESCR had to decide whether the complainant's right to housing recognised in article 11(1) of the ICESCR was violated by the respondent state as a result of a mortgage enforcement proceeding that the complainant argues the respondent state had failed to notify her.<sup>79</sup> The CESCR held that the right to housing in the ICESCR imposes upon states an obligation to adopt measures that guarantee its full realisation.<sup>80</sup> The CESCR further noted that states are therefore required to ensure that actions that can result into evictions take into account procedural protections. This includes meaningful consultation with the affected parties as well as 'adequate

66 C Curtis 'Standards to make ESC rights justiciable: a summary exploration' (2009) 2 *Erasmus Law Review* 391.

67 *Minister of Health & Others v Treatment Action Campaign & Others* 2002 (2) SA 721 (CC).

68 *Mazibuko & Others v City of Johannesburg & Others* 2010 (1) SA (CC).

69 *Occupiers of 51 Olivia Road & Others v City of Johannesburg & Others* 2008 (1) SA (CC).

70 *Grootboom & Others v Government of the Republic of South Africa & Others* 2001 (46) SA (CC) para 39.

71 *Grootboom case* (n 70) paras 40-41.

72 *Grootboom case* (n 70) para 41.

73 *Grootboom case* (n 70) para 42.

74 *Grootboom case* (n 70) para 43.

75 *Grootboom case* (n 70) para 44.

76 *Grootboom case* (n 70) paras 44, 83.

77 *TAC case* (n 67) para 123, *Mazibuko case* (n 68) para 71.

78 *Olivia Road case* (n 69) para 15.

79 *IDG v Spain* Communication 2/2014 para 10.6.

80 *IDG case* (n 79) para 11.1.

and reasonable' notification to the affected persons before the eviction is carried out.<sup>81</sup>

In the *SERAC* case and *Endorois* case the African Commission applied the reasonableness model of review.<sup>82</sup> It stated in the *SERAC* case that states are required to take reasonable and other measures to give effect to the obligations imposed by article 24 of the African Charter. According to the African Commission, article 24 imposes upon states 'an obligation to take reasonable legislative and other measures' to avoid air and environmental pollution as well as promoting progressive environmental conservation and 'ecologically sustainable development and use of natural resources'.<sup>83</sup> In the *Endorois* case it held that states' interference with the enjoyment of rights must be reasonable.<sup>84</sup> According to the African Commission, rights in the African Charter can be limited.<sup>85</sup> However, the limitation should not render the right illusory. The African Commission further added that the limitation of the rights must be reasonable.<sup>86</sup> However, unlike the Constitutional Court and the CESC, the African Commission did not elaborate on the content of the reasonableness model of review.

The reasonableness model of review as analysed above renders it a three-facet model as elaborated below.

#### 4.1.1 Reasonableness as a two-stage model of review

What does the reasonableness as a two-stage model of review mean? The reasonableness model of review requires adjudicative bodies to inquire whether states' measures can reasonably achieve the object and purpose of the rights.<sup>87</sup> The reference to the object and purpose of the rights in the reasonableness model of review enables it to ascertain the content of the rights and then assess whether states' measures take into account such content to advance the object and purpose of the rights at stake. The reasonableness model of review enables the supervisory organs to apply the object and purpose of the socio-economic rights, as well as the values on dignity, equality, justice and freedom, for the development of the socio-economic rights.<sup>88</sup> The developed content can then be applied to monitor states' compliance with the obligations imposed by the socio-economic rights.<sup>89</sup> The content can further assist the supervisory organs in assessing whether the measures adopted by states further the object and purpose of socio-economic rights.

81 IDG case (n 79) para 11.2.

82 *SERAC* case (n 8) para 52; and *Endorois* case (n 9) para 172.

83 *SERAC* case (n 8) para 52.

84 *Endorois* case (n 9) para 172.

85 As above.

86 As above.

87 D Brand 'The proceduralisation of South African socio-economic rights jurisprudence, or what are socio-economic rights for?' in H Botha and others (eds) *Rights and democracy in a transformative Constitution* 43.

88 Liebenberg (n 58) 183.

89 Liebenberg (n 58) 183.

#### 4.1.2 Reasonableness as a model for reviewing negative and positive socio-economic rights obligations

It should be noted that states can also violate the already existing socio-economic rights of individuals and groups. Violations of socio-economic rights are not entirely based on the states' failure to enforce their positive obligations but also on states' conduct of interfering with individuals' right to housing through forced evictions as well as discriminatory practices in the enjoyment of socio-economic rights.<sup>90</sup> The reasonableness review may be applied to assess states' compliance with their socio-economic rights obligations, both negative and positive. For example, concerning the negative obligations, the South African Constitutional Court held in *Jaftha v Schoeman; Van Rooyen v Stoltz* (*Jaftha case*)<sup>91</sup> that the deprivation of the applicants' existing right to housing amounts to the limitation of the right enshrined in article 26 of the Constitution.<sup>92</sup>

#### 4.1.3 Reasonableness as a model capable of considering immediate socio-economic rights needs

The element of object and purpose in the reasonableness model of review provides the supervisory organs with the opportunity to engage the obligation to adopt legislative and other measures for the realisation of socio-economic rights to assess whether legislative and other measures adopted by the state take into account the immediate socio-economic needs of individuals and groups. For example, state's measures must be able to address and fulfil progressively explicitly and implicitly guaranteed socio-economic rights such as rights to an adequate standard of living (water, food and housing), health care, education, and property. At the same time, such state's measures must fulfil the immediate realisation of these rights required by the people who are in desperate need of these rights. Writing on reasonableness in the South African context, Sunstein notes that a guaranteed constitutional right to housing requires the state to formulate policies that ensure the realisation of this right as well as urgent relief regarding housing to people in desperate housing need.<sup>93</sup> Steinberg notes that failure of the state to include in its measures the immediate socio-economic needs of the desperate people renders such measures unreasonable.<sup>94</sup> The reasonableness review is flexible in the sense that

90 B Porter 'Reasonableness and article 8(4)' in M Langford and others (eds) *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a commentary* 196.

91 *Jaftha v Schoeman; Van Rooyen v Stoltz* 2005 2 SA 140 (CC), 2005 1 BCLR 78 (CC).

92 *Jaftha case* (n 91) para 39.

93 CR Sunstein 'Social and economic rights? Lessons from South Africa' (2000-2001) 11 *Constitutional Forum* 131.

94 C Steinberg 'Can reasonableness protect the poor? A review of South Africa's socio-economic rights jurisprudence' (2006) 123 *South African Law Journal* 264 280.

it enables a state to adopt appropriate measures to respond to the nature of the particular obligations imposed by socio-economic rights.<sup>95</sup> It thus enables supervisory organs to assess the reasonableness of the measures adopted to meet the urgent socio-economic needs of the most vulnerable individuals in society.<sup>96</sup> The values of dignity, equality and freedom are appropriate to assess states measures regarding the urgent socio-economic needs of the desperate people in society. It allows supervisory organs to inquire whether the measures reasonably take into account the immediate socio-economic needs of the people in a manner that enables them to live a dignified life and a life of equality without distinction from other sections or members of the society. As important elements of reasonableness these values provide effective protection to the socio-economic needs of the most vulnerable individuals in society.<sup>97</sup>

#### **4.1.4 Reasonableness review in the African Charter**

Unlike the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Optional Protocol), the African Charter does not explicitly provide for reasonableness as a model of review to monitor states' compliance with their obligations. The omission does not necessarily mean that the reasonableness model of review is not recognised in the African Charter. The teleological approach interprets a treaty as a whole and enables the identification and the engagement of various provisions of the African Charter that enshrine elements of the reasonableness review. Reasonableness is enshrined in two statements of the preamble to the African Charter. The preamble identifies the object and purpose of the African Charter to protect human rights (including socio-economic rights). It was demonstrated above, that to be reasonable, a state's measure must show the object and purpose to be achieved by the relevant measure. The preambular statement can thus be used to elucidate the object and purpose to be achieved by the state's measure regarding socio-economic rights. Any measure adopted by the state regarding socio-economic rights should be able to protect and achieve the realisation of these rights. Furthermore, the preamble recognises the values of freedom, equality, justice and dignity as part of the object and purpose of the African Charter. It was demonstrated above, that in order to be reasonable the state's measures must promote the values of equality and dignity. Thus, the values recognised in the preamble to the African Charter can be applied to help assess the reasonableness of a state's measures. The reasonableness model of review is implicitly incorporated in the African Charter through the preamble, articles 1, 2, 3, 5, 30, 45(2), 55, 60 and 61 as well as the socio-economic rights provisions. It is also included in articles 2 and 3 of the African Court Protocol. Article 1 of the African Charter incorporates the requirement for a reasonableness review. It was demonstrated above that this article

95 Liebenberg (n 58) 174.

96 As above.

97 Steinberg (n 94) 281.

requires states to adopt legislative and other measures to give effect to socio-economic rights in the African Charter. Through the principle of effectiveness the phrase 'to adopt legislative or other measures to give effect to socio-economic rights' can broadly be construed to require states to adopt reasonable measures for the realisation of these rights. Thus the obligation to adopt measures in article 1 effectively requires states to adopt reasonable legislative and other administrative and policy measures. The reasonableness review is premised on an obligation that the state adopts legislative and policy measures to give effect to the relevant human rights.<sup>98</sup> The provisions of articles 2, 3, and 5 of the African Charter regarding non-discrimination, equality and dignity can be broadly elaborated to include the reasonableness review. As demonstrated above a reasonable measure must take into account human dignity, equality and non-discrimination. As such equality, dignity and non-discrimination can be applied by the supervisory organs to inform the content of reasonableness. These contents can then be used in the interpretative process to assess the reasonableness of a state's measures.

The reasonableness model of review can also be derived from the socio-economic rights' provisions of the African Charter. As demonstrated above, the socio-economic rights' provisions are formulated in broad, general terms. The general formulation allows the supervisory organs, through the principle of effectiveness as an element of the teleological approach to interpretation, to construe these provisions in a manner that render their protection practical and effective. The broad interpretation enables the supervisory organs to include reasonableness as a content of socio-economic rights and their related obligations. Moreover, reasonableness can be invoked to ensure that the content of the socio-economic rights that require immediate realisation are taken into account by states' measures. In the *SERAC* case the African Commission endorsed this interpretation by, for example, holding that the provisions of article 24 of the African Charter oblige states to adopt 'reasonable measures' to prevent environmental pollution.<sup>99</sup>

Provisions regarding the protective mandate of the supervisory organs and the mandate to determine cases can be broadly construed to incorporate the reasonableness review. Articles 30 and 45(2) of the African Charter, and article 2 of the African Court Protocol grant the African Commission and the African Court a protective mandate through the determination of complaints. It can, therefore, be argued that the provisions relating to the supervisory organs' mandate to determine cases in article 55 of the African Charter, article 3 of the African Court Protocol enshrine the reasonableness model of review. These provisions can effectively be construed in a manner that requires the supervisory organs, when determining claims relating to socio-

98 S Liebenberg 'Toward an equality-promoting interpretation of socio-economic rights: insights from the egalitarian liberal tradition' (2015) 132 *South African Law Journal* 413.

99 *SERAC* case (n 8) para 52.



economic rights, to consider the reasonableness of a state's legislative, administrative and policy measures.

Moreover articles 60 and 61 of the African Charter as well as article 3 of the African Court Protocol and article 28(c) of the African Court of Justice Protocol, allow the supervisory organs to draw inspiration and apply other relevant instruments in the interpretation of socio-economic rights. Through these provisions, the supervisory organs can draw inspiration from the application of the reasonableness model of review of the UN Committee in interpreting article 8(4) of the Optional Protocol as well as the South African Constitutional Court in its socio-economic rights jurisprudence.

#### **4.2 Minimum core obligations: meaning and implications**

The UN Committee in its various General Comments earlier on introduced the minimum core as a significant component in interpreting socio-economic rights in the ICESCR. In its General Comment 3 on the nature of states' obligations (General Comment 3),<sup>100</sup> the UN Committee stated that socio-economic rights in the ICESCR impose upon states a minimum core obligation to guarantee the enjoyment of the minimum essentials of these rights.<sup>101</sup> The African Commission in its Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights (Principles and Guidelines)<sup>102</sup> identifies that socio-economic rights enshrined in the African Charter impose upon the Member states a minimum core obligation which is immediate.<sup>103</sup> According to the African Commission, a minimum core obligation imposes upon the member states of the African Charter to guarantee the minimum essential levels of each socio-economic right enshrined in the African Charter.<sup>104</sup> The African Commission stated further that minimum core obligation is meant to ensure that individuals and groups are not denied enjoyment of the essential levels enshrined in each socio-economic right.<sup>105</sup> The African Commission applied minimum core obligation in *SERAC*.<sup>106</sup> According to the African Commission, at the minimum, the right to shelter requires states to desist from destroying housing of the people, as well as their efforts to

100 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No 3, The nature of states parties obligations (art 2, para 1) (1990) UN Doc E/1991/23.

101 General Comment 3 (n 100) para 10.

102 Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights (Adopted at the Forty Seventh Ordinary Session held in Banjul, The Gambia, from 12 to 26 May 2010 and formally launched at the Commission's Fiftieth Ordinary Session held in Banjul, The Gambia from 24 October to 7 November 2011).

103 Principles and Guidelines (n 102) para 16.

104 Principles and Guidelines (n 102) para 17.

105 As above.

106 *SERAC* case (n 8) paras 61 and 65.

reconstruct the demolished homes.<sup>107</sup> It further stated that the minimum core of the right to food obliges states to refrain from destroying and polluting food sources.<sup>108</sup> Furthermore, this obligation requires states to ensure that third parties do not destroy or pollute food sources as well as peoples' efforts to feed themselves.<sup>109</sup>

Young notes that the concept of a minimum core is based on three broad approaches. She describes the first category as an 'essence approach' that establishes the minimum legal contents of the right that should be prioritised for the protection of individuals' survival, life and dignity.<sup>110</sup> According to Young, the essential levels of socio-economic rights, through the essence approach, are determined by their close link with the foundational norms such as survival and life.<sup>111</sup> The essence approach takes into account the 'basic needs' of the beneficiary of the right.<sup>112</sup> It also incorporates the values of equality, dignity and freedom.<sup>113</sup> The second category is the 'minimum consensus' approach that focuses on states' agreement on the elements constituting the universal core content of socio-economic rights rather than the core contents of the rights themselves. This approach asks not what normative minimum should be given priority in each right, but rather where consensus has been reached on content.<sup>114</sup> The third approach focuses on the 'minimum obligations' imposed by socio-economic rights rather than the rights themselves. This approach investigates whether a minimum obligation (or minimum set of obligations) can correlate to the minimum core.<sup>115</sup>

Some aspects of the minimum core obligation as identified above undermine the object and purpose of the African Charter relating to socio-economic rights. For example, greater emphasis is placed on realising the minimum elements of socio-economic rights. A conception of the minimum core that focuses exclusively on the aspect of survival ignores other values which are integral to socio-economic rights such as 'participatory democracy, equality, freedom and human dignity'.<sup>116</sup> Moreover, the notion of a minimum core as identified above is in danger of creating a dichotomy of socio-economic rights by establishing important and less important thresholds of socio-economic rights realisation. This dichotomy is problematic for the protection of socio-economic rights in two respects. First, states may give more emphasis to the minimum levels of the rights and less emphasis on the extensive levels of enjoyment through progressive realisation. Second, it may cause the states to undermine the realisation

107 *SERAC case* (n 8) para 61.

108 *SERAC case* (n 8) para 65.

109 As above.

110 KG Young 'The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content' (2008) 33 *Yale Journal of International Law* 126-138.

111 Young (n 110) 126.

112 Young (n 110) 128.

113 Young (n 110) 133.

114 Young (n 110) 140-151.

115 Young (n 110) 151-164.

116 Liebenberg (n 58) 167-168 & 173.

of these rights progressively and focus only on meeting the minimum core obligations. Writing in the context of the right to health, Toebes argues that 'minimum core' renders some content of such socio-economic rights less important, as well as undermines the progressive realisation of such rights.<sup>117</sup> The 'minimum core approach is in danger of encouraging minimalism in social provisioning when the context, in fact, renders such minimalism unnecessary and inappropriate'.<sup>118</sup> The survival-based approach of minimum core fails to effectively respond to diverse socio-economic needs of different groups of people in society. The approach, for example, fails to accommodate the object and purpose of significant socio-economic rights that are not directly related to life such as the right to education.<sup>119</sup> The survival-based approach is not exclusive since individuals can survive even with minute nutrition or in situations where dietary standards are high.<sup>120</sup> Another shortcoming of the minimum core concept is that it stresses the prioritising of socio-economic rights of the individual rather than the collective socio-economic rights. This is evidenced in Bilchitz's statement where he notes that: Collective goals cannot outweigh protections for the most basic interests of individuals.<sup>121</sup> This individualistic understanding of the minimum core needs to be balanced with the collective socio-economic rights in the African Charter that are formulated and based on the African philosophy of collectivism.

The minimum core as an independent model of review is insufficient to achieve the protection of socio-economic rights. Firstly, it encourages states to focus on implementing only the minimum elements of socio-economic rights. Secondly, it exclusively prioritises essential levels of socio-economic rights. Thirdly, it lacks the elements to achieve socio-economic rights progressively but rather focuses on the immediate realisation of socio-economic rights. Finally, it undermines collective socio-economic rights. Thus, the minimum core concept should be supplemented by another model of review that can guarantee the development of the normative content of all socio-economic rights in the African Charter and their progressive realisation. Liebenberg notes that opponents of minimum core do not argue for a total disregard of this notion since it helps states to ensure their measures prioritise the socio-economic needs of marginalised individuals.<sup>122</sup>

117 B Toebes 'The right to health' in A Eide and others (eds) *Economic, social and cultural rights: a textbook* (2001) 176.

118 Liebenberg (n 58) 169.

119 Liebenberg (n 58) 170.

120 A Sen *Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation* (1982) 12 quoted in Young (n 110) 131.

121 D Bilchitz 'Giving socio-economic rights teeth: the minimum core and its importance' (2002) 119 *South African Law Journal* 499.

122 Liebenberg (n 58) 172-173.

### 4.3 Proportionality: meaning and implications

The proportionality model of review is centred on the understanding that human rights are not absolute; they can be restricted for the protection of the human rights of others or public interest.<sup>123</sup> In the *COHRE* case the African Commission stated that human rights enshrined in the African Charter can only be restricted for reasons of protecting the 'rights of others, collective security, morality and common interest'.<sup>124</sup> Craig elaborates on proportionality as a standard of review that enables supervisory organs to assess whether a state's limitation measures are appropriate to achieve the intended purposes.<sup>125</sup> Craig posits, about human rights enshrined in various treaties, proportionality is appropriate in assessing the limitations of such rights by states.<sup>126</sup> According to Craig, courts assess whether a state's measures relate to the intended goals, as well as whether such measures are disproportionate and impair the object and purpose of the rights.<sup>127</sup> Möller defines proportionality as a 'doctrinal tool' applied by the supervisory organs to determine whether a state's restriction of individuals' rights is justified and proportionate to the purpose of such restriction.<sup>128</sup> As a model of review proportionality assists the supervisory organs to establish whether a state's limitation measures are appropriate to achieve the intended purposes.<sup>129</sup> It guides the supervisory organs to resolve a conflict between human rights as well as between rights and public interests.<sup>130</sup>

In common the above definitions demonstrate that human rights are not absolute; their enjoyment can be subjected to some limitations. Significantly, the states must be able to justify the limitation of the rights. In *Constitutional Rights Project and Others v Nigeria (Constitutional Rights Project case)*<sup>131</sup> the African Commission held that states' justification for the limitation of human rights entrenched in the African Charter should be 'strictly proportionate and absolutely necessary' for the purpose aimed to be achieved.<sup>132</sup> The African Commission further emphasised that the limitation must not render the limited right illusory.<sup>133</sup> In *Endorois* case the African Commission held that the limitation of the rights in the African Charter should not

123 AV Dolzhikov 'The European Court of Human Rights on the principle of proportionality in "Russian" cases' (2012) 82 *Teisės aktualijos* 215.

124 *COHRE* case (n 14) para 165.

125 P Craig 'Proportionality, rationality and review' (2010) *New Zealand Law Review* 256 at 268.

126 Craig (n 125) 269.

127 Craig (n 125) 270.

128 K Möller 'Proportionality and rights inflation' in G Huscroft and others (eds) *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning* (2014) 155.

129 Craig (n 125) 268.

130 Möller (n 128) 156.

131 *Constitutional Rights Project & Others v Nigeria* (1999) AHRLR 227 (ACHPR 1999).

132 *Constitutional Rights Project case* (n 131) para 42.

133 As above.

render such rights illusory and ineffective.<sup>134</sup> This aspect of proportionality links with the teleological approach, particularly with the principle of effectiveness that requires supervisory organs to interpret the socio-economic rights in a manner that renders such rights practical and effective rather than theoretical and ineffective. The concept of proportionality helps supervisory organs to scrutinise a state's justification for restricting individuals' rights.<sup>135</sup>

Scholars have identified four elements of proportionality namely legitimate aim, suitability, necessity, and balancing.<sup>136</sup> Legitimate aim focuses on ensuring that the measures adopted by the state to restrict the rights of the individuals and groups are in line with the law and the values of a democratic society. For states to restrict human rights they must prove to have a 'legitimate aim'.<sup>137</sup> Limitation of the enjoyment of the rights by states should be strictly based on legitimate aims.<sup>138</sup> The African Commission applied this element of proportionality in *Endorois* case where it stated that restriction of the rights in the African Charter must be established by law.<sup>139</sup> The legitimate aim of a state is justified when the limitation is 'prescribed by law' and 'necessary in a democratic society'.<sup>140</sup> The legitimate goals of the state to limit the rights are also expressed in different phrases<sup>141</sup> but are mainly expressed in the phrases 'to the protection of the rights of other persons or public interests'.<sup>142</sup> These two phrases are the basis for restricting human rights.<sup>143</sup> In *Prince v South Africa (Prince case)*<sup>144</sup> the African Commission held that the individual's right to 'hold religious beliefs' is absolute, however, the right to exercise such religious beliefs is not absolute.<sup>145</sup> According to the African Commission, how an individual practices his or her religious beliefs must be in line with the 'interests of society'.<sup>146</sup> The African Commission did not define the phrases 'public interest', 'public need' or 'interests of society' in its jurisprudence. However, in its Guidelines, it has interpreted the phrase 'public interest' to mean the 'common well-being or general welfare of the

134 *Endorois* case (n 9) para 172.

135 J Rivers 'Proportionality and variable intensity of review' (2006) 65 *Cambridge Law Journal* 176-177.

136 See Möller (n 128) 155-156, Dolzhikov (n 123) 218, J Gerards 'How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights' (2013) 11 *International Journal of Constitutional Law* 469, J Rivers 'Proportionality and variable intensity of review' (2006) 65 *Cambridge Law Journal* (2006) 181; and Craig (n 125) 271-272.

137 Dolzhikov (n 123) 218.

138 As above.

139 *Endorois* case (n 9) para 172.

140 M Eissen 'The principle of proportionality in the case-law of the European Court of Human Rights' in RSt.J Macdonald and others (eds) *The European system for the protection of human rights* (1993) 126.

141 Dolzhikov (n 123) 218.

142 Dolzhikov (n 123) 219.

143 As above.

144 *Prince v South Africa* (2004) AHRLR 105 (ACHPR 2004).

145 *Prince* case (n 144) para 41.

146 As above.

population'.<sup>147</sup> It has also elaborated the phrases 'public need' and 'interest of the society' in the provisions of the African Charter to include 'legitimate public interest objective such as economic reform or measures designed to achieve greater social justice'.<sup>148</sup> Suitability determines whether the measures adopted to limit the rights are capable of achieving the legitimate purpose of the limitation.<sup>149</sup> Significantly, suitability requires states' measures to be reasonable in a manner that does not provide absurdity in the enjoyment of the rights.<sup>150</sup> The reasonable link between the limitation and the purpose of the limitation is established when the measures taken are capable of achieving the aim.<sup>151</sup> If a measure fails to achieve the legitimate purpose then it does not pass the suitability test.<sup>152</sup> As such suitability requires states to develop a mechanism capable of achieving the legitimate aim of the limitation.<sup>153</sup> In *Prince* case, the African Commission held that the effect of the state's restriction of the rights should be 'strictly proportionate' with the legitimate goal aimed to be achieved.<sup>154</sup> In *Endorois* case the African Commission held that restriction of the rights in the African Charter must be necessary for achieving the desired purpose and they should also be least restrictive.<sup>155</sup> In the *Prince* case, the African Commission held that the effect of the state's restriction of the rights should be necessary for achieving the legitimate aim.<sup>156</sup> The fourth element of proportionality is balancing. Contrary to suitability and necessity that are concerned with the link between the purpose of the measures and the means to achieve such purpose, balancing determines the inter-relation between the limited rights and the rights that the state aims to protect.<sup>157</sup> At the balancing stage, a supervisory organ establishes which of the two categories of rights at stake should be prioritised.<sup>158</sup> The inquiry at this stage is whether the state's limitation of the right can assist the protection of the 'competing right or interest'.<sup>159</sup> The balance between the limited right and the right aimed to be protected by the state should be reasonable.<sup>160</sup> In the Principles and Guidelines the African Commission while interpreting the principle of proportionality, stated that the principle aims at 'striking a fair balance' between the individual's socio-economic rights and the interest of the society.<sup>161</sup>

147 Principles and Guidelines (n 102) para 1(h).

148 Principles and Guidelines (n 102) para 55(c).

149 Dolzhikov (n 123) 219.

150 As above.

151 Möller (n 128) 712.

152 As above.

153 Gerards (n 136) 473.

154 *Prince* case (n 144) para 43.

155 *Endorois* case (n 9) paras 213-214.

156 *Prince* case (n 144) para 43.

157 Gerards (n 136) 469.

158 Möller (n 128) 713.

159 As above.

160 Gerards (n 136) 469.

161 Principles and Guidelines (n 102) para 1(g).

A state's limitation of socio-economic rights is not proportional in circumstances where the state fails to prove that it balanced the competing socio-economic rights of the individual with those of the general public before taking the limitation steps.<sup>162</sup> These elements of proportionality are relevant to the interpretation of socio-economic rights. Firstly, they assist the supervisory organs to establish whether the measures adopted by the state fulfil the legitimate aim. However, it should be noted that exclusive legitimate aim is not sufficient justification for states to restrict socio-economic rights. Secondly, supervisory organs must ascertain the suitability of the measure. They should establish whether the measure adopted is suitable for achieving a legitimate aim. Thirdly, supervisory organs must ascertain that there is no other less restrictive measure that a state could adopt to lessen the effects of the limitation to the victims. Finally, supervisory organs should balance the rights restricted and the rights protected by the measure and establish if justification is established.

#### 4.3.1 Proportionality in the African Charter

The notion of proportionality is recognised in the African Charter. The socio-economic rights in the African Charter are not absolute, states can limit these rights through the provisions of article 27(2) of the African Charter. The African Commission held in the *COHRE* case that the human rights enshrined in the African Charter can be limited by the provisions of article 27(2).<sup>163</sup> These provisions provide an internal limitation clause. Rights provisions in a treaty incorporate limitation clauses which are necessary restrictions for the protection of human rights of a larger community of people in the society.<sup>164</sup> It can thus be argued that the conditions identified in the limitation provisions of article 27(2) namely 'interest of public need' or 'general interest of the community' 'rights of others, collective security, morality and common interest' implicitly incorporate the model of proportionality. The underlying assumptions regarding proportionality are twofold. Firstly, public interests override an individual's interests. Second, a state's measures to foster such public interests prevail only to the extent that they do not impose excessive restrictions on individuals.<sup>165</sup>

162 Principles and Guidelines (n 102) para 1(g).

163 *COHRE* case (n 14) para 165.

164 S Tsakyrakis 'Proportionality: an assault on human rights?' (2009) 7 *International Journal of Constitutional Law* 468.

165 Tsakyrakis (n 164) 476.

## **5 TOWARDS A MODEL OF REVIEW GROUNDED IN THE TELEOLOGICAL APPROACH: REASONABLENESS INCORPORATING MINIMUM CORE AND PROPORTIONALITY**

The effective protection of the socio-economic rights in the African Charter will require an assessment of the states' compliance with the obligations imposed by these rights. The model of review suitable for assessing states' compliance with their socio-economic rights obligations must be able to correspond with the teleological approach and advance the object and purpose of the African Charter regarding these rights. The discussion above on the models of review identified reasonableness as a model of review that considers the object and purpose of the rights to assess states' compliance with the obligations imposed by such rights. The element of object and purpose of the rights in the reasonableness review corresponds with the teleological approach to interpretation. The appropriateness of the teleological approach centres on its use of the object and purpose of the treaty regarding socio-economic rights. The element of object and purpose enables the supervisory organs to engage various interpretative tools to develop the meaning, scope and content of socio-economic rights and their related obligations. Based on this interrelation between the reasonableness review and the teleological approach it can be argued that reasonableness can be developed as a teleological model of review. The aspect of object and purpose of the rights as an element of reasonableness can be applied in a manner that incorporates in this model of review the elements of the teleological approach identified above which are vital in elaborating the object and purpose of the socio-economic rights in the African Charter.

### **5.1 Identifying the scope and content of socio-economic rights at stake**

As argued above, the object and purpose of the rights is a vital element of the reasonableness review. This element as elaborated above engages various interpretative aspects to develop the scope and content of the rights at stake. The element, therefore, renders reasonableness as a two-stage model of review in the sense that it first develops the scope and content of the socio-economic rights and then applies such content to assess states' measures. As demonstrated above, the reference to the object and purpose enables a reviewing supervisory organ, applying reasonableness, to engage the values of dignity, equality, justice and freedom to elaborate the content of the rights that the states must take into account when they develop measures to realise the rights. Furthermore, as shown above, the reference to the object and purpose enables reviewing supervisory organs to engage the provisions of the African Charter holistically to generate the scope and content of the



socio-economic rights that states' measures must take into consideration.

## 5.2 Minimum essentials of socio-economic rights

Effective protection of socio-economic rights requires states to be able to give effect to these rights progressively. However, this does not necessarily mean that the states should ignore the immediate socio-economic needs of individuals and groups. The object and purpose of the African Charter regarding socio-economic rights will be defeated when states' measures fail to give effect to the minimum essentials of socio-economic rights. As such, object and purpose as an element of the reasonableness review creates space for a reviewing supervisory organ to assess how states' measures take into account the individual's and peoples' immediate socio-economic needs. In this regard, the measures of a state will be unreasonable when they leave the immediate socio-economic needs out of their scope. In situations where immediate socio-economic needs of the people are not realised by the state, it exposes people to live an undignified life and fail to engage equally in society.<sup>166</sup> Minimum core in the reasonableness model of review enables supervisory organs to place a heavy burden of justification in circumstances where individuals are denied their immediate socio-economic needs.<sup>167</sup> If merged with the reasonableness model of review, the minimum core would help in establishing the content of immediate socio-economic needs and enable the supervisory organs to assess how states' measures have taken into account such needs.<sup>168</sup> Furthermore, as demonstrated above, the object and purpose of rights incorporates the principle of effectiveness that ensures rights' provisions are assigned meaning that is effective and practical. In this regard, a reviewing supervisory organ, applying reasonableness, can apply the principle of effectiveness as an element of object and purpose to construe the provisions of socio-economic rights in a manner that renders their meaning effective and practical. This generous interpretation requires that the minimum essential of these rights are protected. The incorporation of the minimum essential of socio-economic needs is significant in that it engages in the reasonableness review of the minimum core model of review. It should be noted that the analysis of the minimum core obligation above identified that this model of review cannot independently advance the object and purpose of the African Charter regarding socio-economic rights. The discussion demonstrated the need to integrate minimum obligation with the reasonableness review. The integration is vital in that it enables the supervisory organs to assess how states realise the immediate socio-economic needs of the most vulnerable people in the society while

166 Liebenberg (n 58) 184.

167 As above.

168 SA Yeshanew *The justiciability of economic, social and cultural rights in the African regional human rights system: theories, laws, practices and prospects* (2011) 321.

giving effect to the progressive realisation of these rights. Minimum core obligation is useful for establishing the basic content of socio-economic rights and the reasonableness review helps in establishing the content of the rights for progressive realisation.<sup>169</sup>

### 5.3 Reviewing positive and negative obligations

As demonstrated above, the provisions of article 1 of the African Charter incorporates both the negative and positive obligations imposed by the socio-economic rights. Positive obligations require states to adopt measures that realise socio-economic rights. It was argued above that the reasonableness review is implicitly incorporated in the provisions of article 1 of the African Charter. In this regard, the reasonableness review can be applied to review the positive obligations imposed by socio-economic rights. As demonstrated above, a reviewing court can inquire as to whether the measures adopted by the state reasonably realise the obligations imposed by the socio-economic rights. In this regard, reasonableness sufficiently reviews positive obligations. Regarding the negative obligations, it was demonstrated above that the state is in breach of its negative obligation when it violates the enjoyment of the existing socio-economic rights. When the enjoyment of existing rights is limited states should justify the limitation. It was demonstrated above that the object and purpose requires the restriction of rights to be narrowly interpreted. Object and purpose of the rights as an element of reasonableness enables this model of review to assess states' restrictive measures. In this regard, reasonableness integrates the proportionality model of review. In the analysis regarding the proportionality model of review it was demonstrated that it cannot effectively review the obligations imposed by the socio-economic rights in a manner that advances their object and purpose. The need to integrate it with the reasonableness review was demonstrated. Writing on the model he developed that combines the reasonableness review and minimum core, Yeshanew notes that this model is not exclusive or that other models of review can be developed for the effective protection of socio-economic rights.<sup>170</sup>

## 6 CONCLUSION

This article has shown that it is important for the supervisory organs to adopt and apply the teleological model of review for effective protection of socio-economic rights. When assessing states' compliance with their socio-economic rights obligations supervisory organs must be able to ascertain the scope and content of the socio-economic rights at stake and then use such content as a mechanism to assess states' measures. Where the immediate socio-economic needs are at stake states' measures should be assessed to establish how they take such needs into

169 Yeshanew (n 168) 223.

170 Yeshanew (n 168) 321.

account. Moreover, where the existing socio-economic rights are limited states' restrictive measures must be assessed. This article has demonstrated that the reasonableness review integrating minimum core and proportionality as a teleological model of review can be applied by the supervisory organs to assess states' measures relating to the obligations imposed by the socio-economic rights. The reasonableness model of review incorporating minimum core obligation and proportionality as a teleological model of review focuses on advancing the object and purpose of the socio-economic rights. It enables supervisory organs to develop the scope and content of socio-economic rights. It also requires supervisory organs to use such scope and content to limit states' discretion regarding their mandate to adopt measures and policies for realising these rights. Moreover, it helps supervisory organs, through the object and purpose of the rights, to develop the minimum essentials of the socio-economic rights that should be realised by the Member states. Finally, it allows the supervisory organs, in circumstances where states limit the socio-economic rights, to assess the restrictive measures of states.

# La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans le Forum permanent des cours régionales des droits de l'homme

*Patrick Badugue\**

<https://orcid.org/0000-0002-3262-872X>

**RÉSUMÉ:** A l'occasion du 40ème anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et de la création de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, les présidents respectifs de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme ont signé le 18 juillet 2018 à San José, au Costa Rica, la Déclaration créant le forum permanent du dialogue institutionnel entre ces trois juridictions régionales. Dans cette relation triangulaire, la Cour africaine apparaît à plus d'un titre comme une singularité que notre étude se propose d'analyser. Son jeune ancrage historique, la méfiance des Etats africains à coopérer avec elle et les transformations profondes du système régional africain de protection des droits de l'homme invitent notamment à s'intéresser aux défis de la jeune juridiction dans le cadre de cette nouvelle forme de coopération judiciaire. Aussi, dans une approche de justice comparée, le présent article examine les termes et les enjeux de la coopération entre la Cour africaine et les deux autres juridictions: enjeux liés non seulement au développement de la conception africaine des droits de l'homme à la croisée des autres systèmes normatifs, mais aussi relatifs aux interactions des modèles d'administration de la justice internationale.

## TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

### **The African Court on Human and Peoples' Rights in the Permanent Forum of Regional Human Rights Courts**

**Abstract:** On the occasion of the 40th anniversary of the entry into force of the American Convention on Human Rights and the establishment of the Inter-American Court of Human Rights, the respective Presidents of the African Court Human and Peoples' Rights, the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights signed on 18 July 2018 in San José, Costa Rica, the Declaration establishing the

\* Magistrat attaché au Parquet général près la Cour d'appel de l'Adamaoua (Cameroun) et diplômé de l'ENA de Strasbourg (CIL, promotion Hannah Arendt). Master en droit pénal et sciences criminelles de l'Université de Yaoundé 2 (Cameroun), Master en sciences politiques de l'Université de Yaoundé 2 (Cameroun), Master en contentieux international de l'Institut des Relations Internationales du Cameroun (Cameroun), Master Sciences Po Strasbourg en administration publique. Titulaire du diplôme en droit international et comparé des droits de l'homme de l'Institut International des Droits de l'Homme de Strasbourg (IIDH-Fondation René Cassin). Spécialiste des systèmes africains et comparés des droits de l'homme, il est également Conseil adjoint au sein de la Cour pénale internationale et Président du Conseil permanent du Réseau africain de justice transitionnelle & des droits de l'homme (RAJT et DH); [patrickbadugue@yahoo.com](mailto:patrickbadugue@yahoo.com)

Permanent Forum for Institutional Dialogue between these three regional courts. In this triangular relationship, the African Court stands out with peculiar features that this article sets out to analyse. Its young historical anchorage, the mistrust of African states in cooperating with it and the profound transformations of the African regional system for the protection of human rights invite in particular to take an interest in the challenges of the young institutions within the framework of this new form of judicial cooperation. Also, adopting a comparative justice approach, this article examines the terms and issues of cooperation between the African Court and the other two institutions: issues related not only to the development of the African conception of human rights at the crossroads of the other normative systems, but also relating to the interactions of models of administration of international justice.

**MOTS CLÉS:** Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Cour européenne des droits de l'homme, Forum permanent du dialogue institutionnel, dialogue judiciaire, système africain des droits de l'homme, identité africaine

**SOMMAIRE:**

1	Introduction.....	44
2	La Cour africaine dans le dialogue jurisprudentiel des cours régionales de protection des droits de l'homme.....	46
2.1	Le conflit des approches des droits de l'homme .....	46
2.2	Le déséquilibre dans le jeu des importations et exportations jurisprudentielles .....	49
3	La Cour africaine dans le dialogue institutionnel des cours régionales de protection des droits de l'homme .....	52
3.1	Le défi à la viabilité du dialogue institutionnel des cours régionales: celui de la judiciarisation ou de la soumission de l'État au contrôle juridictionnel .....	52
3.2	Le dialogue institutionnel des cours régionales et les moyens de performance apportés par le partage des expériences comparées .....	55
4	Remarques conclusives sur la singularité des mutations de la Cour africaine et leurs portées sur le dialogue judiciaire triangulaire .....	59

**1 INTRODUCTION**

Le contrôle des États par les juridictions internationales, pour l'application des droits de l'homme, est alimenté ces dernières années par une quête de justice toujours plus grande de l'individu. Au cœur de la protection juridictionnelle, il existe à l'échelle continentale trois mécanismes dédiés à cet effet: la Cour européenne des droits de l'homme (1959), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (1979) et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2006). Ces trois instances sont au centre d'un processus inédit, récent et incitatif, à savoir: le Forum des cours régionales de protection des droits de l'homme, comme un cadre formel d'échanges, pour lequel M. Guido Raimondi, alors président de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour européenne), invitait ses homologues à «tisser (...) une diplomatie judiciaire des droits de l'homme».<sup>1</sup> Initié le 18 juillet 2018, à San José, au Costa Rica, le Forum des cours régionales de protection des droits de l'homme a donné lieu à plusieurs autres rencontres.

1 Voir le discours de Guido Raimondi, Président de la Cour européenne, à l'occasion du 70e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, Colloque organisé le 10 septembre 2018 par le Saint siège au Conseil de l'Europe. Disponible sur le site de l'European Centre for Law & Justice: <https://eclj.org/geopolitics/coe/le-dfi-de-luniversalit-des-droits-de-lhomme-70-ans-aprs-la-dclaration-universelle-des-droits-de-lhomme?lng=fr> (consulté le 18 octobre 2020).

D'abord celle de Kampala, en Ouganda, les 28 et 29 octobre 2019;<sup>2</sup> et ensuite, à une téléconférence le 9 juillet 2020 sur les défis de Covid-19 sur les droits humains modéré par le Professeur Mónica Pinto.

S'il faut remonter une dizaine d'années plus tôt, au 8 décembre 2008, où, à l'occasion du 60<sup>e</sup> anniversaire de la Déclaration des droits de l'homme, les trois cours régionales ont pour la première fois été réunies lors d'une même manifestation à Strasbourg notamment,<sup>3</sup> cette coopération triangulaire présente en l'état une certaine asymétrie. D'une part, il existe une interactivité enrichie de nombreuses expériences entre la Cour européenne et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour interaméricaine): celle-ci est faite d'un partage d'expériences à travers un transfert périodique du personnel, l'existence d'espaces de débats,<sup>4</sup> un accès aux bases de données numériques et une exploitation réciproque des jurisprudences.<sup>5</sup> À l'opposé d'autre part, le forum est entièrement à construire dans le cadre des échanges avec la Cour africaine. Suivant la Déclaration de San José:

Le Forum permanent s'efforcera de travailler ensemble pour renforcer la protection des droits de l'homme et l'accès à la justice internationale pour les personnes sous la juridiction des trois tribunaux, contribuer aux efforts des États de renforcer leurs institutions démocratiques et leurs mécanismes de protection des droits de l'homme, et surmonter les challenges et défis communs pour la validité effective des droits de l'homme.

- 2 La première était à l'occasion du 40<sup>e</sup> anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et de la création de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Cet événement a donné lieu à la Déclaration conjointe des présidents de la Cour européenne, de la Cour interaméricaine et de la Cour africaine, signée à San José (Costa Rica), le 18 juillet 2018 et portant sur la création d'un forum permanent de dialogue entre les trois juridictions. La deuxième session s'est tenue du 28 au 29 octobre 2019 à Kampala, en Ouganda et a abouti à la Déclaration de Kampala. À l'exception de la Cour européenne représentée par sa vice-présidente, Angelika Nussberger, les autres présidents de cours étaient présents notamment: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (pour la Cour interaméricaine) et Sylvain Oré (pour la Cour africaine).
- 3 Séminaire tenu à la Cour européenne, sur les cours régionales des droits de l'homme et organisé à l'occasion du 60<sup>e</sup> anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, les 8 et 9 décembre 2008, par le Ministère français des Affaires étrangères et européennes, l'Institut international des droits de l'homme de Strasbourg et la Cour européenne, en collaboration avec la Fondation africaine des droits de l'homme et l'Institut interaméricain des droits de l'homme.
- 4 Le 31 janvier 2014 à l'occasion du séminaire sur 'la mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: une responsabilité judiciaire partagée?'. Le séminaire qui s'est tenu au siège de la Cour, a connu l'intervention de António Augusto Cançado Trindade, ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, alors juge à la Cour internationale de justice, sur le thème: 'observation des arrêts et décisions – réévaluation de l'expérience de la Cour interaméricaine des droits de l'homme'. Nous pouvons également citer le séminaire du 9 novembre 2018 au siège de la Cour de Strasbourg, organisé conjointement par la Cour européenne et la Cour interaméricaine, portant sur le traitement des violations des droits de l'homme à grande échelle.
- 5 L'exploitation des arrêts et décisions de la Cour interaméricaine permet de constater une influence européenne dans la jurisprudence de cette Cour notamment dans l'interprétation de la Convention américaine en matière de liberté d'expression et d'interdiction de la discrimination. Voir C Hilling 'Le système interaméricain de protection des droits de l'homme: le modèle européen adapté aux réalités latino-américaines' (1991) 7 *Revue québécoise de droit international* 210.

Si l'objectif est globalement d'améliorer significativement l'efficacité de la réponse judiciaire internationale aux cas de violations des droits de l'homme, il faut davantage rechercher dans le propos du Président de la Cour africaine, l'orientation pertinente que prendra ce dialogue judiciaire envisagé sous l'angle jurisprudentiel et institutionnel.<sup>6</sup>

Dans cette veine, notre étude consistera à examiner du point de vue de la Cour africaine, les défis de cette coopération que nous analyserons dans la perspective du dialogue jurisprudentiel (2) d'abord, et du dialogue institutionnel (3) ensuite.

## **2 LA COUR AFRICAINE DANS LE DIALOGUE JURISPRUDENTIEL DES COURS RÉGIONALES DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME**

Le dialogue jurisprudentiel renvoi presque à une démarche spontanée qui conduit le juge à rechercher dans la jurisprudence des autres cours, les outils permettant de dire le droit dans le cas d'espèce soumis à sa compétence. Cette approche comparative dans la construction du raisonnement juridique pose au moins deux défis dans le cas de la Cour africaine: celui du conflit des approches des droits de l'homme et celui de l'équilibre dans l'importation et l'exportation de la jurisprudence comparée.

### **2.1 Le conflit des approches des droits de l'homme**

Le dialogue des cours crée les conditions d'un croisement entre l'approche universelle des droits de l'homme de la Cour européenne, et une approche imprégnée de valeurs africaines portée par la Cour africaine.

#### **2.1.1 L'approche universaliste des droits de l'homme véhiculée par la Cour de Strasbourg**

Une philosophie universaliste habite la Convention européenne des droits de l'homme. De l'opinion de Pierre-Henri Teitgen,<sup>7</sup> rapporteur du projet de la Convention européenne des droits de l'homme devant le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, la protection régionale européenne apparaît comme un système de nature à garantir plus efficacement l'application des instruments de portée universelle.<sup>8</sup> De

6 *Dialogue between Regional Human Rights Courts, Inauguration of the 40th anniversary Commemorations* (2020) 45-47.

7 Juge français à la Cour européenne (1976-1980).

8 E Decaux, P-H Imbert et L-E Pettiti *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (1999) 10-11.

son côté, il est très fréquent que dans un souci d'harmonisation de la jurisprudence en droit international des droits de l'homme, la Cour africaine se réfère ou s'inspire des arrêts et décisions de ses devancières.

D'une part il peut s'agir pour la Cour de se référer plus particulièrement aux décisions des instances qui composent les trois systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. On peut citer les cas particuliers de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Commission interaméricaine des droits de l'homme par exemple. En effet, dans l'affaire *Actions pour la Protection des Droits de l'Homme c. Côte d'Ivoire*, après avoir observé que l'Etat défendeur était partie à la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance; et au Protocole de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) sur la démocratie, la Cour africaine a conclu que cet Etat était tenu de respecter ces conventions et de créer des organes électoraux indépendants et impartiaux. Au paragraphe 64 de son arrêt du 18 novembre 2016, elle a notamment évoqué le raisonnement similaire de la Cour européenne, dans une interprétation de l'article 3 du Protocole No 1 à la Convention européenne des droits de l'homme.<sup>9</sup> Ladite disposition telle que rapportée par la Cour est formulée de la manière suivante:

Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif.

Bien plus, la Cour africaine s'est inspirée de l'arrêt du 10 juillet 2001 rendu par la Cour européenne dans l'affaire *Prince c. Royaume-Uni*, pour notamment arriver à la conclusion que

[l]e retard dans la procédure en appel (...) n'équivaut pas à un traitement cruel, inhumain ou dégradant, car ce retard ne correspond pas aux critères de sévérité d'intention, et de sévère humiliation requis par les définitions acceptées dans la jurisprudence (...) même s'il peut avoir causé l'angoisse mentale du requérant.<sup>10</sup>

Par ailleurs, dans son arrêt du 29 juin 2013,<sup>11</sup> pour arriver à la conclusion que le requérant, Urban Mkandawire n'avait pas épuisé les voies de recours internes, la Cour africaine s'est rapportée aux paragraphes 35 et 36 du rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Mariblanca Staff et Oscar E Ceville c. Panama*.<sup>12</sup>

D'autre part, il peut s'agir aussi pour la Cour africaine de se référer plus globalement, à d'autres instances juridictionnelles telles que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, ou la Cour internationale de justice. En effet, dans un arrêt du 21 mars 2018, la

9 Cour africaine, Requête 1/2014, *Actions pour la Protection des Droits de l'Homme c. Côte d'Ivoire*, Arrêt du 18 novembre 2016, <http://fr.african-court.org> (consulté le 15 mars 2020).

10 Cour africaine, Requête 5/2013, *Alex Thomas c. Tanzanie*, Arrêt du 20 novembre 2015, au para 146, <http://fr.african-court.org> (consulté le 15 mars 2020).

11 Cour africaine, Requête 3/2011, *Urban Mkandawire c. Malawi*, Arrêt du 29 juin 2013, au para 38(2), <http://fr.african-court.org> (consulté le 15 mars 2020).

12 Commission interaméricaine des droits de l'homme, Rapport 89/03, Requête 12.303, *Mariblanca Staff et Oscar E Ceville c. Panama*, 22 octobre 2003.



Cour s'est rapportée au Comité des droits de l'homme des Nations Unies (CDHNU),<sup>13</sup> pour relever que le droit à l'égalité devant la loi signifie également que «[t]ous sont égaux devant les tribunaux et cours de justice».<sup>14</sup>

De plus, dans un arrêt du 23 mars 2018,<sup>15</sup> la Cour s'est fondée sur une jurisprudence de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. République démocratique du Congo)* du 30 novembre 2010, afin de décider que pour certaines violations des droits de l'homme commises dans le secret, la charge de la preuve qui n'incombe à aucune partie, dépend du type de faits qu'il est nécessaire d'établir pour juger l'affaire.

Ce recours au droit international et comparé des droits de l'homme n'a rien d'étonnant, puisqu'avant de se revendiquer un enracinement dans la culture africaine, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été influencée par des textes précurseurs en droit international dont elle intègre les valeurs.<sup>16</sup>

### **2.1.2 L'approche régionale portée par la Cour africaine et centrée sur une identité africaine des droits de l'homme**

Outre le renforcement de l'universalité, l'approche régionale de protection des droits de l'homme suppose également d'être conscient de l'irréductibilité des valeurs dans le droit, autrement dit le fait que les principes et valeurs sont indissociables du corpus juridique, et qu'ils affectent la production normative et judiciaire. Dans le système régional africain de protection des droits de l'homme, cela prend une dimension très affirmée.

En premier lieu, sur le plan de la production normative déjà, l'élaboration de la Charte africaine de Banjul a été habitée par l'idée que:<sup>17</sup>

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples devrait refléter la conception africaine des droits de l'homme. Il n'était donc pas nécessaire de reprendre purement et simplement ce qui a été fait au sein des autres systèmes régionaux ou au niveau mondial.

Par ailleurs, la réaffirmation d'une authenticité normative africaine est d'autant plus présente que le Conseil Exécutif de l'Union Africaine (UA)

13 Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observation générale No 18: Non-discrimination, 10 novembre 1989, para 3.

14 Cour africaine, Requête 32/2015, *Kijiji Isiaga c. Tanzanie*, Arrêt du 21 mars 2018, para 85, <http://fr.african-court.org> (consulté le 15 mars 2020).

15 Cour africaine, Requête 6/2015, *Nguza Vinking et Johnson Nguza c. Tanzanie*, Arrêt du 23 mars 2018, para 72, <http://fr.african-court.org> (consulté le 15 mars 2020).

16 Voir M Kamto *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme* (2011) 1628.

17 P Künig, W Benedek et C R Mahalau *Regional protection of human rights by international law: the emerging African system* (1985) 107 (traduction française personnelle).

a demandé à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, de retirer le statut d'observateur que celle-ci avait accordé à la Coalition des lesbiennes africaines, en raison de sa non-conformité avec «les valeurs, l'identité et les bonnes traditions fondamentales de l'Afrique».<sup>18</sup>

En second lieu, ces valeurs et principes affectent aussi la production judiciaire, notamment lorsque devant la Cour africaine, les plaideurs revendiquent une approche traditionnelle dans le règlement des différends relatifs aux droits de l'homme, comme ce fut le cas, et pas seulement, à l'occasion du jugement de Hissein Habré, ancien Président du Tchad.<sup>19</sup>

Dans cette veine, il convient de se rappeler qu'en son temps, René Cassin, premier Président français à la Cour européenne, craignait que l'alternative régionaliste fasse peser sur les droits de l'homme de portée universelle, le risque de l'eurocentrisme.<sup>20</sup> Aussi, il importe de ne pas négliger l'enjeu des interactions des modèles de droits de l'homme en présence dans le cadre du dialogue des cours.

Le conflit des approches des droits de l'homme, n'est pas l'unique enjeu du dialogue jurisprudentiel entre les cours. Le croisement entre les jurisprudences internationales relève également un jeu d'importation et d'exportation des décisions de justice empreint d'un certain déséquilibre.

## **2.2 Le déséquilibre dans le jeu des importations et exportations jurisprudentielles**

Avec le dialogue judiciaire, la jurisprudence internationale abonde de sources, et le caractère presque informel du recours à la décision comparée crée les conditions d'un «commerce libéral»,<sup>21</sup> qui dans le cas de la Cour africaine et de la Cour interaméricaine, revêt les traits d'une appropriation à sens unique. L'importation des décisions ne donnant que rarement, sinon aucunement lieu à une importation par la Cour européenne des arrêts des deux autres juridictions.

18 Cour africaine, Demande d'avis 2/2015, *Centre des droits de l'homme de l'Université de Prétoria et la Coalition des lesbiennes africaine*, Avis du 28 septembre 2017, de para 5, <http://fr.african-court.org> (consulté le 15 mars 2020).

19 Cour africaine, Requête 1/2008, *Michelot Yogogombaye c. Sénégal*, Décision du 15 décembre 2009, <http://fr.african-court.org> (consulté le 15 mars 2020).

20 Opinion rapportée par Guido Raimondi dans son discours, à l'occasion du 70e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, Colloque organisé le 10 septembre 2018 par le Saint siège au Conseil de l'Europe.

21 L'expression est empruntée de Sylvain Oré. Voir n 6.

### **2.2.1 Vers une certaine justification de l'importance des importations jurisprudentiels par la Cour africaine**

La Cour africaine est de loin la plus jeune des trois cours et la richesse de la casuistique de la Cour européenne est probablement mesurable à l'aune de ses statistiques.<sup>22</sup> Aussi, avec un potentiel justiciable de plus de 800 millions d'individus, la Cour européenne a, entre 1959 et 2019, rendu 22 535 arrêts dont 18 977 constataient des violations de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces chiffres représentent une moyenne d'environ 375 décisions ou arrêts chaque année,<sup>23</sup> contre 100 affaires finalisées par la Cour africaine au 29 juillet 2020, soit environ sept arrêts par an.<sup>24</sup> Avec la Cour européenne, la Cour africaine dispose d'une importante source jurisprudentielle répartie entre diverses matières souvent inconnues de cette dernière, à l'instar de la fin de vie,<sup>25</sup> ou encore l'objection de conscience.<sup>26</sup> Toute chose pouvant justifier que la Cour africaine, et avant elle, la Cour interaméricaine s'inspirent largement des arrêts de la Cour européenne.

### **2.2.2 Pour un équilibre de la balance des importations jurisprudentielles**

Cependant, bien que leurs décisions se rapportent pour l'essentiel à des thématiques similaires – les conventions et charte régionales des droits de l'homme se rapportant aux droits proclamés par les instruments à vocation universelle – il n'existe aucun cas de référence de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine aux arrêts de la Cour africaine, quand par ailleurs, celle de la Cour européenne aux arrêts de la Cour interaméricaine tend à s'équilibrer.<sup>27</sup>

Si on ne prend en considération ici que les seuls rapports entre les Cours de protection des droits et si on met de côté leurs liens avec d'autres types de Cours internationales – ce dialogue fut marqué du sceau de l'unilatéralité. Pour prendre l'exemple des deux Cours qui ont en commun des années significatives de

22 Cour européenne, *Violations par article et par Etat (1959-2019)* 6, disponible en libre téléchargement sur le site de la Cour: [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2019\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2019_FRA.pdf) (consulté le 18 octobre 2020); Voir également les statistiques de la Cour européenne sur les violations par article et par Etat (2019) 3, disponibles en libre téléchargement sur le site de la Cour.

23 <https://www.echr.coe.int> (consultées le 18 octobre 2020).

24 Voir le résumé statistique des affaires contentieuses de la Cour africaine au 29 juillet 2020, <http://www.african-court.org> (consulté le 15 septembre 2020).

25 Cour européenne, Requête 46043/14, *Lambert et autres c. France*, Arrêt du 5 juin 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>, (consulté le 18 octobre 2020).

26 Cour européenne, Requêtes 14604/08 et autres, *Mushfig Mammadov et autres c. Azerbaïdjan*, Arrêt du 17 octobre 2013, <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 18 octobre 2020).

27 Discours de Laurence Burgorgue-Larsen sur les Cours régionales des droits de l'homme. Conclusions pour une coopération internationale renforcée; prononcé à l'occasion du 60e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme: les trois cours régionales des droits de l'homme réunies à Strasbourg, du 8 au 9 décembre 2008 à Strasbourg. Disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 18 octobre 2020).

fonctionnement, – les Cours européenne (Cour européenne) et interaméricaine [Cour interaméricaine] – ce fut la Cour de San José qui se lança, sans tabou ni complexe, dans un dialogue qui a pris l'allure de références expresses aux arrêts de sa consœur de Strasbourg.

Laurence Burgorgue-Larsen notait, pour le regretter, que pendant longtemps, le dialogue ait été à sens unique, et qu'il fallut attendre le 13 juin 2000 pour que la Cour européenne cita et s'inspira des arrêts et décisions de la Cour interaméricaine,<sup>28</sup> tandis qu'en raison de sa création plus récente, cette dernière a toujours subi l'influence des arrêts de la Cour de Strasbourg. On peut lire au paragraphe 80 de l'arrêt du 13 juin 2000 dans l'affaire *Timurtas c. Turquie* devant la Cour européenne:

A plusieurs reprises, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a déclaré que les disparitions forcées allaient souvent de pair avec la violation du droit à la vie. Dans le système interaméricain, la violation du droit à la vie consécutive à une disparition forcée peut être prouvée de deux façons. En premier lieu, il peut être établi que les faits de la cause concordent avec un phénomène de disparitions se soldant par le décès des victimes. En second lieu, les faits constitutifs d'un cas isolé de disparition forcée ayant eu une issue fatale peuvent être prouvés en eux-mêmes, indépendamment de toute pratique officielle caractérisée par de multiples disparitions. L'une et l'autre méthodes sont employées pour permettre à l'Etat d'exercer un contrôle sur le sort des victimes; combiné avec l'écoulement du temps, ce contrôle amène à conclure qu'il y a eu violation du droit à la vie.

Dans cette décision, la Cour européenne s'est inspirée de l'arrêt de la Cour interaméricaine dans l'affaire *Vélasquez Rodriguez c. Honduras* du 29 juillet 1988 (Série C No 4), notamment sur la théorie de la présomption de mort. Mais le déséquilibre dont il est question est davantage en défaveur de la Cour africaine, puisque les cas ne sont pas rares où la Cour européenne s'appuie désormais sur la jurisprudence de la Cour interaméricaine. Au paragraphe 49 de son arrêt du 6 février 2003 dans l'affaire *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*,<sup>29</sup> la Cour européenne s'est par ailleurs appuyée sur la casuistique du système de la Cour et de la Commission interaméricaines des droits de l'homme, pour affirmer la force contraignante des mesures provisoires. De même, l'arrêt *Durand et Ugarte c. Pérou* du 16 août 2000 a été utilisé par la Cour de Strasbourg, dans l'affaire *Mazni c. Roumanie* du 21 septembre 2006, pour valoriser l'importance de l'impossibilité de juger des civils par des juridictions militaires, et dans lequel on peut clairement lire la référence suivante:<sup>30</sup>

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a adopté une jurisprudence constante excluant les civils de la juridiction des tribunaux militaires, dans les termes suivants (*traduction*).

Dans un Etat démocratique régi par la prééminence du droit, la compétence des tribunaux militaires en matière pénale devrait être de nature restrictive et exceptionnelle, et viser la protection d'intérêts juridiques spéciaux, en rapport avec les fonctions attribuées par la loi à l'armée. En conséquence, il faut exclure les civils

28 Cour européenne, Requête 3531/14, *Timurtas c. Turquie*, Arrêt du 13 juin 2000, <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 18 octobre 2020).

29 Cour européenne, Requêtes 46827/99 et 46951, *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*, Arrêt du 6 février 2003, <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 18 octobre 2020).

30 Cour européenne, Requête 59892/00, *Mazni c. Roumanie*, Arrêt du 21 septembre 2006, au para 32, <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 18 octobre 2020).

de la compétence des tribunaux militaires, dont la juridiction devrait se limiter aux militaires ayant commis des crimes ou délits de nature à porter atteinte à des intérêts d'ordre militaire protégés par la loi» (*Cour interaméricaine, Durand et Ugarte c. Pérou*, 16 août 2000, para 117).

Pour les besoins d'une meilleure harmonisation du droit international des droits de l'homme, il apparaît nécessaire que l'exploitation des arrêts et décisions ne se fasse pas de manière unilatérale. Dans ce sens, l'ouverture de la Cour interaméricaine et de la Cour européenne à la jurisprudence de la Cour africaine serait également souhaitable. Par ailleurs, l'examen des enjeux du dialogue des cours régionales au regard de la Cour africaine serait au demeurant incomplet, s'il faisait fi de l'étude portant sur sa variante institutionnelle.

### **3 LA COUR AFRICAINE DANS LE DIALOGUE INSTITUTIONNEL DES COURS REGIONALES DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME**

Le dialogue des cours régionales est par ailleurs un dialogue institutionnel qui s'entend de la mise en œuvre d'un cadre permanent d'échanges autour des expériences judiciaires comparées. Celles-ci impliquent non seulement de tirer avantage d'une communauté de défis liés à la question majeure de la résistance des Etats au contrôle juridictionnel, mais aussi de renforcer une coopération technique favorable à une meilleure administration de la justice à l'échelle régionale.

#### **3.1 Le défi à la viabilité du dialogue institutionnel des cours régionales: celui de la judiciarisation ou de la soumission de l'État au contrôle juridictionnel**

Si l'entrée en vigueur, le 1er novembre 1998, du Protocole No 11 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, a pu traduire une révolution du droit de recours individuel par l'effet d'un contrôle juridictionnel plus élargi, les Etats apparaissent globalement réticents à la judiciarisation du contentieux des droits de l'homme à l'échelon régional.

##### **3.1.1 Une faible collaboration des États en amont du mécanisme régional de protection des droits de l'homme: l'accès aux cours régionales**

Il n'est pas rare que des États développent une politique juridique extérieure passive à l'égard des cours régionales, par laquelle ils s'abstiennent de collaborer au système de protection en paralysant le mécanisme de saisine des cours régionales ou en affaiblissant celui-ci. La quasi-inexistence des recours interétatiques d'une part et la

politique défavorable au droit de recours individuel d'autre part, illustrent assez bien notre propos.

L'importance numérique des requêtes interétatiques est variable d'un système régional à un autre. Dans le système européen, les Etats sont peu enclins à saisir la Cour européenne en vue de dénoncer la violation par d'autres Etats, des engagements pris au titre de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette prudence, ou ce manque d'enthousiasme se reflète dans la proportion marginale de leur participation contentieuse devant ladite Cour. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la Convention européenne en 1953, seules 24 affaires étatiques ont été introduites devant la Commission et la Cour, dont quatre ont donné lieu à des arrêts de la Cour européenne.<sup>31</sup> La toute première requête interétatique fut introduite le 17 juillet 1957 par la Grèce contre le Royaume-Uni.<sup>32</sup>

Les requêtes interétatiques représentent moins d'un pourcent du nombre total des requêtes introduites devant la Cour européenne qui s'élève à 882 000 entre 1959 et 2019.<sup>33</sup> Cependant, du fait du caractère désormais obligatoire de la juridiction de la Cour européenne et en raison du Protocole No 11, leur maigre poids statistique – qui traduit tout de même un échec dans le choix du Conseil de l'Europe pour ce type de recours lors de l'adoption de la Convention en 1950 – a un moindre effet inhibiteur sur le plan de l'activité contentieuse de la Cour, puisqu'il est largement compensé par un afflux beaucoup plus important de requêtes individuelles. Ce qui n'est autrement pas le cas de la Cour africaine en raison de l'article 34(6) de son Protocole qui subordonne la compétence de la Cour africaine pour recevoir des requêtes individuelles, à la condition que l'Etat en cause fasse la déclaration facultative de juridiction obligatoire.

Au 29 juillet 2020, la Cour africaine a reçu 285 requêtes pour 100 affaires finalisées. Une typologie de celles-ci permet d'observer une absence de requêtes interétatiques. Les requêtes devant la Cour africaine sont à 94,03% à l'initiative des individus (268), à 4,91% déposées par les organisations non-gouvernementales (14), et à 1,05% du fait de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission africaine) (3).<sup>34</sup>

Par ailleurs, dans le champ africain, le consensus entre États est loin d'être atteint sur l'accès à la justice, ou précisément, sur le droit des individus à ce que leurs causes soient directement entendues devant la Cour. Ce protectionnisme juridique des États s'accompagne d'un désaveu progressif à l'égard de la Cour africaine, qui, au 30 septembre 2020 ne compte plus que six États ayant fait cette déclaration spéciale

31 Données publiées par l'Unité de Presse de la Cour européenne, août 2020, 4 pages.

32 Commission européenne, Requête 299/57, *Grèce c. Royaume-Uni*, Rapport du 8 juillet 1959, [https://www.echr.coe.int/Documents/InterState\\_applications\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/InterState_applications_FRA.pdf) (consulté le 18 octobre 2020).

33 Voir *Aperçu Cour européenne 1959-2019, unité des relations publiques de la Cour européenne des droits de l'homme* (2020) 3-4.

34 Données disponibles sur le site de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: <https://fr.african-court.org>, consultées le 15 septembre 2020.

prévue à l'article 34(6) du Protocole, après le retrait de la République du Rwanda le 24 février 2014, de la République-Unie de Tanzanie le 11 novembre 2019, de la République du Bénin le 24 mars 2020 et de la République de Côte d'Ivoire le 28 avril 2020.

### **3.1.2 Une faible participation des États en aval du mécanisme régional de protection: le respect de la chose jugée**

L'exploitation des rapports d'activité de la Cour africaine permet tout au moins de se faire un état de l'exécution problématique de ses décisions et ordonnances. En 2017,<sup>35</sup> elle a rendu neuf arrêts, cinq ordonnances et cinq avis consultatifs. Six cas de non-exécution des arrêts au fond et ordonnances de réparation ont été répartis entre la Tanzanie (quatre), le Burkina-Faso (un) et la Libye (un). Vingt cas de non-exécution des ordonnances de mesures provisoires donnant 17 pour la Tanzanie, deux pour le Ghana et un pour le Rwanda.

En 2018,<sup>36</sup> elle a rendu 106 arrêts, décisions, ordonnances et avis consultatifs. Vingt et un cas de non-exécution des arrêts au fond et des ordonnances de réparation dont 14 pour la Tanzanie, deux pour le Burkina-Faso, un pour le Mali, un pour le Rwanda, un pour la Côte d'Ivoire, un pour la Libye et un pour le Kenya. Vingt et un cas de non-exécution des ordonnances de mesures provisoires donnant 17 pour la Tanzanie, deux pour le Ghana et un pour le Rwanda.

En 2019,<sup>37</sup> la Cour africaine a rendu 17 arrêts et renvoyé 140 affaires. Elle a dénombré 41 cas de non-exécution des arrêts au fond et ordonnances de réparation dont 31 pour la Tanzanie, deux pour le Burkina-Faso, deux pour le Rwanda, deux pour le Ghana, un pour le Kenya, un pour la Côte d'Ivoire, un pour la Libye et un pour le Mali.

S'il peut paraître difficile de donner avec exactitude le pourcentage d'exécution des arrêts de la Cour africaine, les situations sont multiples où, les décisions de la Cour européenne ont été critiquées pour ingérence dans le domaine réservé des États, et ont provoqué une politique de défiance vis-à-vis des institutions du Conseil de l'Europe. Pour ne problématiser que le respect de la chose jugée ou l'exécution des arrêts et décisions de la Cour, il faut se rappeler qu'au lendemain de l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*, les autorités nationales de ce pays ont envisagé de se retirer de la Convention européenne.<sup>38</sup> Plus loin, la Fédération de Russie, qui représente 17% des condamnations de la

35 *Rapport d'activité de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples du 1er janvier au 31 décembre 2017* (2018) 11-29.

36 *Rapport d'activité de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples du 1er janvier au 31 décembre 2018* (2019) 9-40.

37 *Rapport d'activité de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples du 1er janvier au 31 décembre 2019* (2020) 19-25.

38 *Cour européenne*, Requête 74025/01, affaire *Hirst c. Royaume-Uni* (No 2), arrêt du 6 octobre 2005. Voir également J Gaud 'Les relations entre le Royaume-Uni et la Cour européenne des droits de l'homme' Mémoire de Master, Université Paris 1 – École Nationale d'Administration (2016) 101.

Cour européenne,<sup>39</sup> a, au travers de sa loi du 14 décembre 2015 portant amendement de la Constitution fédérale sur la Cour constitutionnelle, érigé un obstacle juridique permanent à l'application des arrêts de la Cour dont la conformité à la Constitution est une condition obligatoire.

La résistance des Etats au contrôle juridictionnel est un défi fondamental pour la viabilité d'un cadre permanent de dialogue institutionnel entre les cours, singulièrement pour le système africain dont le contrôle pour l'application de la Charte de Banjul et des instruments pertinents de droit international est désormais limité de fait, à six États sur les 30 ayant ratifié son Protocole. Il ne reste pas moins vrai que le renforcement d'une coopération technique serait à même de contourner cet obstacle, en même temps qu'il fournirait à la Cour africaine, les moyens de la performance dans le travail judiciaire.

### **3.2 Le dialogue institutionnel des cours régionales et les moyens de performance apportés par le partage des expériences comparées**

Par la diversité de leurs trajectoires historiques, la relation triangulaire entre les cours régionales offre à la Cour africaine, le moyen d'un partage d'expériences propices à la diversification des méthodes de travail et à l'innovation en vue de renforcer l'efficacité dans le travail judiciaire. En cela, le Forum des cours régionales est avant tout un cadre de rencontre, de travail et d'apprentissage. Il pose les bases d'une coopération judiciaire internationale et repose sur l'exploitation des avantages comparatifs de chacun des systèmes de protection.

#### **3.2.1 Les expériences comparées dans l'usage des outils communicationnels en vue d'améliorer le lobbying judiciaire**

La communication, comme outil de visibilité apparaît fondamentale pour impacter directement sur les acteurs alternatifs (individus, société civile) et influencer autrement les politiques juridiques extérieures des États. La Cour européenne dispose d'une importante gamme d'instruments dédiée aux relations publiques, avec une communication de type haut vers le bas (*top down*). Il s'agit d'une communication sur site: soit sur le site géographique de la Cour à l'occasion de visites organisées, soit sur son site numérique, avec la possibilité d'échanges instantanés avec l'extérieur à travers la création d'un compte twitter. Toutefois, si internet offre un accès plus aisé à l'information sur la Cour européenne, la stratégie de communication ne tient guère compte de l'inégal accès à cet outil dans l'espace européen, pas plus que du

39 Entre 1959 et 2019, la Cour européenne a rendu 22 535 arrêts dont 18 977 constatent des violations de la Convention européenne des droits de l'homme. 2 699 d'entre elles concernent la Fédération de Russie avec 2 551 arrêts de condamnations, en deuxième position derrière la Turquie qui en compte 3 224. Voir n 20.



déséquilibre dans la répartition d'une culture des droits de l'homme. Ceci explique une certaine méconnaissance de ses procédures et de son fonctionnement, en partie à l'origine du fait que sur 841 371 affaires terminées entre 1959 et 2018, 792 438 ont été déclarées irrecevables, soit 94,18% des requêtes introduites.<sup>40</sup>

*A contrario*, une approche de type bas vers le haut (*bottom up*), qui désigne un processus communicationnel par lequel l'information sur la juridiction va rejoindre l'usager de la justice, pourrait inspirer la Cour européenne et la Cour interaméricaine. Cette démarche, inspirée d'une technique pratiquée avec succès par la Cour pénale internationale (CPI) ainsi que la Cour africaine, serait indiquée en complément des stratégies déployées en l'état par la Cour européenne. En effet, le Greffe de la CPI mène des activités non judiciaires de sensibilisation sur le terrain, tandis qu'elle dispose également de Bureaux extérieure permettant aux personnes qui souhaitent coopérer avec elle, d'apporter un concours aux activités de sensibilisation et d'information ou travailler avec la Cour. En 2019, la Cour africaine a mené des activités sur le terrain de la promotion des droits de l'homme destinées à sensibiliser les parties prenantes sur son existence et son fonctionnement: des visites de sensibilisation, des formations, des séminaires ont été conduits à Djibouti du 7 au 9 mai, aux Comores du 7 au 9 août, au Zimbabwe du 14 au 16 août en vue d'encourager notamment ces pays à ratifier le Protocole sur la Cour et à faire la déclaration de l'article 34(6) l'autorisant à recevoir des requêtes individuelles.

De plus, la Cour africaine continue de collaborer avec d'autres partenaires concernés, y compris les partenaires extérieurs, dans l'exercice de son mandat tels que la Commission européenne (CE), la *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit* (GIZ), la Banque mondiale et le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme qui continuent de soutenir le développement des compétences ainsi que les programmes de sensibilisation de la Cour. Ce réseautage institutionnel<sup>41</sup> est un véritable outil de lobbying judiciaire qui, avec le dialogue des cours régionales peut être étendu à l'échelle de plusieurs autres partenaires stratégiques.

Par ailleurs, les échanges entre les cours mettraient un accent sur le fonctionnement des différentes juridictions. Faire partager ses avancées et ses faiblesses pourraient permettre d'améliorer la qualité de la justice.

### **3.2.2 L'expérience comparée dans l'organisation administrative du travail: l'exemple de la recherche numérique**

Afin de faciliter une approche collaborative de création et de partage de connaissances, la Cour européenne a mis sur pied une passerelle

40 Voir *Aperçu 1959-2018 Cour européenne* (2019) 4-9.

41 n 33.

numérique: *le knowledge sharing*. C'est un point d'accès unique qui fournit pour chaque article de la Convention, un accès direct à la jurisprudence, aux articles de doctrine, ouvrages, liens numériques renvoyant au maximum de développements effectués, ainsi que sur les questions transversales. L'expérience qui a prouvé son efficacité peut être utilement élargie, sinon calquée dans l'intérêt d'une meilleure recherche juridique pour les juges au sein de la Cour africaine.

### **3.2.3 L'expérience comparée dans la conduite des procédures**

Les procédures sont un élément préférentiel de comparaison entre les juridictions, selon qu'elles contribuent à façonner la mesure de l'accès à la justice. Si l'on s'intéresse au délai de saisine par exemple, deux tendances parallèles sont observables selon qu'il s'agit de la Cour européenne ou de la Cour africaine. La flexibilité de la Cour africaine sur l'appréciation du délai de sa saisine peut être un élément de discussion avec la Cour européenne qui a plutôt une tendance au durcissement du sien, pour le moins contraire à l'esprit de la réforme du Protocole No 11. En effet, tandis que pour la Cour africaine «le caractère raisonnable [du délai de] sa saisine dépend des circonstances particulières de chaque affaire, et doit être appréciée au cas par cas»,<sup>42</sup> l'entrée en vigueur du Protocole additionnel No 15 à la Convention européenne portera de six à quatre mois, le délai pour la saisine de la Cour de Strasbourg.

### **3.2.4 L'expérience comparée comme moyen d'anticipation dans la réforme du système de protection des droits de l'homme**

Il s'agit pour la Cour africaine de tirer avantage des expériences antérieures comparées dont l'étude permet d'anticiper les effets négatifs des réformes envisagées. En vue de conduire une réforme destinée à assurer au requérant individuel un *locus standi* devant la Cour interaméricaine, un plaidoyer fût de son temps adressé à ladite Cour:

La protection des droits doit être dotée du *locus standi* procédural des victimes, sans lequel la procédure est dépourvue en partie de l'élément contradictoire, essentiel à la recherche de la vérité et de la justice. L'élément contradictoire entre les victimes de violations et les États défendeurs fait partie de l'essence même du contentieux international des droits de la personne.<sup>43</sup>

42 Cour africaine, Requête 5/2015, *Alex Thomas c. Tanzanie*, Arrêt du 20 novembre 2015. <http://fr.african-court.org> (consulté le 15 mars 2020).

43 Extrait de la lettre du juge Antônio Augusto Cançado Trindade au Président Héctor Dix-Zamudio (Président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme), le 7 octobre 1996. Voir Antônio Augusto Cançado Trindade 'Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de l'homme' (2001) 14 *Revue québécoise de droit international* 207-239.

En effet, parce qu'elle est plus ancienne, la Cour européenne a déjà abordé certains problèmes qui se posent à la Cour interaméricaine et en particulier à la Cour africaine, notamment le défaut de recours individuel direct critiqué par les plaideurs,<sup>44</sup> et par la Cour elle-même.<sup>45</sup>

Pour que la Cour réalise ses objectifs et renforce davantage les systèmes africains de défense des droits de l'homme, il faut qu'un plus grand nombre de pays ratifie le Protocole et dépose la déclaration prévue à l'article 34(6) [de son Protocole l'autorisant à recevoir des requêtes individuelles].

L'expérience de la Cour européenne au lendemain de l'entrée en vigueur du Protocole No 11, qui a permis aux individus de saisir directement la Cour, fait observer que l'effet d'engorgement dans le traitement des affaires<sup>46</sup> qui s'en est suivi n'avait pas été suffisamment anticipé. Au moment de l'entrée en vigueur de ce protocole en novembre 1998, les requêtes pendantes devant la Cour européenne étaient de l'ordre de 6 500, pour atteindre environ 65 000 au début de l'année 2004. Afin de pallier cette difficulté, une succession de protocoles a été adoptée à l'effet de restreindre l'accès à la Cour européenne en agissant sur un durcissement des conditions de recevabilité: il s'agit notamment de l'exigence d'un préjudice important<sup>47</sup> et la réduction du délai de saisine de la Cour.<sup>48</sup> De fait, pouvoir anticiper sur les effets de la réforme institutionnelle est d'autant plus fondamental que la Cour africaine connaît actuellement des transformations significatives de nature à en faire une juridiction *sui generis* par rapport aux deux autres cours régionales.

44 Cour africaine, Requête 1/2011, *Fémi Falana c. Union africaine*, Décision du 26 juin 2012, <http://fr.african-court.org> (consulté le 15 mars 2020).

45 Propos de Sylvain Oré, extrait du Communiqué de presse de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples du jeudi 29 novembre 2018, disponible sur le site de la Cour: <http://www.african-court.org> (consulté le 15 septembre 2020).

46 L-A Sicilianos 'La "réforme de la réforme" du système de protection de la Convention européenne des droits de l'homme' (2003) 49 *Annuaire français de droit international* 611.

47 L'entrée en vigueur du Protocole No 14 en 2010 a établi un nouveau critère de recevabilité: l'existence d'un préjudice important pour le requérant.

48 Dès son entrée en vigueur, le Protocole No 15 adopté en 2013 ramènera à 4 mois et non plus 6, le délai dans lequel la Cour peut être saisie après une décision nationale définitive.

#### **4 REMARQUES CONCLUSIVES SUR LA SINGULARITÉ DES MUTATIONS DE LA COUR AFRICAINE ET LEUR PORTÉE SUR LE DIALOGUE JUDICIAIRE TRIANGULAIRE**

Le contexte dans lequel baigne la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples justifierait la tenue d'un véritable partage d'expérience dans la mesure où les transformations en cours impacteront d'une manière ou d'une autre le Forum, qui repose sur le postulat selon lequel même sans être au même stade, les cours régionales ont en commun une certaine trajectoire. Cependant, le système africain de protection des droits de l'homme suit depuis 2008, une ligne distincte.

Sur le plan de la structure, le système africain de protection des droits de l'homme se dotera d'une nouvelle juridiction.<sup>49</sup> Le Protocole du 1er juillet 2008 adopté à Charm el-Cheikh, en Égypte, par la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement pose les termes d'une fusion entre l'actuelle Cour africaine, acteur du Forum, et la Cour de Justice de l'Union africaine, en vue de la création de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Cour africaine de justice). En ce qu'elle n'est pas une fusion entre la Cour africaine et la Commission africaine, ce changement structurel est à la fois dans la continuité de la dualité du système interaméricain, et une démarcation d'avec le système européen de Cour unique: la Cour européenne étant née de la fusion entre une cour non permanente et la Commission européenne des droits de l'homme.

Sur le plan normatif, dès l'entrée en vigueur du Protocole de Malabo (Guinée Equatoriale) de juin 2014, la nouvelle Cour africaine de justice sera dotée d'une section des affaires générales, d'une section des droits de l'homme et d'une section de droit international pénal. Elle s'illustrera dans le dialogue des cours comme l'unique juridiction régionale ayant une compétence en matière de droit international pénal. Peu documentée, cette réforme peut apparaître comme un obstacle dans la mesure où elle restreindrait la coopération judiciaire avec d'une part, deux cours dédiées exclusivement aux droits de l'homme (la Cour européenne et la Cour interaméricaine), et d'autre part, la seule section de la Cour africaine de justice traitant des questions des droits de l'homme. Bien appréhendée en revanche, elle pourrait ouvrir les perspectives du dialogue à de nouveaux champs et même favoriser une transdisciplinarité dans l'approche des droits de l'homme.

49 T Barsac *La Cour africaine de justice et des droits de l'homme* (2012) 132.

# Le système africain des droits de l'homme face à l'état d'urgence sanitaire due à la Covid-19

*Olivier Baraka Bahoze\**

<https://orcid.org/0000-0002-2980-1296>

**RÉSUMÉ:** Cet article analyse le caractère non-dérogeable des droits prévus par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dans le contexte d'urgence sanitaire due à la pandémie de Covid-19. Il part du constat selon lequel le système africain des droits de l'homme consacre un standard élevé de protection des droits de l'homme comparativement aux autres standards régionaux et international du fait de l'impossibilité de déroger aux droits garantis quelle que soit la circonstance exceptionnelle. Cependant, maintenir un tel standard s'est avéré incompatible avec la nécessité d'endiguer la Covid-19. D'abord, la déclaration dans plusieurs Etats africains de l'état d'urgence sanitaire, dérogeant aux droits de l'homme, viole la Charte africaine. Il en découle dès lors que de nombreuses mesures adoptées à cet égard annihilent certains droits garantis par la Charte tout en renforçant certains autres. Enfin, la justiciabilité de ces mesures devant les organes de mise en œuvre de la Charte reste hypothétique au regard de rapports complexes entre ces organes et les Etats. Pour renforcer à l'avenir l'efficacité du système africain de protection des droits de l'homme en cas d'urgence sanitaire, cette étude plaide en faveur de l'adoption d'une convention régionale applicable aux situations d'urgence pour un maximum de sécurité juridique face aux décisions étatiques susceptibles de rendre dérisoires les droits protégés par la Charte.

## TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

### **The African human rights system and Covid-19 induced states of emergency**

**Abstract:** This article examines the non-derogable nature of the rights guaranteed in the African Charter on Human and Peoples' Rights in the context of health emergency situations induced by the Covid-19 pandemic. It is premised on the understanding that the African human rights system provides a high standard for the protection of

\* Licencié en Droit, Assistant à la faculté de droit et Coordonnateur du Club-DIH (Université de Goma 2016), Diplômé du Programme de formation en droit international des Nations Unies (Addis-Abeba 2019), Candidat au DES en droit international public et relations internationales et Chercheur au Centre d'études en règlement des différends internationaux en Afrique [CERDIA] (Université de Kinshasa 2020). Assistant parlementaire à l'Assemblée nationale de la RDC (2020-2023). L'auteur remercie sincèrement les rapporteurs anonymes qui ont examiné le présent article pour leurs observations avisées. Mention spéciale à Trésor Makunya Muhindo, ses précieux conseils et ses vives suggestions ont été indispensables pour la présente. Que Blaise-Pascal Zirimwabagabo et Balingene Kahombo trouvent dans ces lignes l'expression de ma gratitude pour leurs encouragements. Enfin, je dédie ce papier au Professeur Jean-Paul Segihobe Bigira, les discussions que nous avons eues sur la question de l'état d'urgence sanitaire ont inspiré la présente réflexion; olivierbahoze @gmail.com

human rights as compared to other regional and international standards due to the impossibility of derogating from the rights guaranteed irrespective of the circumstances. However, maintaining such a standard has proved incompatible with the need to contain Covid-19. First, the fact that several African states declared a state of health emergency, which included derogation from human rights, violates the African Charter. As a result, several measures taken on this occasion annihilate some rights while strengthening others. Finally, the justiciability of these measures before the bodies which oversee the implementation of the Charter remains hypothetical in view of the complex relations between these bodies and states. To strengthen the effectiveness of the African human rights system in future situations of health emergency, this article advocates for the adoption of a regional treaty applicable to emergency situations for the highest level of legal certainty in the face of government decisions likely to make the rights in the Charter illusory.

**MOTS CLÉS:** urgence sanitaire et protection des droits de l'homme, dérogation des droits de l'homme dans une situation d'urgence sanitaire, système africain des droits de l'homme face à la Covid-19, droits dérogeables et droits non dérogeables

**SOMMAIRE:**

1	Introduction .....	61
2	Une réglementation incertaine de l'urgence sanitaire par la Charte africaine.....	65
2.1	La méconnaissance apparente de l'état d'urgence sanitaire .....	66
2.2	La portée de la dérogation aux droits de l'homme face à l'urgence sanitaire en Afrique .....	68
2.3	Les clauses de limitation ou de restriction au secours du défaut de la clause générale de dérogation? .....	71
3	L'impasse pratique de l'indérogeabilité et la justiciabilité des mesures sanitaires.....	74
3.1	L'impasse pratique du <i>mythe</i> d'indérogeabilité .....	74
3.2	Les organes de mise en œuvre de la Charte africaine face aux mesures sanitaires: entre audace et rendez-vous manqué?.....	77
4	Conclusion.....	81

**1 INTRODUCTION**

Analyser l'impact d'une pandémie internationale sur l'effectivité d'un système régional de protection des droits de l'homme peut sembler fort hasardeux à une triple dimension. D'abord, au regard du développement contemporain des droits de l'homme, sous l'impulsion onusienne, c'est la première fois que le monde fait face à une crise sanitaire de l'ampleur du coronavirus (Covid-19). Ce qui fait que le caractère inédit de cette crise défie tout précédent, anachronique soit-il. Ensuite, d'un point de vue stratégique, réfléchir sur une crise qui n'est pas encore finie ne permet d'aboutir qu'à des résultats provisoires susceptibles d'être balayés à tout moment. Enfin, au niveau de la méthodologie, s'aventurer sur un terrain qui suscite une curiosité aussi poussée vers la pluridisciplinarité peut conduire à une impasse, au pire, vers une sorte de Babel scientifique au sein duquel tout le monde parle et personne ne comprend.

C'est en considération de ce qui précède, que nous avons pris l'initiative – certes risquée mais passionnante au regard de l'actualité internationale – de cerner l'urgence sanitaire due à la Covid-19 à l'aune du système africain de protection des droits de l'homme. Tout part de l'avènement de Covid-19 qui, toutes proportions gardées, a mis le

monde en hibernation. Avec sa chronologie<sup>1</sup> qui fait rimer surprise générale et impréparation collective, la Covid-19 est parreé, dans un temps record, d'une épidémie interne vers une urgence de santé publique de portée internationale<sup>2</sup> avant de se muer en pandémie internationale.<sup>3</sup> Sa chaîne de contamination a fait redouter une catastrophe sanitaire de l'ampleur de la peste noire,<sup>4</sup> du choléra<sup>5</sup> ou de la grippe espagnole<sup>6</sup> de funestes mémoires.

Sur plusieurs points, la gestion de la crise sanitaire due à la Covid-19 s'est située à l'intersection du droit et de la santé. Ce qui fait qu'à côté des préoccupations sanitaires, celles relatives aux droits de l'homme deviennent de plus en plus sujettes à dialectique. Dans une certaine mesure, cette pandémie, tout comme l'urgence sanitaire qu'elle entraîna, ont lourdement affecté le système africain de protection des droits de l'homme. Entant qu'un ensemble normatif et institutionnel cohérent, ce système a souffert dans son effectivité. En effet, ce constat est le dénominateur commun de tous les systèmes régionaux et international en cette période de crise sanitaire. Au demeurant, la survenance de cette pandémie a mis en quarantaine plusieurs conventions de protection des droits de l'homme.<sup>7</sup> La paralysie des organes de mise en œuvre issus des plusieurs système en était donc une conséquence logique<sup>8</sup> au point qu'il ne paraît plus excessif de conclure

- 1 Pour une chronologie relative à la pandémie de Covid-19, voir H de Pooter 'La flambée du nouveau coronavirus (2019) constitue une urgence publique de portée internationale (Rappel des faits jusqu'à la déclaration du Directeur général de l'OMS du 30 janvier 2020' (2020) 124(2) *Revue générale de droit international public* 356-364; Chronologie de l'action de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) face à la COVID-19 disponible sur <https://www.who.int/fr/news-room/detail/29-06-2020-covidtimeline> (consulté le 8 août 2020).
- 2 L'OMS a déclaré l'épidémie une urgence de santé publique de portée internationale (USPPI) le 30 janvier 2020.
- 3 Voir WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 March 2020, disponible sur <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (consulté le 15 avril 2020).
- 4 De 1347 à 1352 la peste noire a profondément ravagé l'Europe en éliminant 25 à 30% de ses habitants. Voir S Barry & N Gualde 'La peste noire dans l'Occident chrétien et musulman, 1347-1353' (2008) 25(2) *Canadian Bulletin of Medical History/Bulletin canadien d'histoire médicale* 461-498.
- 5 Cette épidémie a frappé le monde en sept pandémies: La première (1817-1824); la deuxième (1829-1837), la troisième (1840-1860), la quatrième 1863-1875), la cinquième (1881-1896), la sixième (1899-1923) et la septième (1961-1991). Lire L Geffray 'Le choléra' (1996) 15(2) *La Revue du praticien* 197-203.
- 6 Voir P Zylberman 'Comme en 1918! La grippe "espagnole" et nous' (2006) 22 (8-9) *Médecine Sciences* 767-770.
- 7 F Sudre 'La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme' (2020).
- 8 La Cour africaine avait interrompu le 20 mars sa 56ème session ordinaire en raison de l'épidémie de Covid-19. Voir <https://fr.african-court.org/index.php/news/press-releases/item/160-la-cour-africaine-suspend-sa-56e-session-ordinaire-a-cause-de-la-pandemie-de-coronavirus>; la Cour interaméricaine des droits de l'homme, compte tenu de l'épidémie de Covid-19 a décidé le 11 mars 2020 de

que la Covid-19 a «confiné la communauté internationale». <sup>9</sup>

A cet effet, pour contenir cette pandémie plusieurs États, y compris ceux d'Afrique, ont imposé une série de mesures coercitives. Monotones, ces mesures partent de la fermeture des lieux publics (écoles, églises, marchés) à l'interdiction de voyager (fermeture des frontières, gars, ports, aéroports), voire, le confinement de la population. Liberticides, ces mesures étaient appliquées à fond d'un recours excessif à la force doublé d'arrestations illégales et de détentions arbitraires, voire, de restrictions de l'espace civique. Ressorties d'une dimension répressive indéniable, leur mise en œuvre fait craindre une sournoise pénalisation des droits humains. Dès lors, partant d'un échantillon exigu, on peut remarquer que la quasi-totalité des États africains ont recouru aux mêmes méthodes. A l'image de la République démocratique du Congo (RDC), <sup>10</sup> les États issus de toutes les Communautés économiques régionales africaines (CER) <sup>11</sup> ont suspendu l'effectivité des droits de la Charte sous prétexte d'enrayer la Covid-19.

Ces mesures exaltèrent ainsi un désir mimétique mettant à nue une irréfutable impréparation collective. A l'exception du Burundi et du Bénin qui, sans décréter un état d'urgence sanitaire, ont arrêté des

suspendre les audiences programmées lors de la 134<sup>ème</sup> ordinaire prévue du 16 au 20 mars. Voir Press Release Inter-American Court of Human Rights I/A Court H.R. PR-15/2020 sur [http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_15\\_2020\\_eng.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_15_2020_eng.pdf)

- 9 R Maurel 'L'(in)activité du Conseil de sécurité face au Covid-19: où est confinée la communauté internationale?' (2020) 18 *Revue des droits et libertés fondamentaux* 1-12 disponible sur [http://www.revuedf.com/droit-international/linactivite-du-conseil-de-securite-face-au-covid-19-ou-est-confinnee-la-communaute-internationale/#\\_ftnref11](http://www.revuedf.com/droit-international/linactivite-du-conseil-de-securite-face-au-covid-19-ou-est-confinnee-la-communaute-internationale/#_ftnref11) (consulté le 8 août 2020).
- 10 En République démocratique du Congo, pour faire face à la pandémie du Covid-19, le Président de la République a pris l'Ordonnance No 20/014 du 24 mars 2020 proclamant l'état d'urgence sanitaire. Cette Ordonnance interdit tous les voyages de la capitale vers les provinces et *vice versa*; tous les rassemblements, réunions et célébrations de plus de 20 personnes; tous les mouvements migratoires internes et externes par transport en commun [...] la population étant priée de rester à domicile et de n'effectuer que les déplacements strictement indispensables. En plus, était ordonnée la fermeture des écoles, des universités et instituts supérieurs officiels et privés et de tous établissements recevant le public ainsi que les lieux de réunions [...]; sont interdits l'ouverture des discothèques, bar, cafés, terrasses et restaurants ainsi que l'organisation des deuils dans les salles, les domiciles ou sur la voie publiques [...]; sont suspendus tous les cultes religieux [...] ainsi que toutes les activités sportives dans les stades et autres lieux de regroupement sportif. Cette ordonnance a été modifiée et complétée par l'ordonnance No 20/026 du 19 avril 2020. Elle fut déclarée conforme à la Constitution par la Cour constitutionnelle à travers l'arrêt R. Const 1200. L'état d'urgence sanitaire a été prorogé par le Parlement congolais à six reprises à la demande du Président de la République malgré la désapprobation de certains congolais. Il fut levé le 21 juillet 2020.
- 11 Pour rappel l'Afrique compte 14 CERs. Mais seuls huit ont été officiellement reconnus par l'Union africaine: la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO); la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC); la Communauté économique de l'Afrique centrale (CEEAC); l'Union du Maghreb Arabe (UMA); la Communauté de l'Afrique de l'est (CAE); le Marché commun de l'Afrique du Sud-est (COMESA); la Communauté économique des Etats sahélo-sahariens (CENSAD) et l'Autorité intergouvernementale pour le développement (IGAD).



mesures aussi rigoureuses que coercitives, d'autres Etats comme le Cameroun,<sup>12</sup> le Kenya, l'Ethiopie, l'Egypte, l'Afrique du Sud, le Nigeria et la Tunisie,<sup>13</sup> pour ne citer que ceux-là, ont recouru aux mesures identiques.

Certes, bon nombre de ces mesures ont été suggérées par l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Néanmoins, il est possible de remarquer que ces mesures étaient pour la plupart copiées de l'Europe. D'ailleurs, certaines critiques ont vu en leur application en Afrique un mécanisme de transfert par le Nord (Europe) de son risque de surmortalité due au coronavirus vers le sud (Afrique).<sup>14</sup> Qu'importe, leur caractère liberticide n'a pas entamé leur forte légitimité sociale de départ. La contestation de ces mesures par ses destinataires n'a commencé qu'avec les débats autour de l'impact nocif qu'elles ont eu sur les droits économiques, sociaux et culturels. Il en découle que si tout le monde paraissait *coronaphobe* au début de la pandémie, plusieurs ont basculé vers les *coronasceptiques* actuellement.

En gros, la mise en œuvre des mesures sanitaires renvoie à une vision dichotomique dans laquelle la symétrie entre respect des droits de l'homme et exercice des prérogatives de puissance publique<sup>15</sup> se trouve fort accentuée. Face à cette situation, la question de restriction, limitation et dérogation des droits a mis le système africain devant ses propres insuffisances.

Par définition, la restriction est l'action de restreindre, «de réduire un droit ou une liberté, de diminuer la portée d'une mesure».<sup>16</sup> Synonyme de limitation, elle peut renvoyer aussi aux «claw-back clauses» qui sous-entendent la limitation d'un droit par la disposition qui le consacre. La dérogation quant à elle, c'est «l'action d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier».<sup>17</sup> C'est une possibilité de suspendre temporairement l'exercice d'un droit prévue par certaines conventions des droits de l'homme en cas de survenance d'une circonstance exceptionnelle rendant difficile leur effectivité.

12 JC Atangana 'Les conséquences des atteintes aux droits de la personne et libertés fondamentales dans la lutte contre la Covid-19' (2020) 3(2) *VigieAfriques* 25.

13 H Gueldich 'L'impact de la Covid-19 sur la démocratie et l'état de droit en Tunisie' (2020) 3(2) *VigieAfriques* 17-21.

14 P Guillaumont 'Comment le Nord a transféré au Sud son risque de surmortalité due au coronavirus: ébauche d'un modèle de transfert international de mortalité' (2020) 205 *Fondation pour les Etudes et Recherches sur le Développement International* 1-8.

15 T Groundler 'Santé publique entre logique du libre-échange et préservation des prérogatives étatique' in D Lochak (dir) *Mutation de l'Etat et protection des droits de l'homme* (2007) 207.

16 G Cornu *Vocabulaire juridique* (2014) 920.

17 Cornu (n 16) 334.

Partant, si plusieurs droits de la Charte africaine<sup>18</sup> sont susceptibles de restriction, aucun d'eux n'est passible de dérogation quelle que soit la circonstance.<sup>19</sup> Cette spécificité normative a pour conséquence la consécration en Afrique d'un standard très élevé de protection des droits de l'homme, en comparaison avec d'autres standards régionaux et international. Cependant, ce standard paraît irréaliste surtout quand il faut lutter contre la propagation d'une pandémie de la véhémence du coronavirus. Au sein du système africain, par exemple, la seule consécration d'un tel standard n'a pu empêcher les violations des droits de l'homme durant cette période de l'urgence sanitaire. Plusieurs États ont dérogé aux droits de la Charte africaine pour faire face à l'urgence sanitaire sans déférence à ce standard. Ce qui fit que la gestion de la crise sanitaire eût un impact pervers sur l'effectivité des droits de la Charte.

Dès lors, la disjonction entre impossibilité de déroger aux droits de l'homme et la nécessité de répondre efficacement à l'urgence sanitaire en Afrique soulève quelques interrogations: Si aucune circonstance exceptionnelle n'est éligible pour fonder la dérogation des droits issus de la Charte africaine par un État, qu'en est-il alors d'une urgence sanitaire? Comment peut-on appréhender les mesures prises par les États africains pour endiguer la Covid-19 au regard du système africain de protection des droits de l'homme? Quel impact aura l'actualité sanitaire sur le caractère indérogable des droits de la Charte? Quelle influence peut avoir la Covid-19 sur l'appréciation de la violation des droits garantis par la Charte?

Pour y répondre, nous allons confronter les mesures sanitaires susmentionnées aux prescrits de la Charte. Par l'approche comparative sera cerné le bien-fondé d'une clause de dérogation dans un instrument de protection des droits de l'homme. Une lecture évolutive s'imposera pour circonscrire la présente dans l'actualité sanitaire. Autrement dit, il sera question de faire une appréciation conjoncturelle de l'urgence sanitaire (2) dans l'optique de saisir les effets des mesures sur la Charte africaine, avant d'examiner les possibilités de leur justiciabilité devant les instances régionales de protection des droits de l'homme (3).

## **2 UNE RÉGLEMENTATION INCERTAINE DE L'URGENCE SANITAIRE PAR LA CHARTE AFRICAINE**

La justification des mesures liberticides par l'existence d'une situation d'urgence sanitaire soulève quelques controverses. D'abord la notion d'urgence sanitaire semble être méconnue de la Charte africaine (2.1); ensuite, son impact sur les droits non dérogeables de la Charte est difficilement appréhendable (2.2). Enfin, il faut s'interroger si, dans

18 Pour des raisons pratiques, la Charte africaine (1981/1986) sera notre instrument-type parce que les autres instruments africains des droits de l'homme n'abordent que des droits posés en amont par la Charte de manière catégorielle ou détaillée.

19 Voir section 2.

une situation d'urgence, les restrictions aux droits peuvent constituer une clause dérogatoire de substitution (2.3).

## 2.1 La méconnaissance apparente du concept «urgence sanitaire»

Le concept «urgence sanitaire» est sans conteste parmi les plus utilisés au cours de cette année. S'il semble facile à définir, l'analyser à l'aune d'un système de protection des droits de l'homme lui attribue des contours volatiles. Par définition, qui dit *urgence* voit le «caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable, sans cependant qu'il y ait nécessairement péril imminent [...]».<sup>20</sup> Le concept péril traduit un «danger imminent et grave; situation à hauts risques qui menace une personne (dans sa sécurité, sa santé, etc.), un bien, des intérêts, la société, l'État et crée un état d'urgence».<sup>21</sup> L'état d'urgence se dit donc d'une

situation dans laquelle les pouvoirs de police administrative se trouvent renforcés et élargis pour faire face soit à un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit à des événements présentant par leur nature et leur gravité le caractère de calamité publique; situation pouvant ou non résulter de circonstances exceptionnelles et dont l'existence justifie que l'administration, sous réserve de l'appréciation du juge, passe outre certains délais ou exigences de forme ou de procédure.<sup>22</sup>

Dans bon nombre d'Etats, l'état d'urgence est régi par des dispositions constitutionnelles. En Afrique, sont encore rares les Etats qui disposent des législations spéciales en la matière.<sup>23</sup> A l'inverse, au niveau régional, aucun instrument des droits de l'homme traite directement la question d'urgence, encore moins, celle de l'urgence sanitaire.

Le concept «urgence» proche de celui qui est utilisé dans la présente apparaît lapidairement à l'article 9 de l'Acte constitutif de l'Union africaine relatif aux pouvoirs et attributions de la Conférence. Cette disposition liste – à son point 1(g) – parmi ses pouvoirs et attributions celui de «[d]onner des directives au Conseil exécutif sur la gestion des conflits, des situations de guerre et autres *situations d'urgence* ainsi que sur la restauration de la paix». Peut-on en déduire que l'urgence sanitaire figure parmi les «autres situations d'urgence» dont référence est faite à l'article 9(1)(g) de l'Acte constitutif? Cette possibilité serait difficilement écartée au regard du caractère – certes imprécis mais englobant – de cette formule. Pour le moins, cette disposition semble réfuter toute tendance à nier l'existence d'un droit africain de l'urgence. Aussi lapidaire soit-il, ce droit suffit pour rendre existant la notion d'«urgence sanitaire» dans le système africain, absente de la Charte fut-elle.

20 Cornu (n 16) 1052-1053.

21 Cornu (n 16) 754.

22 Cornu (n 16) 1053.

23 A titre d'exemple le Madagascar dispose de la loi No 91-011 du 18 juillet 1991 relative aux situations d'exception; c'est depuis le 29 avril 1969 que le Sénégal s'est doté de la loi No 69-29 relative à l'état d'urgence et à l'état de siège.

En dehors du système africain, le droit dérivé de l'OMS nous paraît plus avancé sur la question de d'urgence sanitaire. D'abord, l'article 2(d) de la Constitution de l'OMS prévoit parmi ses fonctions celle de «fournir l'assistance technique appropriée et, dans les cas *d'urgence*, l'aide nécessaire, à la requête des gouvernements ou sur leur acceptation». <sup>24</sup> Ensuite, dans son règlement sanitaire international, l'OMS dégage la procédure à suivre par les États face à tout événement survenu sur leur territoire pouvant constituer une urgence de santé publique de portée internationale. <sup>25</sup> Pour donner plein effet à ce deuxième aspect, il a été conclu un accord entre la Commission de l'Union africaine et l'OMS <sup>26</sup> ayant pour domaines de coopération

[...] toutes les questions relatives à la santé et aux domaines connexes, qui sont du ressort des parties, y compris, en tant que de besoin: d) la mobilisation, la gestion et la coordination, le cas échéant, de ressources appropriées pour les interventions sanitaires en collaboration avec des acteurs reconnus dans ce domaine et la coopération dans les *situations d'urgence* telles que celles résultant de troubles civils, de guerres et de catastrophes naturelle. <sup>27</sup>

Parmi les priorités de cette coopération le point cinq mentionne «le renforcement de la surveillance des maladies transmissibles et des réseaux de suivi de la santé, ainsi que l'établissement de stratégies de préparation aux *situations d'urgence* et de riposte aux épidémies [...]». <sup>28</sup>

Partant de ce qui précède, la méconnaissance de l'urgence sanitaire par le système africain ne semble qu'apparent. Son existence paraît aussi renforcée par les dispositions qui gouvernent le droit sanitaire international que Salmon divise en normes internationales spécifiques aux situations d'urgence de santé publique de portée internationale issues du droit de l'OMS accompagnées de règles de droit international des droits de l'homme et des peuples. <sup>29</sup> En plus, au niveau international, certaines questions de santé publique présentant un caractère d'urgence ont conduit à une évaluation différente quand elles sont en relation avec le maintien de la paix et de la sécurité internationale. Ces questions ont conduit à l'émergence d'une culture collective de l'urgence au niveau mondial. <sup>30</sup>

Au finish, peu importe le contexte, l'urgence sanitaire demeure une situation qui s'accommode rarement avec l'effectivité de certains droits et implique par ricochet une idée de dérogation.

24 Constitution de l'Organisation mondiale pour la santé (1946/1948).

25 Règlement sanitaire international de l'OMS (2005), articles 6 à 17.

26 Approuvé par la Soixante-Cinquième Assemblée mondiale de la Santé le 26 mai 2012 dans la résolution WHA65.16.

27 Article III(1)(d).

28 Article IV(5).

29 J Salmon 'Rapport introductif' in R Mehdi & S Maljean-Dubois (dirs) *La société internationale et les grandes pandémies* (2007) 32-47.

30 M Poulain 'Urgence sanitaire et droit international' (2002) *Actualité et droit international* 3-11.

## 2.2 La portée de dérogation aux droits de l'homme face à l'urgence sanitaire en Afrique

Les mesures adoptées par les États africains, pour faire face à la Covid-19, ont dérogé à plusieurs droits. Ce qui met les États en contradiction avec leurs obligations relatives à la Charte qui, contrairement aux autres instruments de protection des droits de l'homme, ne contient aucune clause de dérogation.<sup>31</sup> En effet, pareille clause existe déjà dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) à son article 4.<sup>32</sup> La même clause est reprise par les articles 27, 15 et 4 respectivement de la Convention américaine des droits de l'homme,<sup>33</sup> de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>34</sup> et de la Charte arabe des droits de l'homme.<sup>35</sup>

Sur le plan formel, les dispositions qui consacrent la clause dérogatoire contiennent trois points: le premier comporte le principe (la clause de dérogation), le deuxième en prévoit l'exception (les droits non dérogeables), issus généralement du noyau dur des droits de l'homme, que Mbaye qualifiait à son temps d'«une sorte de système de SMIC<sup>36</sup> des droits de l'homme».<sup>37</sup> Le troisième donne les modalités procédurales qui naissent de la décision de déroger, à savoir l'obligation de communiquer au depositaire cette décision, les dispositions concernées par la dérogation, le délai de dérogation et les raisons pour lesquelles l'État y a recourue. De surcroît, dans les systèmes européen et interaméricain, la dérogation se présente comme une paralysie complète et suspensive, quoique temporaire, de la jouissance et de l'exercice d'un droit.<sup>38</sup>

31 V Eteka Yemet *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (1996) 158-161.

32 Voir PIDCP (1966/1976) article 4(1) dispose que '[d]ans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale'. Le point 2 de cette disposition encadre la dérogation en citant les dispositions non-dérogeables en ces termes: 'La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par 1 et 2), 11, 15, 16 et 18'. Le point 3 quant à lui fait aux États parties au Pacte recourant au droit de dérogation, l'obligation de signaler aussitôt – par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies – aux autres États parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation.

33 Pacte de San José (1969/1978).

34 Voir Convention européenne des droits de l'homme (1950).

35 Voir aussi l'article 4 de la Charte arabe des droits de l'homme de 1994.

36 Les initiales SMIC désignent le salaire minimum interprofessionnel de croissance. Voir Cornu (n 6) 961. Adapté aux droits indérogeables, le SMIC projette l'idée d'une garantie minimum et donc des droits inaliénables et indispensables à l'essence humaine qui ne sauraient être susceptibles de dérogation quelle que soit la situation exceptionnelle.

37 K Mbaye *Les droits de l'homme en Afrique* (1992) 37.

Outre la clause de dérogation, la dichotomie «droits dérogeables et non dérogeables» est aussi étrangère à la Charte africaine. Sur ce point, les commentaires de la doctrine sont fort contrastés. Somme toute, ils relativisent à l'unanimité le défaut de cette clause dans la Charte africaine.

Ainsi, après avoir interprété juridiquement le silence de la Charte comme reflétant la *non-indispensabilité* de cette clause, voire, la volonté de ne pas assouplir la Charte d'avantage, ou, le vœu des rédacteurs de s'en remettre au droit international général quant à ce, Ouguerouz estime que «[l]a liberté de manœuvre des États parties à la Charte africaine n'a ainsi d'autres limites que celles qui sont mentionnées dans les clauses particulières de restriction des droits». <sup>39</sup> A sa suite, Ergéc va plus loin en postulant la thèse selon laquelle l'omission d'une clause dérogoire dans la Charte africaine n'exclut pas le droit de dérogation. Pour lui, ce droit gît en puissance dans les 'claw-back clauses'.<sup>40</sup> Une telle position est cependant difficilement convaincante car elle confond notoirement les 'claw-back clauses' à la clause de dérogation. Eba Nguema, quant à elle croit que l'absence d'une clause de dérogation dans la Charte africaine est un moyen d'affirmer le respect des droits de l'homme en temps de paix comme de crise pour responsabiliser les États des violations commises en période de crise.<sup>41</sup> Ce qui se justifie dans un continent où l'existence de telles clauses exposerait aux multiples abus suite à la permanence de la crise au sein de plusieurs États.

Pour ce qui est de l'absence d'une disposition générale prévoyant les circonstances exceptionnelles en vertu desquelles une dérogation peut être décidée, Mbaye pointe le caractère changeant de ces circonstances tout en ne voyant nulle nécessité de les prévoir dans une formule générale qui reprend des idées sur lesquelles il y a désormais accord. Pour lui:<sup>42</sup>

Au moment de la rédaction de la Charte, la doctrine et la jurisprudence relatives aux droits de l'homme étaient bien établies pour dire qu'il s'agit de la guerre, des catastrophes naturelles, mais aussi pour ce qui concerne les pays en développement, de la situation économique et sociale [...].

Quant à l'absence d'une disposition relative aux droits indérogeables, une certaine doctrine – défendue entre autres par le juge Mbaye<sup>43</sup> et le

38 SV Drooghenbroeck *La proportionnalité dans les droits de la convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux* (2001) 65-66.

39 F Ouguerouz *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité* (1993) 252-253. Version électronique disponible sur <http://books.openedition.org/iheid/2184> (consulté le 5 mai 2019).

40 R Ergéc *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles – Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme* (1987) 24.

41 N Eba Nguema 'La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et sa mission de protection des droits de l'homme' (2017) 11 *Revue des droits de l'homme* 5-6.

42 Mbaye (n 37) 179.

43 Mbaye (n 37) 178-179.

Commissaire Umozurike – postule qu'il n'était pas nécessaire de les préciser car les droits indérogables sont déclarés en des termes absolus (articles 2 à 7), ce qui n'est pas le cas de droits susceptibles de dérogation.<sup>44</sup> Mohamed El Kouhene s'inscrit aussi dans cette logique.<sup>45</sup> Une autre doctrine, minoritaire, il nous semble, voit dans la proclamation des devoirs une limitation des droits et libertés que la Charte africaine garantit à l'individu.<sup>46</sup>

Par ailleurs, malgré l'abondance des querelles doctrinales à ce sujet, les décisions des organes chargés de la mise en œuvre de la Charte africaine sont restées constantes. La Commission africaine a gardé sa cohérence initiale à ce sujet. A des reprises réitérées, elle a opiné que les droits de la Charte africaine n'admettent aucune dérogation.<sup>47</sup> Dans l'affaire *Commission nationale de droits de l'homme et des libertés contre Tchad*, elle conclut que «même une situation de guerre civile au Tchad ne [pourrait] être invoquée pour justifier la violation par l'État ou son autorisation de violation de la Charte africaine».<sup>48</sup> Dans un rapport qui traite de la liberté d'expression et de la détention arbitraire, la Commission n'a pas suivi l'Érythrée dans son argumentaire selon lequel «les actes allégués s'étaient déroulés «sur fond de guerre au moment où l'existence même de la nation était menacée», et que, par conséquent, le gouvernement était «obligé de prendre les mesures de précautions nécessaires (dont la suspension de certains droits)».<sup>49</sup> De l'avis de la Commission «l'état de guerre, qu'elle soit internationale ou civile, ou autre situation d'urgence au sein du territoire d'un Etat partie, ne peut pas justifier la violation de n'importe quel droit garanti par la Charte».<sup>50</sup>

Devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples – sans concerner uniquement les situations des conflits armés – cette position fut confortée. Comme l'indiquent les affaires *Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c. Mali*,<sup>51</sup> d'une part, et *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye*,<sup>52</sup> d'autre part. Dans cette dernière, la Cour a semblé suivre la voie de ceux

44 UO Umozurike 'The African Charter on Human and Peoples Rights' (1983) 77 *American Journal of International Law* 909-910.

45 M El Kouhene *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme* (1986) 84.

46 J -MV Parys *Dignité et droits de l'homme. Recherche en Afrique* (1989) 22-23.

47 Voir *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights, Association des membres de la Conférence épiscopale de l'Afrique de l'Est c. Soudan* (Communications 48/90, Communications 50/91, Communications 52/91 et Communications 89/93), *Constitutional Rights Project et Civil Liberties Organisation c. Nigeria* (Communications 140/94), *Sir Dawda K. Jawara c. Gambie* (Communications 147/95 et Communication 149/96), *Legal Resources Foundation c. Zambie* (Communication 211/98).

48 Communication 74/92 *Commission nationale de droits de l'homme et des libertés c. Tchad* (CADHP 1995, RADH 343 (2000), para 21.

49 Article 19(c). *Etat d'Erythrée* Communication 275/2003 (2007).

50 Communication 275/2003 (2007) para 87.

51 *APDF et IHRDA c. Mali* (fond) (2018) 2 RJCA 393 para 68.

52 *CADHP c. Libye* (fond) (2016) 1 RJCA 158 para 76.

qui estiment que la Charte africaine pose de manière implicite les droits non dérogeables à travers l'affirmation de certains droits dans des termes absolus. En effet, la Cour constatait à titre préliminaire

que s'il est admis en droit international que dans des circonstances exceptionnelles, les États parties à un instrument des droits de l'homme tel que le PIDCP disposent du droit de dérogation. [sic] Il n'en demeure pas moins que ce droit comporte des limites dans la mesure où il existe des droits non dérogeables quelle que soit la situation qui prévaut.<sup>53</sup>

La Cour a par ailleurs établi un lien entre les droits non dérogeables posés dans le PIDCP et certains droits de la Charte en citant parmi les droits non dérogeables quelle que soit la situation qui prévaut: «des droits consacrés par les articles 6 et 7 du PIDCP à savoir le droit à la vie, le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, droits consacrés pour la plupart par les articles 6 et 7 de la Charte» avant de déduire que «malgré la situation politique et sécuritaire exceptionnelle qui prévaut en Libye depuis 2011, l'État libyen est internationalement responsable du respect et de la garantie des droits de l'homme énoncés par les articles 6 et 7 de la Charte».<sup>54</sup> De cette dernière position, d'aucuns comprendront que certains droits de la Charte ne tirent pas leur indérogeabilité d'une clause prévue par la Charte mais des instruments internationaux – qui les ont posés comme tel – ratifiés par les États parties à la Charte. Cette position se fonde aussi bien sur l'article 60 de la Charte que sur la jurisprudence précitée.

Deux constats se dégagent à ce niveau. D'abord, aucune instance du système africain de protection des droits de l'homme ne s'est déjà prononcée sur la possibilité de déroger aux droits de la Charte dans une situation d'urgence sanitaire. Ensuite, aucune disposition de la Charte ne prévoit expressément la clause de dérogation, tout comme, aucune disposition de cet instrument ne dispose non plus, de manière spécifique, qu'aucun droit de la Charte ne peut faire l'objet de dérogation. En conséquence, il serait prématuré, au regard de l'actualité sanitaire, de conclure hâtivement que les débats autour de la question de dérogation sont clos définitivement. L'évidence selon laquelle la Charte ne permet aucune dérogation aux droits qu'elle prévoit – y compris en cas d'urgence sanitaire – est donc à relativiser.

### **2.3 Les clauses de limitation ou de restriction au secours du défaut d'une clause générale de dérogation?**

Les restrictions prévues par la Charte peuvent-elles être alternatives à une clause de dérogation? Pour répondre à cette question, nous tenterons d'établir un lien de causalité entre les mesures sanitaires sus évoquées et les dispositions de la Charte susceptibles d'être violées (voir le tableau ci-dessous). Ceci permettra aussi de constater si de telles

53 *CADHP c. Libye* (n 52) para 76.

54 *CADHP c. Libye* (n 52) para 77.



mesures s'accommoderaient avec les 'claw-back clauses' contenues dans certaines dispositions.

	Mesures	Droits affectés	Restriction ou limitation
<b>(1)</b>	<b>Fermeture des lieux publics</b>		
	Ecole	Droit à l'éducation (art 17)	sans restriction ni limitation
	Eglise	Pratique libre de la religion (art 8)	ordre public
	Marché, bar, restaurant	Droit au travail (art 14)	sans restriction ni limitation
<b>(2)</b>	<b>Interdiction de voyage</b>		
	Fermeture des frontières	Droit de circuler librement (art 12)	ordre public et santé
	Fermeture des ports, gares et aéroports	Droit de circuler librement (art 12)	ordre public et santé
<b>(3)</b>	<b>Confinement de la population</b>		
	Interdiction de réunion	Liberté de réunion (art 11)	Sûreté d'autrui et santé
	Suspension des manifestations culturelles et sportives	Liberté de conscience (art 8)	ordre public
	Soumission aux risque de désinformation	Droit à l'information et d'exprimer ses opinions (art 9)	Cadre des lois et règlements

De ce tableau, on peut constater qu'au regard de la Charte africaine, la plupart des mesures prises pour endiguer la propagation de la Covid-19 ont affecté en aval des droits limités en amont.

Il convient de rappeler qu'en dehors des 'claw-back clauses' que peuvent contenir certaines dispositions, plusieurs instruments de protection des droits de l'homme prévoient une clause générale de restriction. Au niveau international, les articles 29(2) et 4 respectivement de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et du Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux culturels (PIDESC 1966)<sup>55</sup> disposent d'une telle clause. Au niveau régional, la Convention américaine des droits de l'homme, l'inscrit à son article 32(2)<sup>56</sup> et la Charte africaine l'énonce à son article 27(2) en ces termes: «Les droits et les libertés de chaque personne s'exercent

55 PIDESC (1966/1976), article 4 dispose: 'Les États parties au présent Pacte reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés par l'État conformément au présent Pacte, l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique'.

56 Selon cet article: 'Les droits de chaque personne sont limités par les droits d'autrui, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien commun, dans une société démocratique'.

dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun».

Bien qu'il a été possible de conclure que la plupart des droits ciblés par les mesures de restriction s'autolimitent par l'effet de 'claw-back clauses' (voir le tableau ci-haut), il n'en est pas ainsi pour soutenir que les mesures décidées par certains États africains s'inscrivent dans les restrictions aux droits fondées sur l'article 27(2) de la Charte. En effet, cette disposition se conçoit plus dans la forme d'une autolimitation des droits en général dans l'optique d'en prévenir des éventuels abus de jouissance ou d'exercice. L'existence de cette disposition martèle donc l'évidence selon laquelle aucun droit garanti par la Charte n'est absolu.<sup>57</sup> A cet effet, la Commission africaine a d'ailleurs rappelé que

les restrictions s'inspirent du principe bien établi selon lequel les droits de l'homme et des peuples sont soumis à la règle générale selon laquelle nul n'a le droit de s'engager dans une activité quelconque ou d'entreprendre une action visant à anéantir tous les droits et libertés reconnus ailleurs. Les raisons de restrictions éventuelles doivent être l'intérêt légitime de l'Etat et les conséquences néfastes de la restriction des droits doivent être strictement proportionnelles et absolument nécessaires pour les avantages à obtenir.<sup>58</sup>

Dans l'affaire *Constitutional Rights Project et autres c. Nigeria*, elle a jugé que

[...] les restrictions des droits et des libertés prévus par la Charte ne peuvent être justifiées par les situations d'urgence ou les circonstances particulières. Les seules raisons légitimes de limitation des droits et des libertés contenus dans la Charte sont stipulées à l'article 27(2), à savoir que les droits ... s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun.<sup>59</sup>

Il en découle que l'article 27(2) ne constitue pas une clause de dérogation, et ne saurait jouer son rôle, mais prévoit simplement les raisons légitimes de limitation des droits et libertés prévus par la Charte. Cette disposition ne saurait donc suffire à elle seule pour légitimer la mise en quarantaine de tout un régime de protection régional. Il en découle donc qu'en théorie, l'indérogeabilité des droits de la Charte africaine est consommée. Qu'en est-il de la pratique?

57 Ouguergouz (n 39) 252-523.

58 *Prince c. Afrique du Sud* RAHD (2004) 17 para 43.

59 *Constitutional Rights Project et autres c. Nigeria* (2000) RADH 234 (1999) para 41.

### **3 L'IMPASSE PRATIQUE DE L'INDEROGEABILITE ET LA JUSTICIABILITÉ DES MESURES SANITAIRES**

L'évidence selon laquelle la Charte ne permet aucune dérogation aux droits qu'elle prévoit – y compris en cas d'urgence sanitaire – reste à tempérer. Sa validité empirique contredit son effectivité normative. Surtout quand on sait que, dans le cas d'espèce, le caractère non-dérogeable des droits de la Charte n'a pas empêché les États à déroger aux prescrits de cet instrument.

Ceci sous-entendrait que les droits de la Charte africaine ne sont indérogeables que sur papier (3.1). Une telle situation exposerait la Charte aux violations multiformes. Ce qui soulève la question de justiciabilité des mesures (3.2).

#### **3.1 L'impasse pratique du mythe d'indérogeabilité**

Le caractère non dérogeable des droits de la Charte fait aboutir indubitablement à une situation inextricable où aucune des mesures qu'avait nécessité l'endiguement de la Covid-19 ne s'accommoderait à la Charte africaine. La mise en œuvre de ces mesures devrait inévitablement violer la Charte tout comme le respect des droits entraverait l'applicabilité de ces mesures.

Par ailleurs, s'il faut appliquer le droit des traités à la Charte, on constatera que cet instrument est susceptible de dérogation.<sup>60</sup> Dans ce cas, le caractère non dérogeable des droits de la Charte n'aura qu'une valeur symbolique, son effectivité étant sujette à difficulté. De mon humble avis, ce deuxième aspect, quoiqu'extrême, paraît réaliste dans le cas sous examen. Deux hypothèses peuvent s'analyser à ce niveau. D'une part, les États liés par la Charte africaine pouvaient déroger aux droits de cet instrument, afin de faire face à la pandémie, en se fondant sur le droit international général.<sup>61</sup> D'autre part, les États pouvaient évincer le système régional par un système flexible.

La première hypothèse dissocie l'absence d'une clause de dérogation dans la Charte de l'impossibilité pour les États parties de se dérober de leurs obligations, en vertu de cet instrument, à chaque fois que les situations le rendraient inapplicable. La Charte africaine, comme tout traité, obéit formellement aux principes contenus dans la Convention de Vienne sur le droit des traités dont l'article 61 prévoit le

60 Sera évoquée ici la survenance d'une situation rendant l'exécution d'un traité impossible dont allusion est faite à l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969/1980).

61 Ouguergouz (n 39) 252-253.

cas de survenance d'une situation rendant l'exécution impossible.<sup>62</sup> De façon analogique, les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite<sup>63</sup> listent parmi les circonstances excluant l'illicéité, la force majeure (article 23), la détresse (article 24), l'état de nécessité (article 25) et le respect d'une norme impérative (article 26). La lecture combinée de ces deux textes permet de constater que la nature conventionnelle de la Charte africaine l'expose aux aléas externes susceptibles de rendre son exécution par les États parties impossible.<sup>64</sup>

Dans le cas d'espèce, il sera difficile de nier à la survenance de la Covid-19 la qualité d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter une obligation conventionnelle.<sup>65</sup> Autrement dit, la survenance de la Covid-19 est un cas de force majeure qui a contraint les États à agir d'une manière qui n'est pas conforme à ce que leur impose diverses obligations internationales en matière des droits de l'homme auxquelles ils ont souscrit.<sup>66</sup> Un autre argument proche de celui-ci procède à soutenir que la pandémie de la Covid-19 est un état de nécessité et donc, un cas exceptionnel où le seul moyen qu'avaient les États de sauvegarder la santé, entant qu'intérêt essentiel menacé par ce péril grave et imminent était, momentanément, l'inexécution de leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme, dont le poids ou l'urgence semblait moindre.<sup>67</sup>

Pour ce qui est de la deuxième hypothèse, l'impossibilité d'appliquer la Charte dans une situation exceptionnelle peut amener les États à écarter le système régional pour appliquer à sa place un régime issu d'un système flexible. Les systèmes nationaux et international de protection des droits de l'homme sembleraient à cet effet évincer le système africain. En effet, la procédure à suivre en cas d'état d'urgence étant prévue par plusieurs constitutions des États parties à la Charte africaine, le problème de conformité des mesures de prévention à la Charte se poserait sans succès dès lors que ces dernières tirent leur fondement du droit interne des États parties – droit constitutionnel pour la plupart – plutôt que du système régional de protection des droits de l'homme.

Cependant, il faut le souligner, l'approche d'éviction tout comme celle de substitution pose une difficulté à la fois d'ordre théorique et

62 Selon cette disposition: '1. Une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin ou pour s'en retirer si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité. Si l'impossibilité est temporaire, elle peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'application du traité [...]'.  
63 Résolution de l'AGNU 56/83 du 12 décembre 2001.  
64 Un bémol sera apporté à cet argument dans les lignes qui suivent.  
65 Article 23(1) des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.  
66 J Crawford *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, texte et commentaires* (2003) 204.  
67 Crawford (n 66) 214.

pratique. D'abord, la première approche gère mal le problème des traités des droits de l'homme dont la ratification par un État crée des droits en faveur des tiers (individus) et requiert, à cet effet, une certaine sécurité juridique. Ayant à l'esprit que la Charte crée des droits pour les individus, sa conformité aux prescrits de la Convention de Vienne n'obéirait qu'à une logique méthodologique d'ordre purement formel. Ensuite, la seconde minimiserait l'importance du système régional au regard des systèmes nationaux et internationaux alors que ces derniers prévoient un standard moins élevé de protection.

Dans ce sens, deux problèmes se poseront. D'abord, on se buterait à l'impossibilité de déroger aux droits de la Charte en évoquant le système international, au regard du fait que le standard de protection du système régional, qui objecte toute possibilité de dérogation, établit une norme plus élevée que celle prévue dans le PIDCP. A cet effet, en vertu de l'article 5(2) du PIDCP, les pays africains parties concomitamment à la Charte africaine et au PIDCP sont tenus de se conformer à l'instrument qui établit un standard plus élevé. Ensuite, il sera difficile d'écarter la Charte en se réfugiant derrière le droit interne dans la mesure où une partie à un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité.<sup>68</sup>

Par ailleurs, les deux approches exposées ci-haut constituent un moyen de résoudre un problème posé par une situation de pluralisme juridique entendu comme «existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, des règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques».<sup>69</sup> Laquelle notion «se confine souvent à l'affirmation du caractère pluraliste du droit étatique. Elle s'oppose au postulat dogmatique qui fait présumer l'unicité ou l'uniformité des solutions juridiques prévues et appliquées par l'État pour régir l'activité des justiciables».<sup>70</sup> Dans le domaine de protection des droits de l'homme où l'internationalisation a atteint son paroxysme, le pluralisme devient inévitable en ce sens que ce domaine «ne se limitant plus aux relations entre États (droit international), non seulement se combine avec les droits internes (droit transnational), mais encore s'ouvre aux acteurs privés et devient opposable aux États (et en ce sens supranational)».<sup>71</sup> Dans le cas d'espèce, le pluralisme normatif fait à ce que la Charte soit concurrencée par d'autres instruments (nationaux ou internationaux). Ici, les questions de conflit des normes se posent, au pire elles exposent au risque du *forum shopping*, quand leur résolution ne présuppose pas le recours à la marge nationale d'appréciation.

Ainsi, à l'épineuse question de conflit des normes ou des systèmes, l'argument de la norme *posterior* et *specialis* s'impose. De ce fait, on peut aisément soutenir qu'à l'égard de la Convention de Vienne sur le

68 Voir l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969.

69 A.-J. Arnaud (dir) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (1993) 446.

70 Arnaud (n 69) 446.

71 M. Delmas-Marty & M.-L. Izorche 'Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste' (2000) 52 4 *Revue internationale de droit comparé* 755.

droit des traités et du système international de protection des droits de l'homme, la Charte est à la fois *postérieure* et *spéciale*. Son application dérogerait donc celle des systèmes concurrentiels susmentionnés.<sup>72</sup>

Logiquement, le besoin de déroger aux droits dans une situation d'urgence sanitaire doublée de pluralisme juridique exposerait les États aux tentations du *forum shopping* où chaque État disposerait de la liberté d'opter pour le système le plus susceptible de s'accommoder avec ses agendas internes.<sup>73</sup>

Pour le moins, ce pluralisme laisserait à l'État une marge d'appréciation qui, selon la Commission africaine

guide la Charte africaine en ce sens qu'elle considère l'État [...] comme mieux disposé à adopter des politiques, lignes directrices et règles nationales relatives à la promotion et à la protection des droits de l'homme et des peuples, vu que l'État connaît très bien sa société, ses besoins, ses ressources, sa situation économique et politique, ses pratiques juridiques et le juste équilibre nécessaire entre les forces concurrentes et parfois en conflits qui forment sa société.<sup>74</sup>

En outre, il y a lieu de considérer que les droits fondamentaux consacrés au niveau interne par les constitutions respectives des États et les droits prévus dans les instruments international et régional – tant il est vrai qu'ils visent à protéger l'individu – forment un tout cohérent. Une approche fonctionnelle niant une hiérarchie normative entre les textes de divers échelons serait, probablement, la mieux indiquée. Cependant, cette complémentarité fonctionnelle espérée s'éloigne de la réalité vécue en ce temps d'urgence sanitaire.

En somme, il ressort de ce qui précède que, d'une part, le caractère non dérogeable des droits de la Charte africaine peut constituer les germes de sa propre violation. La gestion de cette impasse déboucherait, d'autre part, sur la relativisation des vigueurs de cet instrument. Tout compte fait, la question de savoir si les organes du système africain chargés de la mise en œuvre de la Charte peuvent être saisis pour statuer sur la conformité des mesures à la Charte se pose avec acuité.

### **3.2 Les organes de mise en œuvre de la Charte africaine face aux mesures sanitaires: entre audace et rendez-vous manqué?**

Un constat est sûr, la gestion de la pandémie a débouché à plusieurs cas de violation des droits de l'homme. Ces violations ressortent autant de l'action ou de l'inaction des États. Actuellement, partout dans le monde, plusieurs plaintes sont déposées par les citoyens devant les tribunaux

72 Selon les maximes *lex posterior derogat legi priori* et *lex specialis derogat generali*.

73 Sur cette question voir Y Kerbrat (dir) *Forum shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales* (2011) 1-310.

74 *Prince c. Afrique du Sud* (n 58) para 51.

contre les autorités gouvernementales accusées soit de laxisme ou de rigorisme excessif.<sup>75</sup>

La principale préoccupation qui nous importe est de savoir si la Commission ou la Cour africaines des droits de l'homme et des peuples peuvent être saisies par les victimes des mesures susmentionnées? Cette question nécessite que soit clarifiée préalablement l'optique dans laquelle la Commission ou la Cour aurait dû être saisie en amont pour statuer sur la conformité de ces mesures à la Charte africaine, avant d'aborder les possibilités de saisine de ces organes en aval pour les violations de la Charte perpétrées durant la période d'urgence sanitaire.

S'il déjoue de la Charte que la Commission a le rôle de protection, de promotion et du développement progressif des droits de l'homme,<sup>76</sup> savoir dans quelle optique cet organe peut être saisi pour statuer sur les mesures sanitaires relève d'un certain empirisme. Ce qui n'est pas discutable pour le moment est qu'au regard de sa compétence et du caractère non-contraignant de ses décisions, la Commission paraît moins apte à faire respecter les droits de la Charte en situation d'urgence alors qu'elle a toute la latitude pour ce faire.

D'abord, les rapports entre États et Commission n'ont pas toujours été excellents. D'une part, les premiers s'acquittent difficilement de leurs Obligations, comme la soumission des rapports périodiques et exercent malaisément l'entière de leurs prérogatives, comme la possibilité qui leur est offerte de saisir la Commission en cas des violations des droits de l'homme par un autre État en vertu de l'article 49 de la Charte africaine. D'autre part, la seconde n'a aucun pouvoir contraignant pour amener les États aussi bien à respecter leurs engagements qu'à exécuter ses décisions.

Ensuite, pour ce qui est de la saisine, il est vrai que le tandem individus-Organisation non-gouvernementale met la Commission à la portée des individus. Certains prescrits de la Charte relatifs aux communications rendent compte d'une flexibilité procédurale dotant à la Commission, en dépit de l'existence des conditions d'épuisement des voies de recours internes, un pouvoir élargi d'appréciation de la «compétence de sa compétence».<sup>77</sup> A ceci s'ajoute la possibilité de prendre, en vertu de la Règle 100 de son règlement,<sup>78</sup> des mesures conservatoires après réception d'une communication et avant d'en déterminer le bien-fondé. Dans le cas d'espèce, il est donc possible de soutenir que la Commission dispose de la plénitude des pouvoirs de statuer sur la conformité des mesures sanitaires à la Charte et ordonner, le cas échéant, des mesures provisoires. Ce qu'elle n'a pas encore fait pour le moment. Est-ce parce qu'aucune communication n'a

75 RTS 'Les plaintes pour mauvaise gestion de la pandémie de Covid-19 se multiplient dans le monde' (publié le 28 juillet 2020) disponible sur <https://www.rts.ch/info/monde/11499040-les-plaintes-pour-mauvaise-gestion-de-la-pandemie-se-multiplient.html?fbclid=IwARow8mC-NnK8rTtY5W0cq-5SLVfgFwZapodO61I-IiVe-A7vIuOpNiLmZ5U> (consulté le 2 août 2020).

76 Voir l'article 30, Charte africaine.

77 Voir l'article 56(2), Charte africaine.

78 Adopté par la 27<sup>ème</sup> session extraordinaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples réunie à Banjul du 19 février au 4 mars 2020.

été introduite dans ce sens? Qu'importe, il n'est guère précoce de parler d'un rendez-vous manqué en ce temps de dé-confinement progressif.

Enfin, statuer en amont sur la conformité des mesures nécessite une certaine audace de la part de cet organe. Sauf que dès le départ – au regard de la position de la Commission en marge de la lutte contre la Covid-19 – elle a souscrit à une logique de complémentarité entre protection des droits de l'homme et application des mesures d'urgence en matière de santé publique, dissipant ainsi toute inquiétude d'incompatibilité. Il est clair que pour le moment, la Commission a préféré jouer à l'équilibre. Tout en insistant sur l'importance d'une réponse efficace fondée sur les droits de l'homme, sa position conforte l'action des Etats en faveur du droit à la vie, de la sécurité et la santé aux détriment des autres droits susceptibles d'être menacés par les mesures de prévention.<sup>79</sup>

A son tour, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples donne l'impression d'une juridiction de la situation. Non seulement, la lecture combinée des articles 5(3) et 34(6) de son Protocole, permet de conclure que cette juridiction peut être saisie directement par les individus et les organisations non gouvernementales, mais surtout elle est habilitée, en vertu de l'article 27(2), à ordonner toutes les mesures provisoires nécessaires pour éviter que soient causés des dommages irréparables à une victime potentielle dans le cas d'extrême gravité ou d'urgence. On peut aussi évoquer l'élargissement du droit applicable devant la Cour qui, non seulement est constitué des dispositions de la Charte, mais aussi de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par l'Etat concerné.<sup>80</sup> A ceci s'ajoute également une possibilité de solliciter un avis consultatif tant à la Cour<sup>81</sup> qu'à la Commission<sup>82</sup> sur la question de conformité des mesures sanitaires à la Charte. Ce mécanisme reste cependant assujéti à plusieurs restrictions qui le rendent peu opérationnel et font redouter son obsolescence programmée.<sup>83</sup>

Tout porte à croire que cette juridiction avait toute la latitude de statuer sur les mesures sanitaires, et le cas échéant, si contrariété à la Charte ou à tout autre instrument relatif aux droits de l'homme il y avait, ordonner toutes les mesures provisoires nécessaires. Dans le cas d'espèce, il revenait à ceux qui ont qualité de la saisir, parmi lesquels les individus, de porter à sa connaissance toute allégation de risque potentiel des violations des droits de l'homme consécutive aux mesures sanitaires.

79 Déclaration à la presse sur une réponse efficace fondée sur les droits de l'homme au nouveau virus COVID-19 en Afrique du 24 mars 2020, disponible sur [https://www.achpr.org/fr\\_pressrelease/detail?id=483](https://www.achpr.org/fr_pressrelease/detail?id=483)

80 Voir l'article 7 du Protocole.

81 Voir l'article 4(1) du Protocole.

82 Voir l'article 45(3), Charte africaine.

83 T Makunya & S Zigashane 'La compétence consultative de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: entre restrictions organiques et limitations matérielles' in EB Bope & S Makaya (dirs) *Droit international des droits de l'homme, justice transitionnelle et droit international pénal* (2020) 9-49.



Cependant, cette opinion peut être tempérée par la pratique actuelle. En effet, le nombre exigu des rares États africains qui ont fait la déclaration facultative de la compétence obligatoire de la Cour pour les requêtes individuelles s'amenuise davantage. En plus, un argument comparé basé sur la jurisprudence de la Cour interaméricaine, suggère que la tendance ne penche pas vers l'allègement des mesures mais vers leur durcissement.

Aussi, s'il arrivait à cette instance de statuer sur les mesures, rien ne garantit qu'elle procédera à leur allègement. Un précédent récent à ce sujet reste l'ordonnance de la Présidente de la Cour interaméricaine du 26 mai 2020 faisant suite à la demande en indication de mesures provisoires urgentes dans l'Affaire *Vélez Loor c. Panama*. Dans cette ordonnance la Cour a imposé au Panama presque quinze mesures urgentes afin de protéger contre l'épidémie de Covid-19, les droits des migrants en détention, notamment des migrantes enceintes et des enfants et les personnes détenues malgré la surpopulation carcérale.<sup>84</sup>

Cette tendance notoirement protectionniste de la Cour interaméricaine fait des échos favorables au niveau interne. A titre illustratif sera mentionné ici l'arrêt du juge fédéral brésilien Renato Borelli, rendu le 22 juin 2020, obligeant le Président Jair Bolsonaro à porter le masque de protection dans tous les lieux publics. Faisant partie des victimes de la pandémie, ce dernier est aussi ciblé par plusieurs plaintes pour mauvaise gestion de la Covid-19, parmi lesquelles, une plainte pour crime contre l'humanité introduite devant la CPI.<sup>85</sup> La doctrine parle déjà d'un «élément prospectif intéressant qui permettra le développement du droit au regard de l'actualité».<sup>86</sup> La tendance n'est donc pas à l'allègement de mesures sanitaires ou à leur démentellement mais à leur durcissement.

La question relative à la suite réservée aux violations des droits de l'homme perpétrées durant l'urgence sanitaire reste en perspective. Pour le moment plusieurs affaires dans ce sens sont pendantes devant les juridictions nationales avec plus d'engouement dans les pays anglophones (Afrique du Sud, Kenya, Malawi, Ghana) que francophones. Sans spéculer sur l'avenir de ces procédures, il sera possible que la situation d'urgence sanitaire influe sur la qualification d'une situation de violation des droits de l'homme devant les juridictions nationales. Une interprétation laxiste des obligations de l'Etat en la matière peut conduire à l'insatisfaction des victimes. Il faudrait attendre éventuellement l'épuisement des voies de recours

84 *Vélez Loor c. Panama*, demande en indication de mesures provisoires – adoption de mesures urgentes, ordonnance de la Présidente de la Cour, 26 mai 2020 para 17.

85 'Des membres du personnel brésilien de la santé ont demandé lundi à la Cour pénale internationale (CPI) d'ouvrir une enquête sur Jair Bolsonaro. Ils estiment que la réponse du président à la pandémie constitue un crime contre l'humanité'. Voir RTS 'Une plainte contre Jair Bolsonaro pour crime contre l'humanité à la CPI' (publié le 28 juillet 2020). Disponible sur <https://www.rts.ch/info/monde/11494177-une-plainte-contre-jair-bolsonaro-pour-crime-contre-lhumanite-a-la-cpi.html> (consulté le 2 août 2020).

86 Voir Plaintes pour mauvaise gestion de la pandémie de Covid-19: interview de Philippe Currat / Forum / 6 min. / le 29 juillet 2020. Voir n 79.

accessibles à l'interne pour espérer voir les affaires de cette nature parvenir aux instances régionales.

#### 4 CONCLUSION

Les violations des droits de l'homme survenues à la suite de l'avènement de la Covid-19, se sont perpétrées à trois dimensions. D'abord, les mesures ont semblé consacrer une dérogation aux droits de l'homme à contresens des prescrits de la Charte africaine. Ensuite, la mise en œuvre effective de ces mesures a nécessité les recours à la coercition par les autorités publiques. La fin justifiant les moyens, quelques bavures policières observées peuvent rendre compte de l'excès de brutalité avec lequel lesdites mesures furent mises en œuvre. Enfin, la riposte contre la Covid-19 a affecté lourdement la prise en charge des autres maladies. Toute l'attention étant focalisée sur la lutte contre cette pandémie, toutes les ressources disponibles (humaine, médicale et financière) convergées vers la Covid-19 comme si d'autres maladies mortelles n'existent pas. En procédant de la sorte, les États ont relégué les autres maladies endémiques comme le sida, la malaria, le choléra, la tuberculose – qui pourtant font plusieurs victimes que le coronavirus – aux faits divers. Il en découle que la singulière lutte contre cette pandémie a amoindri la prise en charge des autres maladies, violant au passage le droit à la santé des milliers des malades.

Même si de par ses caractéristiques, la Charte africaine fait abstraction de la cause de dérogation, elle reste la mieux élaborée à faire face aux situations nécessitant la limitation de certains droits. En effet, cet instrument consacre le plus élevé de standards de protection des droits de l'homme dont l'irréalisme découle de son incompatibilité avec les mesures sanitaires.

Il est vrai que la crise sanitaire due à la Covid-19 est sans précédent. Ce qui fait de sa survenance une occasion pour les organes de mise en œuvre du cadre normatif du système africain de contribuer au développement progressif des droits de l'homme. Certaines ambiguïtés persistent sur l'étendue de l'indérogeabilité des droits en Afrique, surtout lorsque la situation exceptionnelle n'est pas due à un conflit armé, encore moins à une catastrophe naturelle mais à une urgence sanitaire de portée internationale. Ce qui laisse un champ large à une interprétation prospective des obligations des États. En somme, il reviendra aux instances régionales de faire preuve d'audace, en dépit des relations complexes qu'elles entretiennent de nos jours avec les États africains.

Au besoin, la prévention juridique des situations comme la Covid-19 nécessitera à l'avenir l'adoption d'une convention régionale – ou d'un Protocole à la Charte africaine – applicable aux situations d'urgence pour un maximum de sécurité juridique face aux décisions étatiques susceptibles de rendre les droits de l'homme dérisoires. Ce cadre légal permettra de renforcer les obligations des États relatives

aux droits de l'homme. Et aura, nous l'espérons bien, le mérite de rendre compatibles l'action des pouvoirs publics envers la santé des populations et la protection des droits individuels en cas d'urgence sanitaire.

# Les protocoles normatifs à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

Rafaâ Ben Achour\*

<https://orcid.org/0000-0001-5890-3745>

**RÉSUMÉ:** La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples reconnaît un nombre important de droits et libertés. Elle jette les bases du système africain de protection des droits de l'homme. Elle comporte cependant des lacunes. Son article 66 permet de la compléter par des protocoles ou des accords particuliers. D'autres instruments viendront donc consolider les droits proclamés par elle ou en consacrer d'autres. La Charte sera complétée par quatre protocoles. D'abord, un protocole institutionnel, le Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Ensuite, trois protocoles normatifs à savoir: le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique; le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux personnes âgées et le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des personnes handicapées en Afrique. Dans cet article nous nous intéressons exclusivement aux trois protocoles normatifs à la Charte dans la mesure où ces instruments des droits de l'homme viennent consolider son tissu normatif tout en confiant la tâche de leur mise en œuvre respectivement à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples selon des modalités diverses. En développant les garanties normatives pour la protection des droits des plus vulnérables, ces trois protocoles font, sans nul doute, une contribution significative au cadre normatif de protection des droits de l'homme en Afrique. Leur non ratification révèle, cependant, les réticences récurrentes des États africains de ratifier les traités adoptés dans le cadre de l'OUA/UA.

## TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

### **Normative Protocols to the African Charter on Human and Peoples' Rights**

**Abstract:** The African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter) recognises a significant number of rights and freedoms. It lays the foundations for the African system for the protection of human rights. However, it has shortcomings. Its article 66 allows it to be supplemented by protocols or specific agreements. Other instruments therefore are able to consolidate the rights proclaimed by the Charter, or to enshrine others. The Charter has been supplemented by four protocols. The first is an institutional protocol, the Protocol to the African Charter Establishing an African Court on Human and Peoples' Rights. Three normative protocols followed: the Protocol to the African Charter on the Rights of Women in Africa; the Protocol to the African Charter on the Rights of Older Persons in Africa and the Protocol to the African Charter on the Rights of Persons with Disabilities in Africa. This article

\* Professeur émérite à l'Université de Carthage, faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Juge à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples; [rafaa.benachour@gmail.com](mailto:rafaa.benachour@gmail.com)

focuses on the three normative Protocols to the Charter insofar as these human rights instruments consolidate its normative fabric while entrusting the task of their implementation to the African Commission on Human and Peoples' Rights and the African Court on Human and Peoples' Rights. By elaborating the content of the rights of some of the most vulnerable, the three Protocols without doubt make a significant addition to the African human rights framework. However, their non-ratification highlights the recurrent problem of African states' reluctance to ratify African treaties.

**MOTS CLÉS:** Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique, Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux personnes âgées, Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux personnes handicapées, catégories vulnérables, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

### SOMMAIRE:

1	Introduction.....	84
2	La consolidation du tissu normatif de la Charte.....	87
2.1	Les normes générales.....	89
2.2	Les normes spécifiques.....	90
3	La mise en œuvre des trois protocoles normatifs à la Charte.....	92
3.1	Les rapports périodiques.....	92
3.2	L'interprétation.....	95
3.3	Le contentieux.....	97
4	Conclusion.....	98

## 1 INTRODUCTION

Le système régional africain de protection des droits de l'homme, n'a vu le jour qu'en 1981 avec l'adoption de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte africaine). En effet, après une assez longue période de maturation, la Charte africaine sera adoptée, le 28 juin 1981, par le 17ème Sommet de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) réuni à Nairobi, Kenya. La Charte africaine qui est entrée en vigueur le 26 octobre 1986 constitue l'instrument central du système régional africain des droits de l'homme. Elle est, d'un côté, le premier texte africain, en matière de droits de l'homme. Elle est, d'un autre côté, ratifiée par tous les Etats membres de l'Union africaine, sauf le Maroc.<sup>1</sup>

L'Afrique, ou du moins une grande partie du continent, subissait encore le joug colonial jusqu'aux années 70 du siècle dernier.<sup>2</sup> La décennie 1960 - 1970 a été celle de la lutte des peuples africains pour l'éradication totale du colonialisme du continent africain sous l'égide de

1 A Ba et autres *L'Organisation de l'unité africaine: de la Charte d'Addis-Abeba à la Convention africaine des droits de l'homme et des peuples* (1984); F Ouguerouz *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité* (1993); *The African Charter on Human and People's Rights. A comprehensive agenda for human dignity and sustainable democracy in Africa* (2003); M Kamto (dir) *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme* (2011).

2 Le dernier pays africain à avoir recouvré son indépendance est la Namibie le 21 mars 1990. Elle était soumise à la colonisation sud-africaine.

l'OUA, créée à Addis-Abeba (Éthiopie) le 25 mai 1963.<sup>3</sup> La décennie suivante (1970 - 1980) a été, quant à elle, dominée par la problématique de la lutte contre le sous-développement économique et social. A cette époque, la question de la protection des droits de l'homme a été reléguée à un second plan et a été perçue comme un luxe coûteux pour les États africains. Certains chefs d'États avaient considéré que les droits de l'homme sont une théorie importée, incompatible avec la réalité des pays africains et contraire aux exigences du développement. Pour eux le citoyen africain a besoin de nourriture, de santé et d'instruction, plutôt que de liberté de conscience ou de liberté associative. Un tel discours a longtemps trouvé un écho très favorable sur le continent africain notamment lorsqu'il était question de critiques de l'autoritarisme.

Il n'est donc pas étonnant de constater que la Charte de l'OUA du 25 mai 1963, n'a donné aucune importance à «l'homme» africain et ce, au profit d'un renforcement du pouvoir politique et de la puissance étatique.

Les références de la Charte de l'OUA aux droits de l'homme sont, en effet, très discrètes, laconiques et ambiguës. Ladite Charte se contente, ainsi, dans son préambule (paragraphe 9), d'affirmer, de manière incidente, l'adhésion des États membres aux principes de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui offrent «une base solide pour une coopération pacifique et fructueuse entre [les] États». L'article 2 de la Charte, relatif aux objectifs de l'OUA, ne fait, en revanche, aucune allusion aux droits de l'homme, se contentant d'évoquer les principes de solidarité entre les États africains et d'éradication de la colonisation dans le continent.

Toutefois, et en dépit de cette théorie dominante, une élite africaine avait conscience que la question du développement et de la stabilité en Afrique ne pouvait pas être résolue indépendamment de la garantie des droits de l'homme et des peuples africains. C'est cette prise de conscience qui a été à l'origine de l'adoption en 1981 de la Charte africaine, texte qui constitue le noyau dur du système africain de protection des droits de l'homme.

L'indifférence de la Charte de l'OUA par rapport aux droits de l'homme a été comblée par l'Acte constitutif de l'Union africaine adopté à Lomé (Togo) le 11 juillet 2000, et entré en vigueur le 9 juillet 2001. Ainsi, l'Acte constitutif prévoit-il, dans son préambule, que les chefs d'États et de Gouvernement des États membres sont «[r]ésolus à promouvoir et à protéger les droits de l'homme et des peuples, à consolider les institutions et la culture démocratiques, à promouvoir la

3 Du 22 au 25 mai 1963, 30 pays africains participent dans la capitale éthiopienne à la conférence constitutive de l'OUA qui marque l'avènement de la première organisation panafricaine. Une Charte en définit les objectifs, principes et institutions. En juillet 1999, lors du sommet extraordinaire de Syrte, l'OUA décide d'établir une nouvelle organisation appelée à la remplacer. L'UA, lancée officiellement au Sommet de Durban en 2002, a pour objectif d'accélérer et d'approfondir le processus d'intégration économique et politique sur le continent. Son Acte constitutif prévoit des organes et institutions inspirés notamment du modèle de l'Union européenne.

bonne gouvernance et l'État de droit». Il n'en demeure pas moins, toutefois, que le rang des droits de l'homme dans l'Union africaine reste secondaire. Ils figurent, en effet, parmi les derniers points du préambule et de l'article 3 du texte fondateur relatif aux objectifs de l'Union (huitième parmi 14 objectifs).<sup>4</sup>

Pendant plusieurs années, la défense et la protection des droits de l'homme ont constitué un sujet tabou en Afrique. L'Afrique sera le continent oublié des droits de l'homme: l'OUA se gardera toujours d'aborder ce problème au nom de la non immixtion dans les affaires intérieures des États membres. La Communauté internationale elle-même, fera preuve de beaucoup d'indulgence et sera très discrète sur les violations flagrantes et scandaleuses des droits de l'homme dans beaucoup d'États africains, si bien que sous le regard complaisant et complice des autres, apparaîtront en Afrique, des régimes sanguinaires (Ouganda, Guinée équatoriale, République centrafricaine). Les pratiques répressives et criminelles de ces régimes seront à l'origine des premières réactions africaines sur la question des droits de l'homme, tant sur le plan gouvernemental que non gouvernemental.

Sur le fond, la Charte reconnaît un nombre important de droits et jette les bases de la protection des droits de l'homme au niveau régional. D'autres instruments viendront, par la suite, consolider les droits proclamés par la Charte ou en consacrer d'autres. Ainsi la Charte africaine sera complétée par quatre protocoles. D'abord, un protocole institutionnel, le «Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples» adopté à Ouagadougou (Burkina Faso) le 9 juin 1998 et entré en vigueur le 25 janvier 2004, après avoir été ratifié par plus de 15 États membres de l'OUA/Union africaine.<sup>5</sup> Ensuite, trois protocoles normatifs à savoir: le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique adopté à Maputo (Mozambique) le 12 juillet 2003;<sup>6</sup> le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux personnes âgées adopté par la 30ème session de la Conférence des

4 '(h) promouvoir et protéger les droits de l'homme et des peuples conformément à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et aux autres instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme'.

5 À ce jour, 30 États seulement ont ratifié le Protocole. Il s'agit de l'Algérie, du Bénin, du Burkina Faso, du Burundi, de la Côte d'Ivoire, des Comores, du Congo, du Gabon, de la Gambie, du Ghana, du Kenya, de la Libye, du Lesotho, du Mali, du Malawi, du Mozambique, de la Mauritanie, de Maurice, du Nigéria, du Niger, du Rwanda, de la République arabe sahraouie démocratique, de l'Afrique du Sud, du Sénégal, de la Tanzanie, du Tchad, du Togo, de la Tunisie, l'Ouganda et la République du Cameroun. Voir [www.au.int](http://www.au.int)

Le Protocole établissant la Cour africaine prévoit qu'une fois qu'un État a ratifié le Protocole, il doit aussi faire une déclaration spéciale acceptant la compétence de la Cour africaine pour permettre aux citoyens de saisir directement la Cour. À ce jour dix pays seulement ont fait une telle déclaration. Ces pays sont le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Gambie, le Ghana, le Rwanda, le Malawi, le Mali, la Tanzanie et la Tunisie. Cependant, le Rwanda, la Tanzanie, le Bénin et la Côte d'Ivoire ont retiré leurs déclarations si bien qu'il n'y a guère plus de cinq États qui reconnaissent la compétence de la Cour africaine de recevoir des requêtes individuelles ou des requêtes émanant d'ONG ayant le statut d'observateur auprès de la Commission africaine.

Chefs d'État et de gouvernement le 31 janvier 2016<sup>7</sup> et le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des personnes handicapées, adopté à Addis-Abeba par la 36<sup>ème</sup> session de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement le 31 janvier 2016.<sup>8</sup>

Par ailleurs, plusieurs autres instruments relatifs aux droits de l'homme ont été adoptés par l'OUA/UA. Ils sont cependant autonomes par rapport à la Charte africaine. On citera à titre d'exemple la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant adoptée lors de la 26<sup>ème</sup> Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine en juillet 1990 et entrée en vigueur le 29 novembre 1999,<sup>9</sup> la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance adoptée le 30 janvier 2007 et entrée en vigueur le 15 février 2012, ou encore la Convention de l'UA sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique adoptée le 23 octobre 2009 et entrée en vigueur le 6 décembre 2012.<sup>10</sup>

Dans cette contribution nous nous intéressons exclusivement aux trois protocoles normatifs à la Charte africaine dans la mesure où ces instruments des droits de l'homme viennent consolider le tissu normatif de la Charte de Banjul tout en confiant la tâche de leur mise en œuvre respectivement à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission africaine) et à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour africaine) selon des modalités diverses.

## **2 LA CONSOLIDATION DU TISSU NORMATIF DE LA CHARTE**

La Charte africaine est un texte général qui procède le plus souvent par énonciation générale des droits et libertés garantis. En effet, la Charte a adopté une méthode minimaliste. Très souvent, elle se contente d'une proclamation générale du droit ou de la liberté, un peu à la manière d'une déclaration de principes, suivant de la sorte plutôt la méthode de la Déclaration universelle plutôt que celle de la Convention de Rome de

6 Signé par 49 et ratifié par 42 Etats, le Protocole de Maputo est entré en vigueur le 25 novembre 2005 avec cependant plusieurs réserves et déclarations interprétatives. Voir L Burgorgue-Larsen *Les 3 cours régionales des droits de l'homme in context, la justice qui n'allait pas de soi* (2020) 173 et 174; F Quilleré-Mazjoub 'Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes: un projet trop ambitieux' (2008) 73 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 127-162; CCM Kongo 'Le protocole à la Charte africaine relatif aux droits de femmes en Afrique: état des lieux' disponible sur <https://www.researchgate.net/publication/339390675> (consulté le 2 novembre 2020).

7 Signé par 17 et ratifié par 2 Etats uniquement (Bénin et Lesotho). L'entrée en vigueur est conditionnée par le dépôt des instruments de ratification de 15 Etats.

8 Signé par 9 et non encore ratifié par aucun Etat.

9 Signée par 44 et ratifiée par 49 Etats avec des réserves importantes émanant de 4 Etats: Botswana, Egypte, Mauritanie et Soudan.

10 Il s'agit du premier traité international relatif aux personnes déplacées.



sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne). Dans le même ordre d'idées, la Charte africaine procède également par voie implicite, ce qui laisse la porte ouverte à toutes les interprétations possibles et imaginables. Pour illustrer le premier cas de figure (proclamation générale) on peut se référer à l'interdiction de l'esclavage. Très paradoxalement, et alors que l'Afrique est le continent ayant le plus subi les affres de l'esclavage, la Charte africaine ne consacre à cette question qu'un article très bref (article 5) en vertu duquel

[t]out individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes [...]

Nous remarquons que cette méthode est redondante pratiquement au niveau de tous les autres articles et il n'est pas utile de multiplier les illustrations. Quant au deuxième cas de figure (voie implicite), on peut citer le droit des femmes ou l'égalité des genres. Nulle mention claire et explicite de ces droits ne figure dans la Charte. Il faut se référer à l'article 2 relatif à l'égalité de jouir des droits et libertés garantis par la Charte pour trouver une mention de l'interdiction de la distinction «de sexe». Il en est de même pour l'article 3 qui dispose que «toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi» ou que «toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi». Il en est de même pour les droits des personnes âgées, des personnes handicapées ou des enfants.

L'absence de prolixité de la Charte africaine sur plusieurs droits, explique en grande partie, mais non exclusivement, la nécessité qu'ont éprouvée les Etats membres de l'OUA/UA de renforcer le tissu normatif de la Charte et de le consolider par l'adoption de trois protocoles venus combler les lacunes du texte de base et asseoir une véritable garantie des droits fondamentaux. Et ce, sur la base de l'article 66 de la Charte africaine,<sup>11</sup> article visé dans les préambules des trois protocoles.

Les trois protocoles objet de notre étude, concernent des catégories particulièrement vulnérables, à savoir: les femmes, les personnes âgées, les handicapés. Il faut rappeler qu'en plus des trois protocoles à la Charte africaine, d'autres Conventions «autonomes» ont été adoptées pour garantir les droits d'autres catégories vulnérables à savoir: les enfants,<sup>12</sup> les personnes déplacées<sup>13</sup> ou les réfugiés.<sup>14</sup> Il y a lieu donc de présenter, dans un premier temps, les normes générales contenues dans les trois protocoles (2.1), avant de s'attarder dans un deuxième temps sur les normes spécifiques à chaque catégorie protégée (2.2).

11 'Des protocoles ou accords particuliers pourront, en cas de besoin, compléter les dispositions de la présente Charte.'

12 Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant du 29 juillet 1990 et entrée en vigueur le 29 novembre 1999.

13 Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique (Convention de Kampala) du 23 octobre 2009, entrée en vigueur le 6 décembre 2012.

14 Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique du 10 septembre 1969, entrée en vigueur 20 janvier 1974.

## 2.1 Les normes générales

Les trois protocoles ont pour but et pour objet de compléter la Charte africaine. Pour cette raison elles commencent par des énonciations générales ou de principe. Tout d'abord, chacun des trois protocoles fait référence dans le préambule, aux dispositions pertinentes de la Charte africaine qu'il entend consolider et préciser. Concernant le Protocole de Maputo, les paragraphes 2 et 3 du préambule se réfèrent à l'article 2 de la Charte africaine relatif à la non-discrimination et à l'article 18 qui demande à tous les États d'éliminer toutes formes de discrimination à l'égard des femmes et d'assurer la protection des droits de la femme, tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales. De son côté, le protocole sur les personnes âgées se réfère également à l'article 2 de la Charte africaine relatif à la non-discrimination, ainsi qu'aux articles 18(4) qui dispose que: «Les personnes âgées ou handicapées ont également droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux» et 22 qui prévoit une protection spéciale pour les personnes âgées. Enfin, le Protocole sur les personnes handicapées se contente de se référer au seul article 18(4) ci-dessus cité. Il aurait pu se référer également à l'article 2 qui prohibe la discrimination ayant pour origine «toute autre situation» que la discrimination sur la base du sexe, de la langue, de la religion, etc.

Les préambules des trois protocoles ne se sont pas contentés de ces renvois à la Charte. Ils ont comporté des renvois à des instruments universels tels que les deux Pactes de 1966, ou la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) de 1979, etc,<sup>15</sup> ainsi qu'aux «atouts des traditions, des valeurs et des pratiques africaines».

Quant aux normes générales consacrées, les trois protocoles énoncent une obligation générale, diversement libellée, de reconnaître les droits, devoirs et libertés énoncés dans le Protocole et un engagement à adopter des mesures législatives ou autres mesures visant à les mettre en œuvre. Une fois les obligations générales énoncées de manière exhaustive, les trois conventions se consacrent à l'énoncé des normes spécifiques à chaque catégorie protégée.

15 Par exemple le paragraphe 10 du préambule du Protocole sur les personnes âgées: 'Considérant les déclarations, conventions et instruments internationaux, notamment la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale (CERD) de 1965, le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), le Pacte international de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) de 1979, le Plan d'action des Nations Unies de 1982 sur le vieillissement, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, la Déclaration des Nations Unies sur le droit au développement de 1986, les Principes des Nations Unies pour les personnes âgées de 1991, la Proclamation des Nations Unies sur le vieillissement de 1992, le Plan d'action sur le vieillissement (PAIMV) de 2002 à Madrid'.

## 2.2 Les normes spécifiques

Comme nous l'avons relevé plus haut, les dispositions de la Charte africaine relatives aux droits des femmes, des personnes âgées et des personnes handicapées sont lacunaires, voire inexistantes. Pour cette raison, les trois protocoles ont consacré des articles totalement dédiés à chaque droit de l'homme indispensable pour garantir le respect de l'humanité et de la dignité de ces catégories vulnérables. Ces droits se répartissent en droits spécifiques communs aux trois catégories de personnes protégées et en droits spécifiques propres à chacune des catégories protégées.

### 2.2.1 Les droits spécifiques communs

Le Protocole relatif au droit des femmes commence précisément par affirmer le droit à la dignité de cette catégorie d'êtres humains en lui garantissant, notamment, l'égalité avec les hommes et en la protégeant contre «toutes formes de violence, notamment la violence sexuelle et verbale», violations des droits des femmes très répandues non seulement en Afrique mais partout dans le monde.

La garantie de la dignité est également proclamée dans le Protocole relatif aux droits des personnes âgées, bien que dans des termes moins explicites que dans le premier Protocole relatif aux droits des femmes. Mais ce qui est remarquable au niveau de l'article 2(2) du Protocole sur les personnes âgées, c'est qu'il transforme ce qui n'est que «droit mou»<sup>16</sup> en obligation juridique conventionnelle en mentionnant les «Principes de l'ONU de 1991».<sup>17</sup> Ces derniers doivent être «intégrés dans [la] législation nationale et [être] juridiquement contraignants comme base pour assurer leurs droits». Ces principes de 1991, sont ceux-là mêmes mentionnés dans cet article 2(2) à savoir: indépendance, dignité, épanouissement personnel, participation et soins des personnes âgées. La dignité, en vertu des principes de 1991, inclut

[l]a possibilité de vivre dans la dignité et la sécurité sans être exploitées ni soumis à des sévices physiques ou mentaux» et le «[traitement] avec justice quels que soient leur âge, leur sexe, leur race ou leur origine ethnique, leurs handicaps ou autres caractéristiques, et être appréciées indépendamment de leur contribution économique.

Enfin, le Protocole relatif aux droits des personnes handicapées n'est pas en reste puisque son article 2 proclame solennellement que

[l]e présent Protocole a pour objet de promouvoir, protéger et garantir la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de la personne humaine par toutes les personnes handicapées, et de garantir le respect de leur dignité intrinsèque.

16 F Chatzistavrou 'L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit' *Le Portique* 15 (2005) 15 décembre 2007 <http://journals.openedition.org/leportique/591> (consulté le 21 octobre 2020).

17 Les Principes des Nations Unies pour les personnes âgées ont été adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies (résolution 46/91) le 16 décembre 1991.

Une obligation stricte est même mise à la charge des Etats qui doivent prendre

des mesures appropriées et efficaces, notamment mettre en place des politiques et prendre des mesures législatives, administratives, institutionnelles et budgétaires, pour assurer, respecter, protéger, promouvoir et réaliser les droits et la dignité des personnes handicapées, sans discrimination fondée sur le handicap

Une fois le droit à la dignité affirmé, chacun des trois protocoles va proclamer les droits communs, applicables aussi bien aux femmes, qu'aux personnes âgées et aux handicapés. Il s'agit, sous des formulations différentes, des droits suivants: le droit à la vie; le droit à l'intégrité, à la liberté et à la sécurité; le droit à l'interdiction de la torture, les peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants; la non-discrimination; l'égalité; le droit de participer à la vie politique et publique; la liberté d'expression et d'opinion; le droit d'accès à l'information; l'accès à la justice et l'égale protection devant la loi; la protection contre les abus et les pratiques traditionnels néfastes; le droit à l'éducation; le droit à la santé; le droit à la protection sociale; et le droit au travail.

### **2.2.2 Les droits spécifiques, propres à chaque catégorie**

Chacun des trois protocoles a, bien évidemment, consacré un certain nombre de droits spécifiques à chaque catégorie. Ainsi, le Protocole relatif aux droits des femmes consacre-t-il les droits des femmes suivants: égalité dans le mariage, égalité en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation du mariage, droit de participation au processus politique et à la prise de décision, protection des femmes dans les conflits armés, droits de la veuve, droit de succession, etc. Quant au protocole relatif aux droits des personnes âgées, il consacre de son côté les droits spécifiques suivants: protection contre la discrimination dans l'accès à l'emploi, soins et prise en charge, soins en établissement, soutien aux personnes âgées s'occupant d'enfants vulnérables, protection des personnes âgées handicapées, protection des personnes âgées dans les situations de conflit et de catastrophe, accès à la formation, participation aux programmes et aux activités de loisirs, accessibilité, sensibilisation au vieillissement et préparation à la vieillesse, etc. Enfin, le Protocole relatif aux droits des personnes handicapées garantit les droits suivants: protection et la sécurité des personnes handicapées dans les situations à risque, notamment les situations de conflit armé, les déplacements forcés, les urgences humanitaires et les catastrophes naturelles, le droit de vie dans la communauté, l'accessibilité, l'adaptation et réadaptation, le droit à un niveau de vie suffisant, le droit à l'autoreprésentation, le droit de participer à des activités sportives, récréatives et culturelles, le droit à la famille, les droits des femmes et filles handicapées, les droits des enfants handicapés, les droits des jeunes handicapés, et les droits des personnes âgées handicapées, etc.

Il y a lieu à présent de s'interroger sur les modalités pratiques de mise en œuvre de ces trois protocoles à la Charte africaine.

### **3 LA MISE EN ŒUVRE DES TROIS PROTOCOLES NORMATIFS A LA CHARTE AFRICAINE**

Les trois protocoles prévoient des dispositions spéciales pour leur mise en œuvre respective. Ils prévoient en effet, de manières diversifiées, une série de mécanismes de contrôle et répartissent les compétences de l'interprétation et du contrôle de l'application entre la Cour africaine d'une part, et la Commission africaine d'autre part.

Trois catégories de mécanismes sont prévus: les rapports étatiques périodiques, l'interprétation des dispositions des protocoles et enfin le contentieux de l'application.

#### **3.1 Les rapports périodiques**

Il est d'usage assez général que lors de la ratification d'un traité international relatif aux droits l'homme, les États parties assument une obligation de présenter des rapports périodiques à l'organe désigné<sup>18</sup> par le traité pour recevoir et étudier de tels rapports. Cette procédure des rapports périodiques permet de contrôler si les États se conforment effectivement aux obligations mises à leur charge par le traité. Cette procédure a été instituée dans la plupart des traités universels des droits de l'homme tels que les deux Pactes internationaux de 1966, ou encore les différentes conventions sectorielles (discrimination raciale, torture, femmes, etc.).<sup>19</sup>

La procédure existe également au sein de Conseil des droits de l'homme de l'ONU sous la dénomination examen périodique universel (EPU) et consiste à passer en revue les réalisations de l'ensemble des

18 Y Le Bouthillier & D Rouget 'La procédure des rapports périodiques en application des traités relatifs aux droits de la personne: l'après-conférence de Vienne' (1995) 32 *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international* 173-217; A Dormenval *Procédures onusiennes de mise en œuvre des droits de l'homme: limites ou défauts?* (1991) <https://books.openedition.org/iheid/2182> (consulté le 21 novembre 2020).

19 Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969; Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981; Convention contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée le 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987; Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990; Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, adoptée le 30 novembre 1973, entrée en vigueur le 18 juillet 1976; Convention internationale contre l'apartheid dans les sports adoptée le 10 décembre 1985, entrée en vigueur le 3 avril 1988; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille adoptée le 18 décembre 1990, non entrée en vigueur le 1er juillet 2003.

Etats membres de l'ONU en matière de droits de l'homme. Chaque État a l'opportunité de présenter les mesures prises pour améliorer la situation des droits de l'homme sur son territoire en vertu de ses obligations en la matière.<sup>20</sup>

Au niveau de trois protocoles, objet de notre étude, cette procédure est consacrée. Dans son article 22(1), le Protocole sur les personnes âgées dispose:

Les États parties s'engagent à assurer la mise en œuvre du présent Protocole et à indiquer dans leurs rapports périodiques présentés à la Commission africaine conformément à l'article 62 de la Charte africaine, les mesures législatives et autres mesures prises en vue de la pleine réalisation des droits reconnus par le présent Protocole.

Une disposition équivalente existe au niveau du Protocole sur les personnes handicapées. Il s'agit de l'article 34(1) du Protocole:

Les États parties veillent à la mise en œuvre du présent Protocole et [à] indiquer, dans leurs rapports périodiques soumis conformément à l'article 62 de la Charte africaine, les mesures législatives et autres qu'ils ont prises pour la pleine réalisation des droits reconnus dans le présent Protocole.

Enfin, l'article 26(1) du Protocole de Maputo prévoit la même chose:

Les États assurent la mise en œuvre du présent protocole au niveau national et incorporent dans leurs rapports périodiques présentés conformément aux termes de l'article 62 de la Charte africaine, des indications sur les mesures législatives ou autres qu'ils ont prises pour la pleine réalisation des droits reconnus dans le présent protocole.

Ainsi les rapports périodiques sont soumis aux dispositions de l'article 62 de la Charte africaine qui règle la périodicité de la présentation des rapports et leur objet. Cependant, la Charte est muette concernant l'organe qui doit recevoir les rapports. Se prévalant des prérogatives que lui reconnaissent les articles 45 et 46 de la Charte, la Commission a alors demandé d'assumer cette fonction. Ainsi, à sa troisième session ordinaire tenue en avril 1988, elle a décidé de recommander à la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OUA qu'elle «lui confie spécifiquement le mandat d'examiner les rapports des Etats et d'indiquer les orientations générales en ce qui concerne leur forme et leur contenu». Cette recommandation a été adoptée par la 24ème session ordinaire de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OUA. Depuis lors, la Commission reçoit et examine les rapports des Etats présentés en application de l'article 62 de la Charte.

Relevons par ailleurs que la Commission africaine a adopté en 2009 les directives sur la présentation desdites rapports. Depuis lors, des États qui ont ratifié le Protocole ont soumis des rapports initiaux et périodiques sur le Protocole de Maputo.

Les rapports sont présentés tous les deux ans et indiquent les mesures prises par l'Etat pour rendre effectifs dans son droit internes ses engagements internationaux. A ce jour, il n'y a pas eu encore de présentation de rapports sur les protocoles des personnes âgées et des handicapées les deux protocoles n'étant toujours pas en vigueur.

20 L'examen périodique universel a été établi par la résolution 60/251 adoptée le 15 mars 2006 de l'Assemblée générale des Nations Unies et qui est à l'origine de la création du Conseil des droits de l'homme.

Cependant, nous pouvons évaluer l'efficacité de cette procédure à la lumière de la pratique aussi bien universelle que régionale des États. Le reproche le plus important adressé à la procédure des rapports est le non-respect de la périodicité de leur présentation, d'où un retard chronique au niveau de tous les organes universels et régionaux. Il faut dire, à la décharge des États, que ces derniers sont souvent submergés par le nombre et par la diversité des rapports à présenter. Par ailleurs, l'absence d'une sanction dissuasive est, de son côté, un facteur déterminant qui ne favorise pas le respect des délais.

Au niveau de la Commission, les statistiques en disent long sur le degré d'observation des délais. En consultant le 47<sup>ème</sup> rapport d'activité de la Commission,<sup>21</sup> il ressort, concernant les rapports présentés en vertu de l'article 62 de la Charte, deux États seulement sont à jour.<sup>22</sup> Huit États ont un retard d'un seul rapport,<sup>23</sup> 10 ont un retard de deux rapports,<sup>24</sup> 10 également sont en retard de trois rapports<sup>25</sup> et 18 sont en retard de plus de trois rapports.<sup>26</sup> Six États n'ont jamais présenté de rapport du tout.<sup>27</sup>

Concernant les rapports présentés en vertu de l'article 26 du Protocole de Maputo relatif aux droits des femmes, la situation n'est guère plus meilleure. En effet, et en nous référant au même 47<sup>ème</sup> rapport de la Commission, on relève les chiffres suivants: cinq États sont à jour,<sup>28</sup> cinq ont un retard d'un seul rapport,<sup>29</sup> trois sont en retard de deux rapports,<sup>30</sup> un seul État est en retard de trois rapports<sup>31</sup> et 28 États n'ont toujours pas soumis le moindre rapport.<sup>32</sup> La sanction contre ces défaillances est prévue par l'article 84(1) de la Charte qui prévoit que

[I]e Secrétaire [de la Commission africaine] fera part à la Commission, à chaque session, de tous les cas de non présentation de rapports ou de renseignements supplémentaires [...] En pareil cas, la Commission pourra adresser à l'Etat Partie

21 Rapport soumis à la 32<sup>ème</sup> session ordinaire du Conseil exécutif de l'UA tenue à Addis-Abeba les 6 et 7 février 2020 et à la 33<sup>ème</sup> session de la Conférence de l'Union tenue à Addis-Abeba les 9 et 10 février 2020. La Conférence, dans sa décision EX.CL/Dec. 1080(XXXVI), a autorisé la publication du rapport.

22 Gambie et Zimbabwe.

23 Angola, Egypte, Erythrée, Lesotho, Niger, Nigeria, Rwanda et Togo.

24 Afrique du Sud, Algérie, Botswana, Côte d'Ivoire, Kenya, Maurice, Mauritanie, Namibie, République démocratique du Congo et Tchad.

25 Burkina Faso, Djibouti, Ethiopie, Gabon, Liberia, Malawi, Ouganda, République arabe sahraouie démocratique, Sénégal et Sierra.

26 Bénin, Burundi, Cabo Verde, Cameroun, Congo, Eswatini, Ghana, Guinée, Libye, Madagascar, Mali, Mozambique, Seychelles, Soudan, République centrafricaine, Tanzanie, Tunisie et Zambie.

27 Comores, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Sao Tomé and Principe, Somalie et Soudan du Sud.

28 Gambie, Lesotho, Nigéria, Togo et Zimbabwe.

29 Gambie, Lesotho, Nigéria, Togo et Zimbabwe.

30 Burkina Faso, Malawi et Namibie.

31 Sénégal.

32 Algérie, Bénin, Cabo Verde, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Djibouti, Eswatini, Ethiopie, Gabon, Ghana, Guinée, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Kenya, Liberia, Libye, Mali, Maurice, Mozambique, Ouganda, Sao Tomé et Principe, Sierra Leone, Seychelles, Tanzanie, Tunisie et Zambie.

intéressé [...] un rapport ou un rappel concernant la présentation du rapport ou des renseignements supplémentaires.

Si, après ce rappel, l'État partie ne présente pas le rapport ou les renseignements supplémentaires demandés, la Commission le signale dans le rapport qu'elle adresse chaque année à la Conférence. Les rappels sont envoyés aux États parties tous les trois mois (avant c'était tous les six mois). Comme le montrent les statistiques, ces dispositions ne sont ni dissuasives ni incitatives. A chaque session du Conseil exécutif ou de la Conférence, un paragraphe redondant

FÉLICITE les États partie d'être à jour dans leur soumission des rapports périodiques à la Commission africaine et PRIE INSTAMMENT les autres États parties de soumettre leurs rapports périodiques conformément à l'Article 62 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte africaine), l'Article 26 du Protocole de Maputo, et l'Article 14(4) de la Convention de Kampala

Ainsi la procédure des rapports périodiques s'avère être très peu suivi et le États parties à la Charte ou à un protocole ne semblent pas être particulièrement gênés par les retards accumulés.

### 3.2 L'interprétation

La plupart des traités internationaux consacrent une disposition à leur interprétation et surtout à la désignation de l'organe compétent en la matière. Issus de négociations diplomatiques entre une pluralité d'États hétérogènes «qui n'ont, le plus souvent, ni le même langage, ni les mêmes concepts juridiques, ni les mêmes traditions législatives»<sup>33</sup> les traités sont toujours le fruit de compromis qui s'expriment souvent dans des formules générales, lapidaires, laconiques ambiguës voire contradictoires. Pour réaliser le résultat et aboutir à un consensus, on recourt souvent dans les organisations et conférences internationales chargées d'adopter un traité international, à ce que Guy de Lacharrière a appelé des «ambiguïtés constructives».<sup>34</sup> Lors de l'application du traité, surgiront alors des problèmes pour établir le sens d'un ou de plusieurs termes, ou celui d'une disposition ou de plusieurs dispositions.

Les trois protocoles à la Charte africaine ont consacré, une disposition attributive de compétence à l'organe chargé de leur interprétation.

Le Protocole de Maputo sur les droits des femmes attribue la compétence de son interprétation de manière claire et précise à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, et ce, à l'occasion, «des litiges relatifs à l'interprétation du présent Protocole découlant de son application ou de sa mise en œuvre».<sup>35</sup> Etant donné que le Protocole a été adopté avant l'entrée en vigueur du Protocole portant création de la Cour<sup>36</sup> et le début de son fonctionnement effectif,<sup>37</sup> une disposition

33 G de Lacharrière *La politique juridique extérieure* (1983) 89.

34 De Lacharrière (n 33) 89.

35 Article 27.

36 Le Protocole est entré en vigueur le 25 janvier 2004, après avoir été ratifié par plus de 15 pays.



transitoire a été insérée à la fin du Protocole attribuant cette compétence à la Commission.<sup>37</sup> Il faut signaler, qu'avant même l'adoption du Protocole, la Commission africaine a, à sa 23<sup>ème</sup> session ordinaire qui s'est tenue à Banjul, en Gambie, en avril 1998, établi un Rapporteur spécial sur les droits des femmes en Afrique. Le mandat a été renouvelé à quatre reprises avec l'adoption de la Résolution 63 à la 34<sup>ème</sup> Session ordinaire, la Résolution 78 à la 38<sup>ème</sup> Session ordinaire, la Résolution 112 à la 42<sup>ème</sup> Session ordinaire et la Résolution 154 à la 46<sup>ème</sup> Session ordinaire. Les différents rapporteurs spéciaux sur les droits de la femme ont tenu, depuis 2000, environ 10 missions pour s'informer de l'état des droits des femmes dans les États parties différents et adopté 16 résolutions. De même, la Commission a adopté les Observations générales No 2 sur l'article 14(1)(a), (b), (c) et (f) et article 14(2)(a) et (c) du Protocole à la Charte africaine relatif aux droits de la femme en Afrique. Elles donnent des orientations claires sur les obligations générales et spécifiques des États – parties en vue de favoriser l'intégration et la mise en œuvre effectives des dispositions de l'article 14 du Protocole de Maputo. Les dites Observations générales doivent être utilisées également, lors de l'élaboration et de la soumission par les États de leurs rapports périodiques, pour rendre compte des mesures législatives et autres, par eux prises, dans le domaine de la promotion et de la protection de la santé sexuelle et reproductive des femmes et des adolescentes.

Pour sa part, le Protocole sur les personnes âgées, associe la Commission et la Cour pour assurer son interprétation. En effet, la compétence de principe est attribuée par l'article 22(2) à la Commission «[d]ans la mise en œuvre du présent protocole, la Commission africaine a le mandat de faire le suivi des dispositions du protocole conformément à la Charte africaine». Cependant, et en vertu de l'article 22(3)

[l]a Commission peut soulever toute question d'interprétation ou l'application de tout différend né de l'application ou de la mise en œuvre du présent Protocole devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

Le Protocole ne précise pas si la Commission peut soulever ces questions par la voie contentieuse ou par la voie consultative.

Enfin, le Protocole sur les personnes handicapées reprend les mêmes mécanismes dans son article 34(3) et (4).

37 Les premiers juges de la Cour ont été élus en janvier 2006. Ils ont prêté serment devant l'Assemblée des Chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine, le 2 juillet 2006. La Cour a officiellement débuté ses activités en novembre 2006. Elle a rendu son premier jugement en 2009 suite à une requête en date du 11 août 2008 (Arrêt *Michelot Yogogombaye c. Sénégal*).

38 'En attendant la mise en place de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est compétente pour connaître des litiges relatifs à l'interprétation du présent Protocole et découlant de son application ou de sa mise en œuvre'.

### 3.3 Le contentieux

Les trois protocoles attribuent, normalement, la compétence de statuer sur les différends nés de leur application ou de leur mise en œuvre à la Charte africaine. Pour le protocole de Maputo, seule la Cour est compétente, la Commission n'intervenant qu'à titre transitoire. En vertu de l'article 27 du Protocole: «La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est compétente pour connaître des litiges relatifs à l'interprétation du présent Protocole, découlant de son application ou de sa mise en œuvre». La Cour africaine a eu à se pencher sur le Protocole de Maputo dans son arrêt du 11 mai 2018, *Association pour le Progrès et la Défense des droits des Femmes (APDF) & Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) c. Mali*. Dans cette affaire, les requérants faisaient grief au code de la famille du Mali, adopté le 2 décembre 2011 par l'Assemblée nationale et promulgué le 30 décembre 2011 par le Chef de l'État, des violations du Protocole et de plusieurs autres instruments pertinents des droits de l'homme, dont la Convention africaine sur les droits et le bien-être des enfants et la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Dans cet arrêt, la Cour a statué sur les violations par l'État défendeur de plusieurs droits garantis par le Protocole de Maputo dont notamment: l'âge minimal du mariage pour les filles (article 6(b)), le droit de consentir au mariage (article 6(a)), le droit à la succession (article 21(2)) et l'obligation d'éliminer les pratiques ou attitudes traditionnelles qui nuisent aux droits de la femme et de l'enfant (article 2(2)).<sup>39</sup>

Les deux autres protocoles attribuent également compétence à la Cour mais selon deux modes de saisine différents. Le premier mode est exercé, ainsi que cela a été mentionné ci-dessus, par la Commission africaine qui peut renvoyer à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples les questions d'interprétation et d'exécution ou tout différend découlant de l'application ou de la mise en œuvre des protocoles en vertu des articles 22(3) du Protocole relatif aux droits des personnes âgées et 34(4) du Protocole relatif aux droits des personnes handicapées. Le deuxième mode est ouvert aux individus et ONG ayant le statut d'observateur auprès de la Commission en vertu de l'article 34(6) du Protocole de la Cour qui conditionne la recevabilité des recours des individus et des ONG à la souscription par l'État concerné d'une déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour. Il ya lieu de préciser à cet égard, qu'à ce jour, seuls six États membres de l'UA ont fait cette déclaration.<sup>40</sup> Quatre autres États avaient fait la déclaration mais l'ont retirée suite à certaines décisions rendues par la Cour contre

39 Sur cet arrêt, voir RB Achour 'L'islam dans la jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' in M Afroukh (dir) *L'islam en droit international des droits de l'homme* (2019) 281-286.

40 Burkina Faso, Ghana, Gambie, Mali, Malawi, Tunisie.

ces Etats.<sup>41</sup> Bien évidemment, une telle exigence limite énormément l'accès au prétoire de la Cour aux citoyens africains.

#### **4 CONCLUSION**

L'adoption de trois protocoles normatifs additionnels à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant garantie de droits de catégories vulnérables est sans aucun doute une avancée considérable. Cependant, l'adhésion très timorée des Etats membres de l'UA à ces Protocoles laisse perplexe. Si le Protocole sur les droits des femmes a été ratifié par 42 États membres (avec de nombreuses réserves et déclarations interprétatives) et est entré en vigueur, il n'en est pas de même pour les deux autres protocoles sur les droits des personnes âgées ou des personnes handicapées. Non seulement ils ne sont toujours pas entrés en vigueur, mais ils n'ont été ratifiés que par deux Etats uniquement pour le Protocole sur les personnes âgées et zéro ratifications pour le Protocole sur les personnes handicapées. Il s'agit là d'un problème récurrent pour les traités conclus dans le cadre de l'OUA/UA. Très souvent, les États sont beaucoup plus prompts à ratifier les traités universels alors que la ratification des traités continentaux traîne en longueur.

41 Rwanda, Tanzanie, Bénin et Côte d'Ivoire.

# Domesticating the African Charter on Human and Peoples' Rights in Ghana: threat or promise to sexual minority rights?

Ernest Yaw Ako\*

<https://orcid.org/0000-0001-7214-4992>

**ABSTRACT:** For a long time, the denial in Africa of sexual minority rights on cultural and religious grounds was firmly rooted and unchallenged. This is no longer the case. Recent scholarship has challenged the narrative that homosexuality is un-African. Gradually courts and parliaments in Africa are beginning to decriminalise colonial-era sodomy laws. In addition to progressive global and regional developments on equal legal protection for sexual minorities, it would have been difficult to imagine that the African Charter on Human and Peoples' Rights could be used as a new pretext to deny sexual minority rights in a national constitution. Recently, however, the Constitution Review Commission of Ghana claimed that the African Charter and the Ghanaian Constitution abhor sexual minority rights. This argument ignores the pre-colonial past of many African countries, including Ghana, whose cultures embraced sexual minority rights. A consideration of the Ghanaian philosophical and theoretical thought, 'Sankofa', makes it imperative to turn to the past and learn from our pre-colonial cultures that embraced sexual minorities. Sankofa implores us to combine past functional cultures with current global and regional human rights law, to provide equal legal protection for every individual regardless of their sexual orientation. Therefore, domesticating the African Charter in Ghana should embrace sexual minority rights.

## TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

### L'incorporation en droit interne de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples au Ghana: menace ou opportunités pour les droits des minorités sexuelles?

**RÉSUMÉ:** Le déni des droits des minorités sexuelles pour des motifs culturels et religieux a longtemps été enraciné et incontesté en Afrique. Ce n'est plus le cas. Des études récentes ont remis en question l'argument selon lequel l'homosexualité n'est pas africaine. Peu à peu, les tribunaux et les parlements africains commencent à dépénaliser les lois sur la sodomie héritées de la colonisation. En plus des progrès sur le plan mondial et régional en matière d'égalité de protection juridique des minorités sexuelles, il aurait été difficile d'imaginer que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples puisse être utilisée comme un nouveau prétexte pour dénier les droits des minorités sexuelles dans une constitution nationale. Récemment, cependant, la Commission de révision constitutionnelle du Ghana a affirmé que la Charte africaine et la Constitution ghanéenne abhorraient les droits des minorités sexuelles. Cet argument ignore le passé précolonial de nombreux pays africains, dont le Ghana, où les cultures embrassaient les droits des minorités sexuelles. Un examen de la pensée philosophique et théorique ghanéenne, «Sankofa», impose de se tourner vers le passé et d'apprendre de nos cultures précoloniales qui incluaient les minorités

\* LLB (Hons), BA (Hons), LLM (Pretoria); Doctoral candidate, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria, Barrister & Solicitor of the Supreme Court of Ghana; [ernestyawako@hotmail.com](mailto:ernestyawako@hotmail.com)

sexuelles. Sankofa appelle à combiner les cultures fonctionnelles du passé avec le droit universel et régional actuel des droits de l'homme, afin de fournir une protection juridique égale à chaque individu quelle que soit son orientation sexuelle. Par conséquent, l'incorporation en droit interne de la Charte africaine au Ghana devrait inclure les droits des minorités sexuelles.

**KEY WORDS:** African Charter on Human and Peoples' Rights, sexual minority rights, sexual orientation, Ghana, sodomy laws

**CONTENT:**

1	Introduction.....	100
2	Constitutional Review Commission of Ghana: background and analysis of its work .....	103
3	Theoretical framework .....	105
4	The African human rights architecture and sexual minority rights.....	109
5	The Bill of Rights and sexual minority rights in Ghana .....	114
6	Conclusion .....	121

## 1 INTRODUCTION

In today's world, where international human rights protection has gained utmost importance, almost every international human rights instrument arguably protects the rights of every person regardless of their sexual orientation.<sup>1</sup> International human rights treaty monitoring bodies have interpreted treaties to give effect to sexual minority rights.<sup>2</sup>

- 1 The term 'sexual orientation' is used in this paper to mean 'how one relates to men or women'. The paper also uses the term as conceived by Waaldjik as 'the main generic term used to cover homosexuality, heterosexuality, and bisexuality' in International and European Law. See K Waaldjik 'The right to relate: a lecture on the importance of orientation in comparative sexual orientation law' (2013) 24 *Duke Journal of Comparative and International Law* 161 at 163. In this regard, every person has a sexual orientation, be it homosexual (relating sexually to persons of the same sex), heterosexual (relating sexually to persons of the opposite sex) or bisexual (relating sexually to persons of the same sex and the opposite sex).
- 2 See for instance Communication 488/1992, *Toonen v Australia*, Merits, UNHR Committee (31 March 1994) UN Doc CCPR/C/50/D/488/1992. The Human Rights Committee held for the first time that the ICCPR prohibited discrimination on grounds of sexual orientation, holding that 'sex' in arts 2(1) and 26 included 'sexual orientation' para 8.7; Communication 338/2008 *Uttam Mondal v Sweden* Committee Against Torture (CAT) (23 November 2011). The CAT held at para 7.8 that Sweden's intention to deport a gay man to Bangladesh would constitute a breach of art 3 of the convention against torture; General Comment No 35 - article 9 (liberty and security of person) Human Rights Committee CCPR/C/GC/35, 16 December 2014, emphasises that every person including LGBT persons are entitled to liberty and security of their person; Resolution 275: 'Resolution on protection against violence and other human rights violations against persons on the basis of their real or imputed sexual orientation or gender identity' The African Commission on Human and Peoples' Rights (the African Commission), meeting at its 55th Ordinary Session held in Luanda, Angola, from 28 April to 12 May 2014 condemned violence against sexual minorities; the African Commission has also stated in passing in at least three cases that did not determine sexual orientation issues that the right to equality in art 2 of the African Charter which prohibits discrimination could include other grounds not mentioned in the Charter such as sexual orientation. See the cases of *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe* (2006) AHRLR 128 (ACHPR 2006) para 169; *Purohit and Another v The Gambia* (2003) AHRLR 96 (ACHPR 2003) para 49; and *Bissangou v Republic of Congo* (2006) AHRL 80 (ACHPR 2006) para 69.

States or their representatives at global and regional political forums have passed resolutions and issued statements observing the need to protect the rights of sexual minorities<sup>3</sup> and urging other states to decriminalise sodomy laws.<sup>4</sup> Domestic laws<sup>5</sup> and courts<sup>6</sup> have also embraced sexual minority rights and declared sodomy laws as unconstitutional. Given the progressive development of human rights protection at global, regional, and domestic level irrespective of a person's sexual orientation, not many would have thought that a constitutional review commission would contend that a regional human rights treaty abhors sexual minority rights.<sup>7</sup>

Recently, however, the Constitution Review Commission (CRC) of Ghana<sup>8</sup> recommended that the amendment of the 1992 Constitution of Ghana should emulate the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter), which abhors consensual same-sex relationships, and not include provisions to protect sexual minority rights expressly.

- 3 The term 'sexual minorities' is used in this paper to denote 'people whose preferences, intimate associations, lifestyles or other forms of personal identity or expression actually or imputed derogate from a dominant normative-heterosexual paradigm'. Also, 'rights of sexual orientation and rights of sexual minorities denote (interchangeably) rights against discrimination on the basis of sexual orientation', see E Heinze *Sexual orientation: a human right An essay in international human rights law* (1995) 61. The acronym 'LGBT' is also used in this paper in the sense in which it is used worldwide to mean lesbian, gay, bisexual, and transgender, but not in any cultural context. See F Viljoen *International human rights law in Africa* (2012) 259; See also J Oloka-Onyango 'Debating love, human rights and identity politics in East Africa: the case of Uganda and Kenya' (2015) 15 *African Human Rights Law Journal* 28 at 31, who contends that the term LGBT is 'rooted in culturally-specific norms and values that are not necessarily shared by African people'.
- 4 See for instance Resolution 275 (n 2); Resolution A/HRC/RES/17/19 Human Rights Council Seventeenth session agenda item 8 entitled 'human rights, sexual orientation and gender identity' (14 July 2011) para 1. The resolution was adopted by a 23 to 19 vote appointing the High Commissioner for Human Rights to conduct a study into the prevalence of violence against sexual minorities globally; See also Joint statement on sexual orientation & human rights delivered by New Zealand at the Commission on Human Rights, March 2005 noting the sensitive nature of sexual orientation and human rights yet determined together with other states to ensure protection for sexual minorities, available at <https://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2005-joint-statement/> (accessed 23 June 2020).
- 5 Constitution of the Republic of South Africa sec 9(3).
- 6 *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 (1) SA 6 (CC); *Letsweletse Motshidiemang v Attorney General & Legabibo (Amicus Curiae)* MAHGB – 000591-16; *Navtej Singh Johar and Others versus Union of India* Thr Secretary Ministry of Law and Justice Writ Petition (Criminal) No 76 of 2016.
- 7 The recommendations of the CRC are yet to be implemented but there is no indication that this position has changed. Homophobic rhetoric is on the increase and politicians have threatened to pass laws with stiffer punishment for same-sex sexual activity.
- 8 The Constitution Review Commission was appointed under Constitutional Review Commission of Inquiry Instrument 2010 (CI 64) with a mandate to collect the submissions of Ghanaians with a view to making proposals for the amendment of the 1992 Constitution of Ghana.

This article argues that the African Charter embraces the rights of all persons regardless of their sexual orientation.<sup>9</sup> Uncritically accepting the view that the African Charter and the 1992 Constitution of Ghana do not protect sexual minority rights legitimises ongoing human rights violations against sexual minorities such as forced anal examinations, harassment, assault, killings and other forms of violence.<sup>10</sup> It will also embolden African states to continue criminalising and re-criminalising consensual same-sex conduct on the basis that it is alien to African cultural values. Failing to correct the impression that the African Charter abhors sexual minority rights will also empower other organs of the African Union (AU) to request other independent bodies of the AU to ‘consider’ their relationship with human rights defenders based on ‘African culture’. Arguably, criminalisation of same-sex sexual acts constitutes ‘dignity taking’,<sup>11</sup> and the only way to restore this dignity of the human person is to decriminalise consensual same-sex acts. Therefore, the statement of the CRC potentially undermines global, regional, and domestic efforts to restore dignity to many who have been denied it by state and non-state actors.

After this introduction, the article proceeds as follows: Part 2 discusses the CRC’s findings, recommendations, and the government White Paper issued to accept its recommendations. Part 3 examines the concept of Sankofa as a theoretical framework to examine the paper. Next, the article argues that the African Charter embraces sexual minority rights.<sup>12</sup> Part 5 argues that given Ghana’s history, bill of rights and commitment to international human rights, it is imperative that it embraces sexual minority rights. Part 6 concludes the paper with some reflections on the critical points canvassed in the paper.

- 9 R Murray & F Viljoen ‘Towards non-discrimination on the basis of sexual orientation: the normative basis and procedural possibilities before the African Commission on Human and Peoples’ Rights and the African Union’ (2007) 29 *Human Rights Quarterly* 86 at 92-97; See also Resolution 275 (n 2).
- 10 Human Rights Watch ‘No choice but to deny who I am’ violence and discrimination against LGBT people in Ghana’ (2018); RA Atuguba ‘Homosexuality in Ghana: morality, law, human rights’ (2019) 12 *Journal of Politics and Law* 113 117-118.
- 11 A Shaw ‘From disgust to dignity: criminalisation of same-sex conduct as a dignity taking and the human rights pathways to achieve dignity restoration’ (2018) 18 *African Human Rights Law Journal* 684.
- 12 The Yogyakarta Principles ‘Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity’ adopted in Yogyakarta Indonesia in March 2007; See also The Yogyakarta Principles plus 10 ‘Additional principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles’ adopted on 10 November 2017 in Geneva. These principles emphasise that sexual minority rights are not a new set of rights. They are existing rights in core international human rights treaties as applied to LGBT persons.

## 2 CONSTITUTIONAL REVIEW COMMISSION OF GHANA: BACKGROUND AND ANALYSIS OF ITS WORK

After calls by civil society organisations, political parties, and ordinary citizens for the 1992 Constitution to be revised, the Ghanaian government established a Constitution Review Commission (CRC) on 11 January 2010.<sup>13</sup> The CRC was mandated to appraise the 1992 Constitution of Ghana and gauge the views of Ghanaians relating to ‘strengths and weaknesses of the [1992] Constitution’.<sup>14</sup> The terms of reference noted further that the CRC should ‘articulate the concerns of the people of Ghana on amendments that may be required for a comprehensive review of the 1992 Constitution’.<sup>15</sup> The terms of reference noted further that the CRC was empowered to ‘make recommendations to the government for consideration and provide a draft bill for possible amendments to the 1992 Constitution of Ghana’.<sup>16</sup> The President swore-in the nine-member CRC which comprised lawyers, academics, traditional rulers, a legal drafting consultant and other members of the private sector on 11 January 2010 to execute their mandate for two years.<sup>17</sup> The CRC had an Executive Secretary and principal researcher who was in charge of the research and its daily affairs, supported by other staff.

Guided by its terms of reference, the CRC sought the views of Ghanaians both home and abroad through town hall meetings and received oral and written submissions on crucial amendments to the Constitution. The CRC also accessed submissions through non-traditional forms of media and interacted with millions of Ghanaians through its face to face meetings and online access to submissions.<sup>18</sup> It received and utilised 83,161 submissions from Ghanaians calling for amendments of specific areas of the Constitution.<sup>19</sup> In all, the CRC grouped the issues to be addressed under 13 chapters and subsequently suggested 41 amendments to the Constitution.

The CRC made various findings and recommendations for the adoption by the government. One of the critical findings and recommendations relates to chapter 5 of the 1992 Constitution of Ghana that contains the bill of rights. The CRC made a general finding that throughout its interactions, Ghanaians did not want to amend the bill of rights unless this was to improve or add to the human rights provisions in the Constitution. Apart from this general

13 Report of the Constitutional Review Commission of Ghana ‘From a political to a developmental constitution’ (Constitution Review Commission report) (2011) 1 8.

14 Constitution Review Commission report (n 13) 10.

15 As above.

16 As above.

17 As above.

18 Constitution Review Commission report (n 13) 34.

19 As above.



recommendation relating to fundamental human rights protections, the CRC also made specific findings and recommendations.

The first was on the right to equality and freedom from discrimination. On this issue, it noted that one of the grounds for which people had made submissions to the CRC to consider was to include 'sex' and 'sexual orientation' into the prohibited grounds of discrimination in the Constitution.<sup>20</sup> Among the submissions received by the CRC, some noted that 'sex' and 'sexual orientation' should be included in the discrimination clause to 'avoid possible discrimination on account of biological differences between men and women'.<sup>21</sup> Those who opposed references to 'sex' and 'sexual orientation' did so 'to ensure that it is not interpreted to recognise homosexuality in Ghana'.<sup>22</sup> Based on these submissions, the CRC made an interesting finding and observation.<sup>23</sup> Without citing any authority to back its claim, it stated that 'the Commission finds that the framers of the 1992 Constitution of Ghana substituted 'sex' (which was in the 1979 Constitution) with 'gender' for the following purpose: to ensure the recognition of the natural/biological state of a woman and a man'.<sup>24</sup> The CRC observed further that yielding to a section of Ghanaians to insert 'sex' to the anti-discrimination clause 'would add to the legal arsenal of those who argue that the Constitution abhors discrimination on the grounds of sexual orientation'.<sup>25</sup> This aspect of the CRC's observation is problematic because it starts from a position that the Constitution should not protect the rights of a segment of society, therefore entrenching the belief that the state endorses discrimination against sexual minorities. Thus, any reference to 'sex' or 'sexual orientation' should be discarded.

The second finding and recommendation of the CRC dealt with whether the Constitution should recognise lesbian and gay rights. The CRC noted that it received 'a few submissions from persons wanting the Constitution to recognise the rights of homosexuals in the Constitution. However, the overwhelming majority of the submissions were to the effect that homosexuality should not be recognised by the Constitution'.<sup>26</sup> Commenting on the submissions received, the CRC observed that there was an overwhelming number of people who reckoned that there should be 'non-recognition of the right to sexual orientation for homosexuals',<sup>27</sup> and that 'in recent times gay and lesbian issues have taken centre stage in Ghana'.<sup>28</sup>

20 Constitution Review Commission report (n 13) 652.

21 Constitution Review Commission report (n 13) 653.

22 As above.

23 As above.

24 As above.

25 As above.

26 Constitution Review Commission report (n 13) 654-655.

27 Constitution Review Commission report (n 13) 656.

28 As above.

Perhaps the most significant finding and observation of the CRC is captured in paragraphs 125 and 126 of the report. At paragraph 125 it noted as follows:<sup>29</sup>

The Commission finds that in any case, it would be neither necessary nor advisable for the Constitution Review Commission to attempt to deal with this complicated issue at this time. It is very probable that a proposal to give some recognition to same-sex relationships in Ghana at this stage will be condemned by a large section of the population in the country - mainly on religious and cultural grounds. On the other hand, a suggestion to introduce a provision in the Constitution expressly excluding same-sex marriages in Ghana would be [clearly] seen by many people in the country and outside of it as a reactionary move not worthy of a progressive state.

The CRC made further observations:<sup>30</sup>

The Commission finds that Ghana's human rights are situated in the African Charter on Human and Peoples' Rights. This Charter provides in the preamble that human rights take 'into consideration the virtues of their (The Africans') historical tradition and the values of African civilisation'. The Charter says further that the individual who seeks his or her human rights to be protected has the responsibility to protect the social and cultural values of the society: 'the individual shall also have the duty to preserve and strengthen positive African values in his relations with other members of the society, in the spirit of tolerance, dialogue and consultation and, in general, to contribute to the promotion of the moral well-being of society. Arguably homosexuality could be an example of a situation where the desire of an individual to have sex with a person of the same sex should not be recognised as long as that practice fails to sit with the socio-cultural values of the society in which the individual finds himself.

After making these findings, the CRC recommended that 'the legality or otherwise of homosexuality be decided by the Supreme Court if the matter comes before the court'.<sup>31</sup> The above findings and recommendations of the CRC implicate the African Charter, the Constitution of Ghana and their compatibility with sexual minority rights. This paper analyses these parts of the CRC's report, but first, I examine the theoretical framework for the paper.

### 3 THEORETICAL FRAMEWORK

This study situates the compatibility of sexual minority rights with the African Charter and the Ghanaian Constitution in the context of Ghanaian and African philosophical thought of 'Sankofa', which means 'go back for it'.<sup>32</sup> Sankofa is a traditional Ghanaian symbol of the Akan speaking people,<sup>33</sup> of a 'mythical bird flying forward with its head

29 Constitution Review Commission report (n 13) 656.

30 Constitution Review Commission report (n 13) 656-657.

31 Constitution Review Commission report (n 13) 657.

32 JET Kuwornu-Adjaottor and others 'The philosophy behind some Adinkra symbols and their communicative values in Akan' (2016) 7 *Philosophical Papers and Review* 22.

33 Akan is a dominant umbrella language group in Ghana with many dialects such as Fante, Asante, Akuapem and many others. It is spoken by over half of the population in Ghana and used as a medium of trade in almost all the regional capitals of Ghana. See Kuwornu-Adjaottor and others (n 32) 24.

turned backwards',<sup>34</sup> with an egg in its mouth which 'represents the "gems," or knowledge, of the past upon which wisdom is based. It also signifies the generation to come that will benefit from that wisdom'.<sup>35</sup> The mythical bird is also a philosophy, a way of life and a form of communicating Akan ideas,<sup>36</sup> 'religious, aesthetic and cultural values',<sup>37</sup> When expressed as an Akan proverb, '*se wo were fi na wosankofa a yenkyi*',<sup>38</sup> it means 'it is not wrong or shameful to go back for something you have previously forgotten'. Thus, the Akans believe that the wisdom of their forebears is critical to understanding their history, navigating the present and carving out a future based on an accurate representation of their culture and who they are as a people. Therefore, 'the Akan people are of the opinion that the past serves as a guide when planning for the future and obtaining wisdom of the past enables planning for a stronger future'.<sup>39</sup>

From the ground-breaking work of Appiagyei-Atua, we learn that the Akans through proverbs, folklore and symbols like Sankofa reflect Akan philosophy and contribution to the concept of human rights.<sup>40</sup> Some of these rights, in Akan philosophy and culture, include the right to life, freedom of speech and expression. Inherent in the right to life, is the right to human dignity and the freedom of the individual in such a cultural setting to claim their 'individuality' and achieve their full potential in a society that also realised communitarian values. Ngwena also observes that embracing sexual diversity that includes same-sex sexual relationships is part of our 'Africanness'.<sup>41</sup> Other scholars confirm that various African cultures accepted and embraced same-sex sexuality during the pre-colonial era.<sup>42</sup> Therefore, while Africans valued heterosexual relationships that produced children that continued the generations of people, it still accepted and valorised consensual same-sex relationships as a significant part of society for purposes of war, abundant farming yield and the expression of the

- 34 KP Quan-Baffour 'The wisdom of our forefathers: Sankofaism and its educational lessons for today' (2008) 7 *Journal of Educational Studies* 22 at 25.
- 35 A K Beale 'Daring to create change agents in physical education: the Sankofa philosophy' (2013) 84 *Journal of Physical Education, Recreation & Dance* 7.
- 36 K Gyekye *African cultural values: an introduction* (2002) 125.
- 37 J Nkansah-Obrempong 'Visual theology – the significance of cultural symbols, metaphors and proverbs for theological creativity in the African context: a case study of the Akan of Ghana' (2002) 5 *Journal of African Christian Thought* 38 at 39.
- 38 Quan-Baffour (n 34) 25.
- 39 J Slater 'Sankofa – the need to turn back to move forward: addressing reconstruction challenges that face Africa and South Africa today' (2019) 45 *Studia Historiae Ecclesiasticae* 1.
- 40 K Appiagyei-Atua 'Contribution of the Akan philosophy to the conceptualisation of African notions of human rights' (2000) 33 *Constitutional and International Law Journal of South Africa* 165.
- 41 C Ngwena *What is Africanness? Contesting nativism in race, culture, and sexualities* (2018).
- 42 M Epprecht 'Bisexuality and the politics of normal in African ethnography' (2006) 48 *Anthropologica* 187 at 190-192; O Ambani 'A triple heritage of sexuality? Regulation of sexual orientation in Africa in historical perspective' in S Namwase & A Jjuuko (eds) *Protecting the human rights of sexual minorities in contemporary Africa* (2017) 14 at 23-24.

diverse nature of humanity.<sup>43</sup> In the Ghanaian context, same-sex relationships existed before, during and even after colonialism had officially ended.<sup>44</sup> Pre-colonial Ghanaian cultures had elaborate laws governing their societies, some of which categorised certain sexual conduct as offences against the community, but did not punish consensual same-sex conduct.<sup>45</sup> Colonialism introduced 'unnatural carnal knowledge' laws to punish consensual same-sex relationships.<sup>46</sup> Thus, the theory or concept of Sankofa implores us to revisit our pre-colonial past and take lessons from our culture 'to serve as a guide for planning the future'.<sup>47</sup> It is also an opportunity to embrace contemporary developments into our Ghanaian and African cultures, taking cognisance of the past that our forebears laboured to build.<sup>48</sup>

Scholars have used Sankofa theory to emphasise the need to return to the functional aspects of African tradition and culture that existed in the past to serve as a guide for a better future. The theory has been used in the context of education<sup>49</sup> to emphasise the need to decolonise the educational curriculum to depart from an education that reflects the ideals of the West to one that encapsulates African values and needs.<sup>50</sup> It emphasises the salient aspects of the Sankofa theory such as 'humaneness, respect for life and human dignity'.<sup>51</sup> The theory has addressed issues in mental health,<sup>52</sup> used as a cultural framework to

- 43 JO Ambani 'A triple heritage of sexuality? Regulation of sexual orientation in African in historical perspective' in S Namwase & A Jjuuko (eds) (2017) *Protecting the human rights of sexual minorities in contemporary Africa* 14.
- 44 N Ajen 'West African homoeroticism: West African men who have sex with men' in SO Murray & W Roscoe (eds) *Boy-wives and female husbands studies in African homosexuality* (1998) 129; I Signorini 'Agonwale Agyale: the marriage between two persons of the same sex among the Nzema of southwestern Ghana' (1973) 2 *Journal de la sociétés des africanistes* 221; SO Dankwa 'The one who first says I love you: same-sex love and female masculinity in postcolonial Ghana' (2011) 14 *Ghana Studies* 223; SO Dankwa (2009) 'It's a silent trade: female same-sex intimacies in post-colonial Ghana' (2009) 17 *Nordic Journal of Feminist and Gender Research* 192; WF Mohammed 'Deconstructing homosexuality in Ghana' in SN Nyeck (ed) *Routledge handbook of queer African studies* (2020) 167 169-170.
- 45 JM Sarbah *Fanti customary laws: a brief introduction to the principles of the native laws and customs of the Fanti and Akan sections of the Gold Coast with a selection of the cases thereon decided in the law courts* (1897); RS Rattray *Ashanti law and constitution* (1929); GBN Ayittey *Indigenous African institutions* (2006).
- 46 See Criminal Offences Act, Act 29, 1960 first enacted as Ordinance no 12 of 1892 which criminalised 'unnatural carnal knowledge'. See JS Read 'Ghana: the Criminal Code, 1960' (1962) 11 *International and Comparative Law Quarterly* 272.
- 47 Appiagyei-Atua (n 40) 168.
- 48 As above.
- 49 Quan-Baffour (n 34). See also MO Ajei 'Educating Africans: perspectives of Ghanaian philosophers' (2018) 19 *Phronimon* 1.
- 50 Quan-Baffour (n 34) 26.
- 51 Quan-Baffour (n 34) 28.
- 52 B Adomako and others 'Sankofa: understandings of culture and its relevance for mental health provision in Ghana' (2016) 6 *Research on Humanities and Social Sciences* 232.

discuss the inevitable changes that occur with currency denomination,<sup>53</sup> and employed in the arts and literature for its relevance to society.<sup>54</sup> It symbolises unity and remembrance for Africans in the diaspora,<sup>55</sup> and a movie has even been made based on Sankofa.<sup>56</sup>

Unlike previous studies, this paper utilises Sankofa as a tool to assess the veracity of claims that the African Charter and the Ghanaian Constitution are incompatible with sexual minority rights. It is a useful theory for this study, especially as a decolonial method of examining claims that same-sex relationships never existed in Ghana and Africa and only a colonial importation. It is also useful and representative of the African and Ghanaian conception of fundamental human rights, emphasising the right to dignity, equality, non-discrimination, and privacy. Alongside historical evidence of the existence of sexual minorities in Ghana, and other African societies, it makes a compelling case for policymakers, constitutional drafters and legal officers to rethink the denial of sexual minority rights in contemporary constitutions under the guise of sweeping statements that same-sex relationships never existed in Ghana and Africa.

Using Sankofa as a framework for critiquing same-sex relationships, therefore places the spotlight on sexual minority rights in the Ghanaian context, in light of the findings and recommendations of the CRC that the African Charter abhors same-sex sexual relationships based on African culture and tradition. Despite its focus on Ghana, however, the study has implications for other African countries. The claim that the African Charter abhors same-sex relationships in Africa, though interrogated in light of Ghanaian folklore and symbolism, has consequences for other African countries that follow a similar approach. Therefore, the context of this analysis, while unique to Ghana, has consequences for other African countries. The sentiments expressed by the CRC of Ghana that the African Charter abhors homosexuality is similar to statements attributed to some heads of

- 53 VAA Dzokoto 'A bird, a crocodile, and the 21<sup>st</sup> century cowrie shell: analysing Ghana's currency change' (2011) 42 *Journal of Black Studies* 715.
- 54 S Kandé & J Karaganis 'Look homeward, angel: maroons and mulattos in Haile Gerima's 'Sankofa'' (1998) 29 *Research in African Literatures* 128. See also P Appiah 'Akan symbolism' (1979) 13 *African Arts* 64; S Benagr & TBK Ofose 'Ghanaian screendance perspectives: the nuance of 'Sankofaism' as emerging aesthetics and rejection of orthodoxy' (2016) 6 *International Journal of Screendance* 78.
- 55 CN Temple 'The emergence of Sankofa practice in the United States: a modern history' (2010) 41 *Journal of Black Studies* 127.
- 56 H Gerima *Sankofa* (1993). The *Sankofa* philosophy permeates the social fabric of the Ghanaian society. For instance, the popularisation of the wearing of locally made garments for official functions by the office of the President, members of Parliament and other government officials reflects the *Sankofa* principle. It is a return to a cultural way of dressing. Hitherto, the wearing of Western clothes for official functions was the norm. Thus, even though the *Sankofa* philosophy cannot be said to expressly dictate official policy or decisions, in many respects, it has an implied influence.

states and politicians in Africa,<sup>57</sup> as well as the Executive Council of the African Union.<sup>58</sup> Courts have also expressed similar sentiments in Kenya,<sup>59</sup> Malawi<sup>60</sup> and even Botswana<sup>61</sup> in the past. Therefore, interrogating the threat or promise that the African Charter holds for sexual minority rights in Ghana if domesticated or used to interpret constitutional rights, resonates with the situation in other African countries. Against the backdrop of Ghanaian and African philosophical thought of Sankofa, it is even more significant.

#### 4 THE AFRICAN HUMAN RIGHTS ARCHITECTURE AND SEXUAL MINORITY RIGHTS

In dismissing submissions received by some Ghanaians that it is plausible to interpret the Constitution of Ghana to include the rights of everyone including sexual minorities, the CRC noted that such a conception is not possible because ‘Ghana’s human rights are situated in the African Charter on Human and Peoples’ Rights’.<sup>62</sup> The CRC argued that the preamble to the African Charter refers to African virtues, historical tradition and African civilisation as a basis to conceptualise an African notion of human and peoples’ rights.<sup>63</sup> It noted further that article 29 of the African Charter imposes on every individual the duty to uphold positive African values and to contribute

57 All former presidents of Ghana since 1992 including the current president have condemned same-sex sexual relationships. There are many examples of African presidents including presidents of Kenya, Uganda, and Namibia condemning homosexuality. The late Robert Mugabe of Zimbabwe spectacularly claimed at the UN General Assembly that Africans are not gays. ‘Robert Mugabe to the UN: We are not gays’ 28 September 2015. Available at <https://edition.cnn.com/videos/world/2015/09/29/mugabe-un-speech-not-gay-succession-nr.cnn> (accessed 8 August 2020).

58 Decisions of the Executive Council African Union Twenty-Seventh Ordinary Session 7-12 June 2015 Johannesburg, South Africa 32.

59 *EG & 7 Others v Attorney General; DKM & 9 Others (interested parties); Katiba Institute and Another (amicus curiae)* consolidated suit of Petition no 150 of 2016 and Petition no 234 of 2016. A Kenyan High Court in Nairobi held that the criminalisation of consensual same-sex sexual adults between adults in private is not unconstitutional. At para 339 the court reasoned that majority of Kenyans were opposed to same-sex sexual rights and it would open the floodgates for gay marriages if it went ahead to decriminalise consensual same-sex relationships.

60 *Republic v Steven Monjeza Soko & Tionge Chimbalanga Kachepa* Chief President Magistrate’s Court Blantyre Criminal case no 359 of 2009. At page 23 of the report Mr Usiwa Usiwa who determined the matter noted with consternation, following the majoritarian morality principle, that ‘I do not believe Malawi is ready to smile at her daughters marrying each other’.

61 *Kanane v The State* 2003 (2) BLR 64 (CA), where the court noted that the majority of the Botswana people were not ready to accept homosexuals in society.

62 Constitution Review Commission report (n 13) 656.

63 As above. See also para 5 Preamble to the African Charter adopted on 27 June 1981 and entered into force on 21 October 1986.

to the moral well-being of society.<sup>64</sup> Based on a combined reading of these two provisions, the CRC concluded that it was not possible for the African Charter, and the Constitution of Ghana to embrace sexual minority rights. The CRC observed that ‘arguably homosexuality could be an example of a situation where the desire of an individual to have sex with a person of the same sex should not be recognised as long as that practice fails to sit with the socio-cultural values of the society in which the individual finds himself’.<sup>65</sup>

The statement of the CRC, referring to African socio-cultural values as a reason to reject consensual same-sex relationships calls for deep reflection and interrogation of what these socio-cultural values are. A critique of this statement is especially relevant because, in 2015, the Executive Council of the African Union used similar sentiments to call on the African Commission on Human and Peoples’ Rights (African Commission) to consider withdrawing the Observer Status it had granted to the Coalition of African Lesbians (CAL). In a protracted application process that saw the Observer Status of CAL denied, granted and subsequently withdrawn, the AU Executive Council called on the African Commission to ‘take into account the fundamental African values, identity and good traditions, and to withdraw the observer status granted to NGOs who may attempt to impose values contrary to the African values’.<sup>66</sup>

The African Charter does not stipulate which socio-cultural values are uniquely African. While it may be difficult to decipher what values are African and whether all African countries share absolute values that make them African, Quan-Baffour<sup>67</sup> indicates what some of these values are. Using the Sankofa theory, he argues that African values include humaneness, respect for the human dignity of a person, non-discrimination and equal treatment.<sup>68</sup> Respect for human dignity is an African cultural value that is the cornerstone of all rights and held in high esteem in many cultures across Africa.<sup>69</sup> Respect for a person’s dignity requires a duty to respect a person’s most intimate, innate and private domains of their life, which includes the right to relate to and choose one’s partner.<sup>70</sup> Therefore, human dignity is not a hollow claim.

The Supreme Court of India put it succinctly when it noted that ‘life without dignity is like a sound that is not heard. Dignity speaks; it has its sound; it is natural and human’.<sup>71</sup> If sexual orientation is an innate

64 The Charter, art 29(7).

65 Constitution Review Commission report (n 13) 657.

66 Decisions of the Executive Council African Union Twenty-Seventh Ordinary Session 7-12 June 2015 Johannesburg, South Africa (n 49).

67 Quan-Baffour (n 34).

68 As above.

69 K Gyekye *African cultural values an introduction* (1996). At page 24, the author underscores the dignity and worth of the human being with a Ghanaian proverb that says, ‘all human beings are children of God; no one is a child of the earth’.

70 *Letsueletse Motshidiemang v Attorney General & LEGABIBO (Amicus Curiae)* (n 6) 79-80.

71 *Navtej Singh Johar and Others versus Union of India Thr Secretary Ministry of Law and Justice* (n 6) 84.

human quality that every human being possesses,<sup>72</sup> and criminalisation of this human quality amounts to the deprivation of their dignity,<sup>73</sup> then respect for a person's human dignity entails respect for their heterosexual or homosexual sexual orientation. Moreover, dignity is natural, human and inheres in the human being; thus, without it, a person ceases to be human. The African Charter guarantees respect for human dignity<sup>74</sup> as does the Ghanaian Constitution, which also makes this right inviolable.<sup>75</sup> It cannot, therefore, be correct to say that respect for African cultural values is irreconcilable with respect for the rights of sexual minorities. The two are not mutually exclusive, but the same thing. One does not ask a person their sexual orientation before respecting their dignity but should respect their human dignity because they are human.

In a similar vein, El-Obaid and Appiagyei-Atua argue that the portrayal of traditional African values as a reason not to offer constitutional protection of human rights is utopian and unjustified.<sup>76</sup> The authors contend that the portrayal of African socio-cultural values as 'purely communalistic, homogenous and cooperative' is misconceived.<sup>77</sup> They assert that the African Charter 'is far from a realistic reflection of human rights in Africa'.<sup>78</sup> While El-Obaid and Appiagyei-Atua's arguments do not refer to sexual minority rights, they nevertheless make significant claims regarding socio-cultural values of Africans and the foundation upon which the African human rights architecture rests. In sum, African cultural values promote respect for a person's dignity and equality. Those values acknowledge that there are individual differences in the African communitarian principle, and this may include sexual diversity and the right to relate to a person of the same-sex. Therefore, the right to relate to persons of the same sex must be respected in the same manner as we respect heterosexual relationships.

It is difficult to reconcile the position of the CRC that the duty 'to preserve and strengthen positive African cultural values in his [or her] relations with other members of the society',<sup>79</sup> equals a duty to prevent or abhor same-sex sexual relationships. The African Charter states that in order to preserve and strengthen positive African values, the individual must strive to do this 'in a spirit of tolerance, dialogue and consultation'<sup>80</sup> towards the 'moral well-being of society'.<sup>81</sup> It is difficult

72 *Letsweletse Motshidiemang v Attorney General & Legabibo (Amicus Curiae)* (n 4) 79-80.

73 Shaw (n 11) 691-693.

74 African Charter, art 5.

75 Constitution of the Republic of Ghana art 15.

76 EOA El-Obaid & K Appiagyei-Atua 'Human rights in Africa: a new perspective on linking the past to the present' (1996) 41 *McGill Law Journal* 819.

77 As above.

78 As above.

79 Constitutional Review Commission report (n 13) 656-657. See also the Charter art 29(7).

80 African Charter, art 29(7).

81 As above.



to fathom how tolerating and dialoguing with one's neighbour towards the moral well-being of society, as a duty, metamorphoses into a duty to disrespect the dignity of a person based on their sexual orientation. Moreover, this provision falls under the 'duties' section of the African Charter. The provision is, therefore, a call to duty of all Africans to remember African cultural values such as humaneness, respect for human dignity and freedom of speech in their dealings with their fellow human beings.

As argued by some scholars, at the time of drafting the African Charter, words and phrases like 'sexual orientation' were not in use, and there was no attempt by the drafters of the Charter to deny any person the benefits of the rights in the Charter based on their sexual orientation.<sup>82</sup> Therefore, interpreting the African Charter as forbidding sexual minority rights is unfounded. If there is any provision in the African Charter that attempts to limit the enjoyment of rights, it is the 'general limitation provision',<sup>83</sup> but even this does not limit the rights of sexual minorities.

In a direct analysis of the African Charter and sexual minority rights, Murray and Viljoen contend that the basis for limiting the rights under the African Charter, under the two-phased approach under article 27,<sup>84</sup> could be limited to three possible instances of 'African values, majority morality and HIV prevention'.<sup>85</sup> However, all three bases for limiting rights under the Charter are untenable. Regarding African values and culture, overwhelming evidence suggests that same-sex sexual practices existed in many cultures in Africa before colonial administrators arrived on the shores of Africa and continue to exist until today. As the authors rightly pointed out, criminalising homosexuality does not promote African values<sup>86</sup> of humaneness, respect for human dignity and freedom of expression. Besides, a human rights treaty like the African Charter and a national constitution should not be at the whim and caprice of the majority but rather interpreted to protect the minority who are often vulnerable, as India and Botswana have done recently. Further, criminalisation of same-sex sexual practices does not have any positive effect on HIV control as an overwhelming majority of infections occur 'through unprotected heterosexual sex'.<sup>87</sup> The African Commission recognised this fact when it noted that Africa had to adopt a human rights approach to addressing the issue and pay attention to vulnerable groups such as men having sex

82 Murray & Viljoen (n 9) 88.

83 Murray & Viljoen (n 9) 92; see also art 27(2) which states that 'the rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest'.

84 The two-phased approach under 27 of the African require a complainant showing a prima facie violation of the Charter rights and the perpetrator or state showing that such a violation is proportionate and does not aim to render the enjoyment of the said right illusory. See Murray & Viljoen (n 9) 92.

85 Murray & Viljoen (n 9) 93.

86 Murray & Viljoen (n 9) 93-94.

87 Murray & Viljoen (n 9) 96-97.

with men,<sup>88</sup> instead of criminalising and stigmatising these vulnerable groups.

The African Charter does not limit the rights of sexual minorities but instead protects ‘every individual’ regardless of status. There is no justification to exclude any person or group of persons from enjoying the rights under the African Charter. Taking a right to equality, and the right to privacy, derived from a combined reading of the right to life and the right to integrity, the African Charter could be argued to provide human rights protections for every person regardless of their sexual orientation.<sup>89</sup> It is therefore not possible for a person to forfeit their rights such as ‘right to a fair trial, to assemble freely, or to property merely based on sexual orientation’.<sup>90</sup>

Although the African Charter does not have a provision that explicitly provides for the protection of the rights of sexual minorities, it is essential to understand that this drafting omission occurred in the context of the time the Charter was adopted.<sup>91</sup> Just like the core human rights treaties of the UN, the African Charter also does not contain a reference to sexual orientation. That notwithstanding, all core treaties of the global human rights system arguably provide equal legal protection for LGBT persons.<sup>92</sup> There is no reason why the African Commission which interprets the African Charter, using the jurisprudence of these global treaty bodies in other aspects of human rights protections cannot do so in the case of sexual minority rights.<sup>93</sup>

The argument that the African Charter protects LGBT persons is strengthened further by the fact that the African Commission has often relied on the jurisprudence of global and regional treaty bodies. There is no bar for it to continue doing so, even concerning sexual minority rights.<sup>94</sup> Drawing from the jurisprudence of the UN, European and Inter-American human rights systems, it is impossible to hold that a person’s right to integrity, liberty or security has been curtailed simply because of their sexual orientation, as that would amount to an

88 Resolution 163 ‘Resolution on the establishment of a committee on the protection of the rights of people living with HIV (PLHIV) and those at risk, vulnerable to and affected by HIV – ACHPR /Res 163 (XLVII) 10 (May 2010).

89 Murray & Viljoen (n 9) 96-97.

90 Murray & Viljoen (n 9) 92.

91 Murray & Viljoen (n 9) 88.

92 Yogyakarta principles (n 12) 7; and Yogyakarta principles + 10 (n 12) 5, both affirm ‘existing international legal standards as they apply to all persons on grounds of their sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics’.

93 A Rudman ‘The protection against discrimination based on sexual orientation under the African human rights system’ (2015) 15 *African Human Rights Law Journal* 1 16. F Viljoen *International human rights law in Africa* (2012) 9-10, observes that human rights protection has evolved beyond the domestic sphere. There is therefore a relationship between the sub-regional, regional, and global level which make up the international level. For a discussion of the interaction between regional and global human rights systems see C Heyns & M Killander ‘Universality and the growth of regional systems’ in D Shelton (ed) *The Oxford handbook of international human rights law* (2013) 670.

94 Rudman (n 93) 13.

arbitrary deprivation of rights.<sup>95</sup> By the same logic, if a law causes someone to 'denounce that person's most intimate and private acts and thoughts, solely based on that person's sexual orientation, that would be an arbitrary infringement on that person's integrity'.<sup>96</sup>

Resolution 275 strengthens the claim that the African Charter embraces sexual minority rights by condemning violence and violations of the rights of sexual minorities.<sup>97</sup> The resolution affirms the equality, non-discrimination and respect for human dignity provisions enshrined in the African Charter.<sup>98</sup> It gives meaning to the argument that the African Charter protects everyone, including sexual minorities. Most importantly, the resolution calls on African countries to create an enabling environment for every person, including sexual minorities, to realise their full potential as human beings. An enabling environment entails repealing laws that criminalise the intimate relationships of persons be they homosexuals or heterosexuals to preserve their right to dignity<sup>99</sup> and privacy,<sup>100</sup> under the African Charter. Such an argument coincides with the philosophy of the Sankofa. While guaranteeing African values such as respect for human dignity and equality, Sankofa also implores us to go back to our past, pick aspects of our socio-cultural values such as humaneness and respect for human dignity and combine that with international human rights protections that forbid discrimination against persons based on their sexual orientation. In this regard, the Sankofa philosophy may be useful in resolving majority and minority differences. For instance, if the majority dislike same-sex sexual relationships, they are still bound by authentic cultural values such as respect for human dignity and equality of all human beings not to criminalise or violate the rights of the minority based on their sexual orientation.

## 5 THE BILL OF RIGHTS AND SEXUAL MINORITY RIGHTS IN GHANA

Apart from human rights being a core value of the Ghanaian Constitution,<sup>101</sup> chapter 5 also contains a bill of rights,<sup>102</sup> which are the

95 As above 19.

96 As above.

97 Resolution 275 (n 2).

98 African Charter arts 2, 3 and 5, respectively.

99 African Charter, art 5.

100 Even though there is no right to privacy under the Banjul Charter, a right to privacy can be derived from a combined reading of art 4 (right to life and integrity of the human person), art 5 (right to dignity) and art 6 (right to liberty and security of the person). For a solid argument in defence of this proposition see Murray & Viljoen (n 9) 90, and the guidelines for reporting under the African Charter (1989), which includes reporting on rights and duties such as the 'right to privacy'.

101 *Asare v Attorney-General* [2003-2004] SCGLR 823 829. The Supreme Court observed that the core values of the 1992 Constitution could be distilled from the bill of rights in chapter 5 and the Directive Principles of State Policy in chapter 6.

102 Constitution of the Republic of Ghana chapter 5 arts 12 to 33.

entitlement of every person in Ghana.<sup>103</sup> These rights and freedoms include the right to human dignity,<sup>104</sup> equality and freedom from discrimination on many grounds, including gender.<sup>105</sup> The Constitution states further that the arms of government, other government organs and agencies, as well as natural and legal persons must respect and uphold these rights, which are enforceable by the courts.<sup>106</sup> Chapter 6, though christened as the Directive Principles of State Policy (DPSP), also contains specific fundamental human rights provisions such as the protection of the vulnerable in society<sup>107</sup> and has been declared justiciable by the Supreme Court of Ghana.<sup>108</sup> Even though the Constitution does not mention sexual minority protections by name, it protects 'every person', which arguably includes sexual minorities. Therefore, a combined reading of chapters 5 and 6 of the Constitution provides a framework that protects the rights of every person in Ghana, including the vulnerable, mainly persons with disabilities, older persons, women, children and LGBT persons.<sup>109</sup> It is therefore inconceivable to curtail a person's freedom of speech, of association, dignity and freedom from discrimination because of their sexual orientation.

Nevertheless, the CRC report proceeds from the angle that sexual minority rights are not protected by the 1992 Constitution of Ghana, just like the African Charter. The evidence does not back this (mis)understanding of the Constitution of Ghana. The 1992 Constitution of Ghana mimics some of the rights in the African Charter. One reason which explains this is that Professor EVO Dankwa, who was a one-time Commissioner of the African Commission, was a member of the committee of experts that drafted the 1992 Constitution of Ghana.<sup>110</sup> Unsurprisingly, therefore, just like the African Charter and other international instruments that the African Charter borrows from, the Ghanaian Constitution does not mention sexual orientation. However, the global and regional instruments that the African Charter borrows from have interpreted the rights in these treaties to include

103 Constitution of the Republic of Ghana chapter 5 art 12(2).

104 art 15.

105 art 17.

106 As above art 12(1). The enforceability of fundamental human rights in Ghana has a chequered history. The apex court in Ghana in the famous *Re Akoto* case [1961] GLR 523 held that the provisions in the 1960 Constitution that offered human rights protections were not enforceable because they did not constitute a bill of rights properly so called, but merely a coronation oath sworn by the President on assuming the reins of government.

107 As above art 37(2)(b).

108 *Ghana Lotto Operators Association & others v National Lottery Authority* [2007-2008] SCGLR 1088; *New Patriotic Party v Attorney-General* (31 December case) [1993-94] 2 GLR 35, SC; *New Patriotic Party v Attorney-General* (CIBA Case) [1996-97] SCGLR 729.

109 Constitution of the Republic of Ghana art 37(2)(b) mentions 'the disabled, the aged, children, and other vulnerable groups'.

110 MG Nyarko 'The impact of the African Charter and Maputo Protocol in Ghana' in VO Ayeni (ed) *The impact of the African Charter and the Maputo Protocol in selected African states* (2016) 95.

equal legal protection of sexual minorities.<sup>111</sup> *Prima facie*, the African Charter and the 1992 Constitution do not contain provisions that refer to sexual orientation by name, but their interpretation cannot possibly leave out a person or group simply because of their sexual orientation or gender identity. The operative word in the African Charter is 'every individual'<sup>112</sup> while the 1992 Constitution of Ghana uses every person,<sup>113</sup> as criteria to enjoy the human rights provisions in the African Charter and 1992 Constitution of Ghana, respectively.

Nonetheless, the CRC surmised that the inclusion of sex or sexual orientation in a new constitution would potentially strengthen the case of those who want to argue that the Constitution protects the rights of LGBT persons.<sup>114</sup> The *Toonen* case<sup>115</sup> held that 'sex' includes 'sexual orientation'. Therefore, including 'sex' in the Constitution will allow a court to read the term as also including sexual orientation, the CRC presumed. The Ghanaian Constitution does not include 'sex' in the list of prohibited grounds. It also does not have the omnibus clause, 'other status',<sup>116</sup> that is usually found in most global, regional, and domestic laws that allow courts to include other categories of persons. However, the Constitution prohibits discrimination based on 'gender'. Indeed, gender is even more encompassing because while 'sex' only takes account of the condition of being male or female, gender goes beyond biological ascription of sex, and includes social constructions of maleness and femaleness.<sup>117</sup> This broadens the scope of protection because while some may identify as male or female at birth, the social construction of their gender may differ. Therefore, prohibiting discrimination on the grounds of gender gives a broader room for interpreting and including sexual orientation and gender identity as a deeply felt innate feeling of a person, either male or female, which may not necessarily correspond to their sex given to them at birth or even based on the person they love.<sup>118</sup>

Therefore, every person in Ghana is entitled to the fundamental human rights protections in the 1992 Constitution of Ghana. 'Every person' includes sexual minorities. A constitutional interpretation that denies protections purely based on the person's sexual orientation or

111 See for instance the Human Rights Committee decision in *Toonen v Australia* (n 2) which held that arts 2(1) and 26 of the ICCPR which prohibited discrimination on the basis of sex included sexual orientation.

112 African Charter art 2.

113 Constitution of the Republic of Ghana art 12(1).

114 Constitution Review Commission report (n 8) 653.

115 *Toonen v Australia* (n 2).

116 See for instance art 2 of the Banjul Charter that states in part that every individual is entitled to the rights in Charter without distinction including 'national and social origin, fortune, birth or other status'. Other status therefore becomes an avenue to include other groups in the Charter such as 'indigenous people'.

117 Oxford Advanced Learner's dictionary International students 9 ed defines gender as 'the fact of being male or female, especially when considered with reference to social or cultural differences, not differences in biology'.

118 Oloka-Onyango (n 3) 29, observes that 'while the right to love does not appear in any known legal document-national, regional or global- there is no doubt that it is a universal human sentiment'.

whom they have sex with is problematic. That is not what the framers of the Constitution had in mind when they designed the Constitution. The attempt of the CRC to include in its 'findings and observations', claims that the African Charter and the Ghanaian Constitution abhor sexual minority rights is, therefore, inconsistent with a purposive interpretation of the Bill of Rights and an attempt to procure an interpretation by the courts in future in agreement with this position.

In Kenya, the High Court accepted arguments that because the majority of Kenyans had rejected the protection of sexual minority rights in the 2010 Kenyan Constitution, sodomy laws were constitutional.<sup>119</sup> The statement of the CRC of Ghana appears to be another instance where a constitutional review body inserts a clause, that may be pounced upon by an opposing party, to claim that majority of the population have rejected same-sex rights protections in the constitution; therefore the Court should uphold the wishes of the majority.

Apart from making it clear that constitutional rights are the entitlement of every person, the 1992 Constitution also contains a relevant clause that ensures that apart from constitutional rights, other rights that exist in other democracies intended to uphold the dignity of the human person are also applicable.<sup>120</sup> This provision states that in addition to the rights in the Constitution, 'others not specifically mentioned which are considered to be inherent in a democracy and intended to secure the freedom and dignity of [hu]man[kind]',<sup>121</sup> are not excluded. This provision means that in interpreting the fundamental human rights provisions in the 1992 Constitution of Ghana, the Supreme Court, which is the only Court empowered to do so must take cognisance of international human rights law and foreign law.<sup>122</sup> The Court has affirmed this position and clarified the import of article 33(5) of the Constitution concerning the application of international human rights law.<sup>123</sup>

119 *EG & 7 Others v Attorney General; DKM & 9 Others (interested parties); Katiba Institute and Another* (amicus curiae) consolidated suit of Petition no 150 of 2016 and Petition no 234 of 2016 para 339. A Kenyan High Court in Nairobi held that the criminalisation of consensual same-sex sexual adults between adults in private is not unconstitutional.

120 Constitution of the Republic of Ghana, art 33(5).

121 As above.

122 *Ghana Lotto Operators Association & Others v National Lottery Authority* [2007-2008] SCGLR 1088.

123 *NPP v Attorney-General* [1996-97] (CIBA case) SCGLR 729. The court speaking through Justice Atuguba observed at page 788: 'As to the enforceability of international instruments relating to fundamental human rights, I think that the matter can easily be resolved by recourse to article 33(5) ... It cannot be contended that the principles of those instruments do not fit into this provision, and they are therefore to that extent enforceable'.

There is an ongoing debate about the dualist nature of Ghana, its application of international law, and how this impedes the recognition and application of treaties as part of domestic law in the courts of Ghana.<sup>124</sup> However, this is not the focus of the argument here. The claim I make here is for the use of international law as an interpretative tool to give effect to constitutional rights. Once Ghana has ratified a treaty, it is bound by the principle of *pacta sunt servanda*<sup>125</sup> not to do anything to jeopardise the aims and objectives of the treaty. Thus, the courts are bound to give effect to treaties that Ghana has ratified but failed to domesticate, by interpreting the bill of rights in light of these international treaties and the jurisprudence of these treaties developed by experts and expert bodies. That way, the Court will fulfil its duty of living up to its purposive interpretation of the Constitution of Ghana, paying active service to the underlying core values of the Constitution and enforcing constitutional rights.

The approach of the Supreme Court to use international treaties to interpret constitutional rights is admirable.<sup>126</sup> However, the Court must endeavour to boldly use the jurisprudence of the core human rights treaty bodies, including their decisions, General Comments and Concluding Observations to give full effect to the Bill of Rights.

Often, even though the rights in the Constitution resemble those of international treaties, they do not express or capture the meaning of

124 GEK Dzah 'Transcending dualism: Deconstructing colonial vestiges in Ghana's treaty law and practice' in M Addaney and others (eds) *Governance, human rights, and political transformation in Africa* (2020) 117. Dzah rightly argues that the dualist conception of international law impedes the realisation of treaties that confer fundamental human rights (118) and is a 'colonial inheritance that has become a pliable device in the state's toolkit' (138); EY Ako 'Rethinking the domestication of international treaties in Ghana' in RF Oppong & WK Agyebeng (eds) *A commitment to law: essays in honour of Nana Dr. Samuel Kwadwo Boaten Asante* (2016) 665 argues that with over 300 ratified treaties and no attempt to domesticate them, the courts must give effect to these treaties to protect fundamental human rights in Ghana; RF Oppong 'The High Court of Ghana declines to enforce an ECOWAS Court judgment' (2017) 25 *African Journal of International & Comparative Law* 127 critiques an Accra High Court's decision not to enforce an ECOWAS judgment based on the dualist principle; CY Nyinevi 'The making of treaties under the municipal law of Ghana: a review of the Guantanamo detainees case' (2019) 5 *Lancaster University Ghana Law Journal* 99 analyses the dualist approach of courts in Ghana and its implications for foreign relations, particularly the conclusion of treaties; EY Ako & RF Oppong 'Foreign relations law in the constitutions and courts of Commonwealth African countries' in C Bradley (ed) *The Oxford handbook of foreign relations law* (2019) 583, particularly pages 595-597 discuss the recent application of the dualist doctrine by the Supreme Court of Ghana.

125 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT); adopted on 23 May 1969 and entered into force on 27 January 1980, art 18.

126 *Mensah v Mensah* (2012) 1 SCGLR 391 relied on the Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) to declare that property acquired in the course of marriage must be shared equally; *The Republic v Eugene Baffoe-Bonnie & 4 others* Supreme Court Accra case J1/06/2018 (7 June 2018) relied on the UDHR and the ICCPR to hold that accused persons in a criminal trial are entitled to all the evidence to be relied upon by the prosecution; *Dodzie Sabbah v The Republic* Supreme Court Accra case J3/3/2012 (11 June 2015) awarded compensation to the appellant for wrongful conviction and imprisonment, citing art 14(6) of the ICCPR.

those international treaties fully. Also, the provisions in international treaties are continually going through the crucible of expert judicial interpretation through the work of experts, expert bodies, and other mechanisms, and therefore have acquired a deeper meaning. It is therefore vital to look beyond treaty provisions and adopt the jurisprudence of treaty bodies to interpret constitutional rights. The courts in Ghana must act boldly as former Chief Justice Archer did when he noted that the fact that Ghana has ratified the African Charter but not domesticated it does not mean that the Court could not apply it.<sup>127</sup>

Apart from employing international law to interpret the Constitution, there is also an invitation to the Supreme Court, by the Constitution, to use foreign law to decide matters that affect the fundamental human rights of persons in Ghana.<sup>128</sup> In this regard, as a dualist common law country, Ghana has a similar colonial history as Botswana and India, retaining colonial sodomy laws at independence.<sup>129</sup> Ghana can therefore resort to the jurisprudence of Botswana<sup>130</sup> and India,<sup>131</sup> in determining equal legal protection of the law for sexual minorities.

As noted by Killander and Adjolahoun, courts with dualist traditions in Africa, more than monist systems, use international law to vindicate the rights of citizens.<sup>132</sup> Even though the courts in Ghana have sometimes relied on dualist arguments to deny the enforcement of fundamental human rights,<sup>133</sup> the predominant approach is to use international law to interpret and protect the rights of citizens.<sup>134</sup>

127 *NPP v Inspector General of Police* [1993-94] 2 GLR 459.

128 *Ghana Lotto Operators Association & Others v National Lottery Authority* (n 108).

129 Human Rights Watch 'This alien legacy, the origins of sodomy laws in British colonialism' (2008).

130 *Letsweletse Motshidiemang v Attorney General and LeGaBibo* (amicus curiae) High Court Gaborone (11 June 2019). For the jurisprudential contribution of this case in the purposive interpretation of a national constitution, limiting the role of public opinion in judicial decisions and the claim of homosexuality as 'un-African'; see T Esterhuizen 'Decriminalisation of consensual same-sex sexual acts and the Botswana Constitution: *Letsweletse Motshidiemang v The Attorney-General (LEGABIBO as amicus curiae)*' (2019) 19 *African Human Rights Law Journal* 843.

131 *Navtej Singh Johar and Others v Union of India the Secretary Ministry of Law and Justice* (n 6).

132 M Killander & H Adjolahoun 'International law and domestic human rights litigation in Africa: an introduction' in M Killander (ed) *International law and domestic human rights litigation in Africa* (2010) 4.

133 *In the Matter of Mr Chude Mba v The Republic of Ghana* Suit No HRCM/376/15 High Court Accra (2 February 2016); RF Oppong 'The High Court of Ghana declines to enforce an ECOWAS Court judgment' (2017) 25 *African Journal of International and Comparative Law* 127.

134 EK Quansah 'An examination of the use of international law as an interpretative tool in human rights litigation in Ghana and Botswana' in M Killander (ed) *International law and domestic human rights litigation in Africa* (2010) 37; K Appiagyei-Atua 'Ghana at 50: the place of international human rights norms in the courts' in H Bonsu and others (eds) *Ghana law since independence: history, development and prospects* (2007) 179.



Quite recently, the Supreme Court has interpreted the bill of rights in the Constitution, using the ICCPR to emphasise the right to compensation for unlawful conviction and imprisonment,<sup>135</sup> right to a fair trial<sup>136</sup> and the right to an equal portion of property acquired in the course of marriage whether the spouse, in this case, the woman, contributed financially or not.<sup>137</sup>

The arguments above do not suggest that the legislature should be avoided in the quest to decriminalise sodomy laws in Ghana and Africa. As Ebobrah has convincingly argued,<sup>138</sup> this is a viable route to pursue to decriminalise consensual same-sex acts, and countries like Mozambique<sup>139</sup> Seychelles,<sup>140</sup> and most recently Gabon,<sup>141</sup> have used this route. However, in Ghana, such an option is not possible. Parliamentarians often condemn same-sex relationships, denying that it existed in any culture in Ghana and called for stricter laws to punish the act.<sup>142</sup> The current speaker of Parliament has even threatened to

- 135 *Dodzie Sabbah v The Republic* [2015] Supreme Court, Accra criminal appeal no J3/3/2012.
- 136 *The Republic v Eugene Baffoe-Bonnie and 4 others* Supreme Court Accra case no J1/06/2018 (7 June 2018). Speaking about the bill of rights in the Constitution of Ghana the court noted at page 3 of the judgment 'Our Chapter 5 on Fundamental Human Rights and Freedoms is a direct incorporation of the international bill of rights based on universal human rights and freedoms contained in the UDHR. Our article 19 which reflects article 10 of the UDHR is in pari materia with article 14 of CCPR'.
- 137 *Mensah v Mensah* [2012] 1 SCGLR 391 where the Supreme Court relied on the provisions of Convention on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW) to determine for the first time in Ghanaian family law jurisprudence that a woman is entitled to an equal share of property acquired in the course of marriage
- 138 ST Ebobrah 'Africanising human rights in the 21st century: gay rights, African values and the dilemma of the African legislator' (2012) 1 *International Human Rights Law Review* 110. Ebobrah argues further at page 132 that in view of the dilemma that the African Parliament faces, the courts provide the best option for decriminalisation of consensual same-sex acts in Africa.
- 139 In June 2014, the Parliament of Mozambique decriminalised law arts 70 & 71 of the penal code of 1886 that criminalised the act of persons who 'habitually practised vices against nature' through law 35/2014, which came into effect in June 2015.
- 140 In July 2016 Seychelles decriminalised section 151(a) & (c) of its 1955 penal code that criminalised 'carnal knowledge of any person against the order of nature'. See ILGA World: LR Mendos, 'State-Sponsored Homophobia 2019: Global Legislation Overview Update' (2019) 32.
- 141 'Gabon senate votes to decriminalise homosexuality' GhanaWeb African news of Monday 29 June 2020, available at <https://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/NewsArchive/Gabon-senate-votes-to-decriminalise-homosexuality-993622> (accessed 6 August 2020).
- 142 'Homosexuals could soon be lynched in Ghana-MP warns' <http://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/NewsArchive/Homosexuals-could-soon-be-lynched-in-Ghana-MP-warns-211415> (accessed 30 June 2017); 'I will resign over amendments to accept gayism – Speaker of Parliament' Edmund Smith-Asante Graphic online 10 May 2018 available at <https://www.graphic.com.gh/news/politics/i-d-resign-than-preside-over-gay-debate-speaker-of-parliament.html> (accessed 24 October 2019); 'Parliament has spoken the gay question is settled' Dr A Osei GhanaWeb 20 June 2018, available at <https://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/features/Parliament-has-spoken-the-gay-question-is-settled-661629> (accessed 6 August 2020).

resign his position than preside over any attempt to enact a law in Parliament to protect sexual minority rights.<sup>143</sup> The courts, therefore, represent the most viable option to decriminalise the offence of ‘unnatural carnal knowledge’ in Ghana.

## 6 CONCLUSION

The domestication of the African Charter in Ghana should bring hope and joy to every person or group of persons because it is a human rights treaty that is supposed to protect the rights of every individual regardless of their sexual orientation. Sankofa, as a philosophy and framework situated in Akan symbolism and philosophical thought, implores Ghanaians to embrace their history, culture and traditions of humaneness, respect for human dignity and freedom of expression that accepted same-sex sexual relationships. The rights to human dignity, non-discrimination and respect for individual autonomy are virtues embedded in the Akan and Ghanaian conception of fundamental human rights. Therefore, just like the Sankofa bird, there is the need to borrow from the past, to inform the present. The conception of rights in the pre-colonial past should embrace current and future constitutional rights, international law and foreign laws that protect the right to dignity of every person in the Ghanaian society.

In this regard, the African Charter is a genuinely relevant guide. Though it does not expressly mention sexual orientation and gender identity, it indeed protects the rights of everyone regardless of their sexuality and gender. Resolution 275 of the African Commission gives credence to this view which urges African countries to condemn violence against sexual minorities, investigate instances of such violations, and create an enabling environment for the realisation of the rights of everyone including sexual minorities. The rights to equality, non-discrimination and dignity of the human person brings everyone within the meaning and cover of fundamental human rights within the treaty. The Ghanaian Constitution follows a similar path. International human rights law and foreign law complement the rights in the Constitution to protect the rights of every person regardless of their sexual orientation. The courts in Ghana have to interpret the African Charter and the Constitution of Ghana, using the jurisprudence of treaty bodies that define and clarify these rights to cover the rights of sexual minorities. If followed, such an approach represents hope and fulfilment of the human rights promise for all persons, including sexual minorities in Ghana and elsewhere in Africa.

143 ‘I will resign over amendments to accept gayism- Speaker of Parliament’ Edmund Smith-Asante Graphic online 10 May 2018, available at <https://www.graphic.com.gh/news/politics/i-d-resign-than-preside-over-gay-debate-speaker-of-parliament.html> (accessed 24 October 2019).

# Le droit saisi d'en-bas: les frémissements des droits des Pygmées sur leurs forêts ancestrales en République démocratique du Congo

*Patient Lwango Mirindi* \*

<https://orcid.org/0000-0003-4448-891X>

**RÉSUMÉ:** Dans plusieurs provinces de la République démocratique du Congo, les Pygmées ont été expulsés de leurs forêts ancestrales par l'Etat, qui a érigé ces forêts en aires protégées. Ces expulsions ont été faites en violation des droits des Pygmées sur leurs forêts ancestrales, tels que ces droits découlent de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Le préjudice subi par les Pygmées n'a pas encore été réparé jusqu'à ce jour. La présente contribution s'appuie sur l'analyse de décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Elle se réfère également à des textes juridiques internes et à la pratique étatique en République démocratique du Congo. Dans ses résultats, la contribution montre que la reconnaissance des droits des Pygmées se heurte à plusieurs obstacles dans ce pays. Cependant, une tendance vers cette reconnaissance est en train d'émerger grâce au travail des parlements provinciaux et à travers certaines décisions de justice. Cette tendance doit être consolidée au plan légal et par les juges. Elle doit inclure la restitution des forêts aux Pygmées, l'adoption d'un modèle de conservation de la nature plus favorable aux Pygmées et la consécration légale de l'obligation pour l'Etat d'obtenir le consentement libre, préalable et éclairé des Pygmées avant d'ériger leurs forêts ancestrales en aires protégées.

## TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

### **Right seized from below: thoughts about the rights of the Pygmy peoples to their ancestral land and forests in the Democratic Republic of Congo**

**Abstract:** In several provinces of the Democratic Republic of Congo, the Pygmy peoples have been evicted from their ancestral forests by the state, which turned these forests into protected areas. These evictions were done in violation of the rights of the Pygmy peoples over their ancestral forests, as these rights derive from the African Charter on Human and Peoples' Rights. The wrong suffered by the Pygmy peoples has not been remedied so far. This article is based on the analysis of decisions of the African Court on Human and Peoples' Rights, as well as of the African Commission on Human and Peoples' Rights. It also refers to laws and to state practice in the Democratic Republic of Congo. In its findings, the article shows that the recognition of the rights of the Pygmy peoples faces several obstacles in that country. However, a trend towards that recognition is emerging through the work of provincial parliaments and in some court decisions.

\* Docteur en sciences juridiques de la Vrije Universiteit Brussel (Belgique); titulaire d'un Diplôme d'études supérieures spécialisées en droits de l'homme et droit international humanitaire de l'Université catholique de Bukavu et d'une Licence en droit de l'Université de Kinshasa (République démocratique du Congo). Professeur à l'Université officielle de Bukavu et à l'Université catholique de Bukavu; Avocat au Barreau du Sud-Kivu (République démocratique du Congo); [pmlwango@yahoo.fr](mailto:pmlwango@yahoo.fr)

This trend must be consolidated through legislation and by the courts. It should include restitution of the forests to the Pygmy peoples, the adoption of a nature conservation model that is more favourable to the Pygmy peoples and the legal recognition of the state obligation to obtain free, prior and informed consent of the Pygmy peoples before turning their ancestral forests into protected areas.

**MOTS CLÉS:** Pygmées, peuple autochtone, forêts ancestrales, consentement libre, préalable et informé

## SOMMAIRE:

1	Introduction.....	123
2	Les droits des Pygmées de RDC sur leurs forêts à la lumière du travail de la Commission et de la Cour africaine.....	127
2.1	Les Pygmées de RDC comme peuple autochtone d'Afrique.....	127
2.2	Les conséquences par rapport à la souveraineté de l'Etat.....	129
3	La nécessité de mettre fin aux obstacles à la reconnaissance des droits des Pygmées et à la restitution de leurs forêts ancestrales.....	133
3.1	Au plan juridique et judiciaire.....	133
3.2	En ce qui concerne la perception des droits des Pygmées et la vision de la conservation de la nature.....	140
4	Conclusion.....	142

## 1 INTRODUCTION

A l'instar de plusieurs pays africains à population multi-ethnique,<sup>1</sup> la République démocratique du Congo (RDC) a une population composée de plusieurs groupes, parmi lesquels figurent les Pygmées. Au plan africain, l'identification des Pygmées a été faite d'abord à partir de caractéristiques physiques ou morphologiques (notamment la petite taille) et ensuite d'éléments liés au mode et au milieu de vie.<sup>2</sup> Sous l'appellation Pygmée, bien que cette dernière soit parfois perçue comme péjorative,<sup>3</sup> on regroupe «un ensemble hétérogène de groupes ethniques dispersés, tous vivant dans le bassin congolais ... mais différant pourtant physiquement, génétiquement, linguistiquement et culturellement».<sup>4</sup> Les Pygmées s'identifient ou sont identifiés sous différentes appellations: (Ba)Kola et Bedzan au Cameroun; Baka au Cameroun, en République du Congo (Congo Brazzaville) et au Gabon; (Ba)Rimba et (Ba)Bongo au Gabon; (Ba)Koya au Gabon et au Congo Brazzaville; Mikaya au Congo Brazzaville; (Ba)Aka en République centrafricaine et au Congo Brazzaville; (Ba)Twa, (Ba)Cwa, (Ba)Tembo,

1 D Shelton 'Self-determination in regional human rights law: from Kosovo to Cameroon' (2011) 105 *American Journal of International Law* 64; D Rosenberg 'Article 21, § 1' in M Kamto *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article* (2011) 524-529; NJ Udombana 'The unfinished business: conflicts, the African union and the new partnership for Africa's development' (2003) 35 *George Washington International Law Review* 88-89.

2 M Robillard & S Bahuchet 'Les Pygmées et les autres: terminologie, catégorisation et politique' (2012) 82 *Journal des africanistes* <http://journals.openedition.org/africanistes/4253> (consulté le 25 septembre 2020); F Alain 'Adaptation biologique et variation dans l'espèce humaine: le cas des Pygmées d'Afrique' (1993) 5 *Bulletins et Mémoires de la Société d'Anthropologie de Paris* 418.

3 Robillard & Bahuchet (n 2).

4 Robillard & Bahuchet (n 2).

(Ba)Rhwa, (Ba)Sua, Asua, Efe en RDC; (Ba)Twa au Rwanda et au Burundi.<sup>5</sup> Ils seraient les premiers habitants de la région des grands lacs africains, dont fait partie la RDC, où ils furent rejoints plus tard par des agriculteurs et des fermiers-éleveurs.<sup>6</sup>

En RDC, le mode de vie des Pygmées est étroitement lié aux forêts.<sup>7</sup> En effet, dans ce pays, la forêt constitue l'habitat naturel de nombreuses communautés Pygmées.<sup>8</sup> Et grâce à leurs pratiques traditionnelles, les Pygmées ont contribué au maintien et à la conservation des écosystèmes forestiers.<sup>9</sup> Malgré cet apport, l'Etat les a expulsés de plusieurs forêts où ils vivaient, afin d'ériger ces forêts en réserves naturelles ayant pour but la conservation de la nature et excluant la présence et l'activité humaines.<sup>10</sup> Tel fut le cas du Parc national de Kahuzi-Biega (PNKB), situé dans la province du Sud-Kivu (Est de la RDC), et dont la création remonte à l'époque coloniale en tant que

- 5 Robillard & Bahuchet (n 2), voir également AK Barume 'Le nouveau code forestier congolais et les droits des communautés des forêts.' Atelier sur le Processus de mise en œuvre du Code Forestier de la République démocratique du Congo et de ses normes d'application (2003) 4.
- 6 Foyer de Développement pour l'Autopromotion des Pygmées et Indigènes Défavorisés (FDAPYD – Hope Indigenous peoples) et autres 'Les peuples autochtones en RDC: L'injustice des multiples formes de discrimination' *Rapport d'ONG de peuples autochtones Pygmées Examen Périodique Universel de la République Démocratique du Congo (2014)* (Septembre 2013) <https://www.gitpa.org/web/RAPPORT%20ALTERNATIF%20UPR%20ONG%20PEUPLES%20AUTOCHTONES%20RDC.pdf> (consulté le 25 septembre 2020) para 8.
- 7 En vertu de l'article 26 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, ces derniers ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement. Les forêts figurent parmi les dites ressources. En ce qui concerne les Pygmées de RDC, nous utilisons l'expression forêts ancestrales pour traduire, outre la propriété collective de la forêt, le lien intergénérationnel unissant les Pygmées à la forêt.
- 8 Actions pour les Droits, l'Environnement et la Vie (ADEV) et autres 'Rapport alternatif aux 11e, 12e, et 13e Rapports périodiques combinés du gouvernement de la République démocratique du Congo sur la mise en œuvre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que le rapport initial et les 1er, 2e, et 3e Rapports périodiques combinés sur la mise en œuvre du protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes présenté à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples lors de la 61ème session ordinaire' (novembre 2017) 8 et 11 <https://www.forestpeoples.org/sites/default/files/documents/RAPPORT%20ALTERNATIF%20AUX%2011e%2012e%20et%2013e%20rapports%20periodiques%20de%20la%20RDC%20-%20Novembre%202017.pdf> (consulté le 25 septembre 2020).
- 9 La Dynamique des Groupes des Peuples Autochtones (DGPA) et autres 'SOS pour le peuple oublié: Etat des lieux de la situation des violations des droits des peuples autochtones Pygmées en RDC' *Rapport des Organisations Non Gouvernementales de promotion et de défense des droits des peuples Autochtones Pygmées en RDC Examen Périodique Universel de la République Démocratique du Congo 3ème Cycle (2019)* (Septembre 2018) [https://www.upr-info.org/sites/default/files/document/congo\\_democratic\\_republic/session\\_33\\_-\\_may\\_2019/rapport\\_alternatif\\_peuples\\_autochtones\\_epu\\_-\\_rdc\\_2018.pdf](https://www.upr-info.org/sites/default/files/document/congo_democratic_republic/session_33_-_may_2019/rapport_alternatif_peuples_autochtones_epu_-_rdc_2018.pdf) (consulté le 25 septembre 2020) 8.
- 10 C Shalukoma 'La participation des populations Pygmées à la conservation dans le parc national de Kahuzi-Biega (République démocratique du Congo)' in A Fournier et autres (dirs) *Quelles aires protégées pour l'Afrique de l'Ouest? Conservation de la biodiversité et développement* (2007) 438.

réserve zoologique et forestière.<sup>11</sup> Il fut érigé en parc national après l'indépendance du pays,<sup>12</sup> puis sa superficie a été augmentée en y intégrant des forêts occupées par des communautés Pygmées.<sup>13</sup> Ces dernières en ont été expulsées sans avoir été consultées;<sup>14</sup> sans avoir donné leur consentement libre, préalable et éclairé,<sup>15</sup> et sans indemnisation ni compensation.<sup>16</sup> C'est également le cas de la Réserve naturelle d'Itombwe (RNI), dans la même province, dont la création en 2006<sup>17</sup> «n'a tenu aucun compte des desiderata des populations qui vivent dans la zone concernée, alors que leur avis avait été explicitement sollicité afin d'obtenir leur adhésion à une gestion participative».<sup>18</sup>

La même situation s'est produite dans d'autres provinces du pays, comme dans l'ex-Equateur où la réserve naturelle de Tumba-Lediima a été créée sans consultation des communautés affectées ni leur consentement; dans l'ex-Kasaï occidental où la création du Parc national de la Salonga en 1972 a entraîné le refoulement sans indemnisation des populations qui y vivaient — dont des Pygmées — et leur cantonnement dans les villages à la lisière de ce parc.<sup>19</sup> En remontant plus loin dans le temps, on peut citer la création du Parc des

- 11 Ordonnance-loi 81/Agri du 27 juillet 1937, abrogée par l'Ordonnance-loi 52/201 du 14 juin 1950. Avant la création de cette réserve, les Pygmées y vivaient de la chasse, de la cueillette et du ramassage. Voir KD Mutimanwa 'La situation des Bambuti-Batwa et le Parc national de Kahuzi-Biega: le cas des peuple Barhwa et Babuluko du PNKB, République démocratique du Congo' in Forest Peoples Programme *Les peuples autochtones et les aires protégées en Afrique-du principe à la pratique. Étude de cas No 2: République démocratique du Congo* (2001) 90.
- 12 Ordonnance-loi 70/316 du 30 novembre 1970, portant création du PNKB.
- 13 Ordonnance 75-238 du 22 juillet 1975 portant modification des limites du PNKB, qui a multiplié la superficie du Parc de 60 000 ha à 600 000 ha.
- 14 EM Mudinga et autres 'Analyse critique du processus de cogestion du parc national de Kahuzi-Biega en République démocratique du Congo' (2013) 17 *Revue électronique en sciences de l'environnement*.
- 15 'Le droit au consentement libre, préalable et éclairé (CLIP) protège les peuples autochtones contre la perte de leur mode de vie, culture et identité en tant que peuple en reconnaissant leur droit de donner ou de refuser d'accorder leur consentement relativement aux projets et mesures qui peuvent affecter les terres qu'ils possèdent traditionnellement, occupent ou utilisent. Le CLIP est un processus qui implique des consultations éclairées et non-coercitives, des discussions, négociations et des rencontres et qui permet aux peuples autochtones de parvenir à un consensus et de prendre des décisions selon leurs systèmes coutumiers de prise de décisions'. Foyer de Développement pour l'Autopromotion des Pygmées et Indigènes Défavorisés (FDAPYD – Hope Indigenous peoples) et autres (n 6) para 12.
- 16 Mutimanwa (n 11) 95.
- 17 Arrêté ministériel 038/CAB/MIN/ECN-EF/2006 du 11 octobre 2006 portant création d'une réserve naturelle dénommée Réserve naturelle d'Itombwe 'RNI'.
- 18 D de Failly & J-M Bantu *La forêt d'Itombwe: enjeux socio-économiques et conservation de la nature en contexte congolais* (2010) 3 [http://www.almedio.fr/uploads/media/ECADIM\\_RDC.pdf](http://www.almedio.fr/uploads/media/ECADIM_RDC.pdf) (consulté le 21 juillet 2020).
- 19 A Corriveau-Bourque et autres *Etude de Référence sur la Tenure en République démocratique du Congo. Synthèse Provinciale* (2019) 11-12.

Virunga en 1925 au détriment des Pygmées qui vivaient dans la zone, dans l'actuelle province du Nord-Kivu.<sup>20</sup>

Toutes ces décisions ont eu pour conséquence «d'exacerber l'appauvrissement des communautés forestières, et ironiquement, d'exclure ou de restreindre l'accès des personnes qui, par tradition, ont su habiter durablement dans ces forêts».<sup>21</sup> Elles ont entraîné la perte du mode de vie et de la culture traditionnels des Pygmées concernés, qui depuis lors vivent dans des conditions précaires, de pauvreté et de vulnérabilité.<sup>22</sup> Ces décisions constituent des violations des droits des Pygmées au développement, à l'autodétermination et à la libre disposition de leurs forêts ancestrales, garantis respectivement par les articles 22, 20(1) et 21 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte africaine).<sup>23</sup> Ces violations n'ont jamais été réparées par l'Etat. C'est pourquoi il est important d'envisager les voies de cette réparation, d'autant plus que la RDC a ratifié depuis le 20 juillet 1987 la Charte précitée<sup>24</sup> et doit en respecter les normes.

Les avancées dans la reconnaissance des droits des Pygmées sur leurs forêts ancestrales et les obstacles à cette reconnaissance ont été relevées dans des travaux antérieurs à la présente contribution.<sup>25</sup> En guise d'avancées, il a été noté le dépôt à l'Assemblée nationale, depuis le mois de juillet 2014, d'une proposition de loi organique portant principes fondamentaux relatifs aux droits des peuples autochtones Pygmées en RDC par un collectif de députés; mais surtout la promulgation de l'édit No 011/2018 du 5 juin 2018 portant promotion et protection des droits des peuples autochtones Batwa dans la province de Mai-Ndombe.<sup>26</sup> Mais les lacunes de ces textes n'ont pas été mises en évidence, aspect que nous comptons examiner ici. Concernant les obstacles, il a été indiqué que les Pygmées n'ont pas accès à la justice car leurs plaintes «font rarement l'objet d'une enquête par l'appareil judiciaire et ce dernier est ... parfois négativement biaisé contre les

20 Foyer de Développement pour l'Autopromotion des Pygmées et Indigènes Défavorisés (FDAPYD-Hope Indigenous peoples) et autres (n 6) para 11. Dans la même province du Nord-Kivu, le Ministre de l'Environnement, Conservation de la Nature, Eaux et Forêts a signé en 2006 un arrêté instituant la Réserve des Primates de Kisimba-Ikobo (RPKI) à Pinga, sans consultation des communautés et explication à elles données sur les impacts potentiels de cette réserve sur les moyens d'existence des communautés affectées. Voir Actions pour les Droits, l'Environnement et la Vie (ADEV) et autres (n 8) 7-8.

21 Actions pour les Droits, l'Environnement et la Vie (ADEV) et autres (n 8) 8.

22 Foyer de Développement pour l'Autopromotion des Pygmées et Indigènes Défavorisés (FDAPYD-Hope Indigenous peoples) et autres (n 6) para 13.

23 Actions pour les Droits, l'Environnement et la Vie (ADEV) et autres (n 8) 19.

24 Union africaine *Liste des pays qui ont signé, ratifié/adhéré. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* <http://au.int/en/sites/default/files/African%20Charter%20on%20Human%20and%20Peoples%20Rights.pdf> (consulté le 3 décembre 2014).

25 La Dynamique des Groupes des Peuples Autochtones (DGPA) et autres (n 9); Foyer de Développement pour l'Autopromotion des Pygmées et Indigènes Défavorisés (FDAPYD-Hope Indigenous peoples) et autres (n 6); Mutimanwa (n 11); de Faily & Bantu (n 18); Mudinga et autres (n 14); Barume (n 5).

26 La Dynamique des Groupes des Peuples Autochtones (DGPA) et autres (n 9) 10.

peuples autochtones». <sup>27</sup> Nous entendons nuancer cette affirmation en démontrant une timide prise en compte des droits des Pygmées sur leurs forêts ancestrales en justice. Nous soutenons également que pour réparer les préjudices qu'il a causés aux Pygmées, l'État congolais doit supprimer les obstacles actuels à la reconnaissance des droits spécifiques des Pygmées sur leurs forêts ancestrales, restituer aux Pygmées lesdites forêts et adopter un modèle de conservation de la nature qui ne soit pas défavorable aux Pygmées.

Pour ce faire, deux préoccupations vont nous guider et justifient la subdivision de notre analyse. D'abord, il s'agira, en partant de la jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour africaine) et de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission africaine), de préciser le rapport entre les droits des Pygmées de RDC sur leurs forêts ancestrales et la souveraineté de l'État. Ensuite, nous envisagerons ce que doit faire l'État congolais pour rétablir les Pygmées dans leurs droits sur leurs forêts ancestrales.

## **2 LES DROITS DES PYGMÉES DE RDC SUR LEURS FORÊTS À LA LUMIÈRE DU TRAVAIL DE LA COUR AFRICAINE ET DE LA COMMISSION AFRICAINE**

Le principe de souveraineté permanente de l'État sur ses ressources naturelles «revêt le caractère d'un principe de droit international coutumier». <sup>28</sup> L'exercice de cette souveraineté doit tenir compte des droits des peuples, dont ceux des Pygmées.

### **2.1 Les Pygmées de RDC comme peuple autochtone d'Afrique**

Au plan universel, les peuples autochtones ont été définis en tenant compte de plusieurs critères qui sont leur auto-identification comme peuple autochtone, la relation particulière qu'ils entretiennent avec leurs terres et les ressources de ces terres, leur ascendance commune, leur continuité historique avec les sociétés qui se sont développées sur un territoire donné avant la domination coloniale, leur spécificité culturelle — langue, organisation sociale, religion, valeurs spirituelles, modes de production, droits et institutions propres — leur volonté de

27 Foyer de Développement pour l'Autopromotion des Pygmées et Indigènes Défavorisés (FDAPYD-Hope Indigenous peoples) et autres (n 6) para 7.

28 *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* CIJ (19 décembre 2005) (2005) Recueil 251 para 244.



préserver cette spécificité, leur position non dominante dans la société où ils vivent.<sup>29</sup>

Pour sa part, grâce au travail de ses experts,<sup>30</sup> la Commission africaine a précisé les critères permettant d'identifier un peuple autochtone en Afrique. Elle a insisté non pas sur l'antériorité historique dans l'occupation du continent, mais plutôt sur la différence de culture entre les peuples autochtones et les autres groupes qui forment la majorité de la population des États africains; ainsi que sur la position non dominante et la discrimination dont sont souvent victimes les peuples autochtones. Au vu de ces critères, elle a adopté les caractéristiques ci-après pour les peuples autochtones d'Afrique: leurs cultures et modes de vie diffèrent considérablement des groupes dominants dans la société; leurs cultures sont menacées, au point de l'extinction dans certains cas; la survie de leurs modes de vie particuliers dépend de la reconnaissance de leurs droits et de l'accès à leurs terres et à leurs ressources naturelles traditionnelles; ils souffrent de discrimination dans la mesure où ils sont considérés comme moins développés et moins avancés que les autres groupes plus dominants de la société; ils vivent souvent dans des zones inaccessibles, géographiquement isolées, et souffrent de diverses formes de marginalisation tant politique que sociale; ils font souvent l'objet de domination et d'exploitation à l'intérieur des structures politiques et économiques communément conçues pour refléter les intérêts et les activités de la majorité nationale. Cette discrimination, cette domination et cette marginalisation constituent une violation de leurs droits humains en tant que peuples/communautés, menacent la pérennité de leurs cultures et de leurs modes de vie et les empêchent de participer véritablement à la prise des décisions sur leur avenir et leurs formes de développement.<sup>31</sup>

La situation des Pygmées en RDC ressemble à celle décrite ci-haut. En effet, de manière unanime, des auteurs et des rapports décrivent ce qui suit à leur sujet: leur mode de vie est particulier car lié à la forêt, ils

29 United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights 'Working Paper by the Chairperson-Rapporteur Mrs. Erica-Irene A. Daes on the concept of indigenous people' 14ème Session UN Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2 (1996) 22, para 69. Ces caractéristiques se réfèrent à la définition généralement admise des peuples autochtones, formulée dans José R. Martínez Cobo, 'Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones' *Volume V. Conclusions, propositions et recommandations* Document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (1987) 31-32, para 379-382. Dans le même sens, voir International Law Association 'Sofia Conference Rights of indigenous peoples' (2012) *Final Report* 2-3 <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024> (consulté le 16 novembre 2014). Voir enfin l'article 1er de la Convention No 169 de l'Organisation internationale du travail.

30 Il s'agit du Comité de trois Commissaires chargés d'approfondir l'examen de la question des peuples autochtones en Afrique et de formuler un avis en conséquence; et du Groupe de Travail composé d'experts sur les droits des communautés indigènes ou ethniques en Afrique, ayant, entre autres missions, celle d'examiner le concept de peuples et communautés indigènes en Afrique, d'étudier les implications de la Charte africaine sur le bien-être des communautés autochtones. Voir Résolution sur les Droits des Peuples/Communautés Indigènes en Afrique-CADHP/Res.51(XXVIII)00 <https://www.achpr.org/fr/sessions/resolutions?id=56> (consulté le 29 juillet 2020).

ne sont pas représentés dans les structures de prise de décision, leurs droits fonciers ne sont reconnus ni par la loi ni par les coutumes locales, leur discrimination et leur marginalisation notamment dans l'accès aux ressources de chasse et de pêche souvent contrôlées par des membres de communautés non-Pygmées, le risque de disparition de leur mode de vie et de leur culture en général suite à la perte de leurs forêts.<sup>32</sup>

C'est donc à juste titre que la Commission africaine a placé les Pygmées, dont ceux de RDC, dans la catégorie des peuples autochtones d'Afrique.<sup>33</sup> L'étape suivante fut la précision des droits de ces derniers.

## 2.2 Les conséquences sur la souveraineté de l'État

Comme les Endorois et les Ogiek, les Pygmées font partie des peuples autochtones d'Afrique. Le rapport entre leurs droits sur leurs ressources naturelles et la souveraineté des États où ils se trouvent a été précisé par la Commission africaine dans l'affaire concernant les Endorois, puis par la Cour africaine dans l'affaire concernant les Ogiek. Les conclusions de ces deux organes valent pour la RDC.

### 2.2.1 Le cas des Endorois contre le Kenya<sup>34</sup>

Les Endorois forment une communauté pastorale qui vit dans la région de la *Rift Valley* au Kenya. Dans cette affaire, la Commission africaine a recouru pour la première fois au droit des peuples autochtones pour décider en faveur d'un peuple en Afrique.<sup>35</sup> En effet, en appliquant les articles 60 et 61 de la Charte africaine, elle s'est inspirée de la

- 31 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples & International Work Group For Indigenous Affairs 'Rapport du Groupe de Travail d'experts de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur les populations/ communautés autochtones' (2005) 99-100, ci-après Rapport du Groupe de Travail de la Commission africaine. Voir également Résolution sur l'Adoption du Rapport du Groupe de Travail de la Commission africaine sur les Populations/ Communautés Autochtones-CADHP/Res.65(XXXIV)03 [https://www.achpr.org/fr\\_sessions/resolutions?id=70](https://www.achpr.org/fr_sessions/resolutions?id=70) (consulté le 29 juillet 2020); International Work Group For Indigenous Affairs 'Peuples autochtones d'Afrique: les peuples oubliés? Travail de la commission africaine sur les peuples autochtones d'Afrique' (2006) [http://www.iwgia.org/iwgia\\_files\\_publications\\_files/AfricanCommissionSummaryversionFRE.pdf](http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/AfricanCommissionSummaryversionFRE.pdf) (consulté le 9 janvier 2014).
- 32 La Dynamique des Groupes des Peuples Autochtones (DGPA) et autres (n 9) 10 para 33; Foyer de Développement pour l'Autopromotion des Pygmées et Indigènes Défavorisés (FDAPYD-Hope Indigenous peoples) et autres (n 6); Actions pour les Droits, l'Environnement et la Vie (ADEV) et autres (n 8) 7-8; T Trefon 'Gouvernance forestière au Congo: le règne de la corruption?' (2011) 17 *Anti-Corruption Resource Center Brief* 3; A Corriveau-Bourque et autres (n 18) 9, 15 et 19; C Lang 'Vers un nouveau modèle de conservation de la nature?' (2017) *Conservation Watch*; Mudinga et autres (n 14) para 13; de Faily & Bantu (n 18) 3.
- 33 Rapport du Groupe de Travail de la Commission africaine 10-11.
- 34 *Centre for Minority Rights Development & Others c. Kenya* (2009) AHRLR 75 (ACHPR 2009) (Affaire Endorois).
- 35 J Gilbert 'Indigenous peoples' human rights in Africa: the pragmatic revolution of the African Commission on Human and Peoples' Rights' (2011) 60(1) *International and Comparative Law Quarterly* 248.

jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>36</sup> pour établir que les Endorois sont propriétaires de leur terre ancestrale; que l'Etat a le devoir d'évaluer si la restriction du droit de propriété des Endorois, par la création d'une réserve naturelle et l'octroi de concessions d'exploitation de rubis, est nécessaire pour assurer la survie des Endorois.<sup>37</sup>

Rappelant qu'elle avait déjà eu à préciser qu'un peuple habitant une région spécifique dans un Etat peut prétendre à la protection de l'article 21 de la Charte africaine,<sup>38</sup> la Commission africaine a estimé que les Endorois ont le droit de disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Elle a ensuite estimé que leur expulsion de la région du Lac Bogoria les a privés du droit de contrôler et d'user des ressources naturelles de leur terre ancestrale, et que cela équivaut à une violation de l'article 21 de la Charte africaine.<sup>39</sup> Il en découle qu'en tant que peuples autochtones, les Pygmées de RDC sont propriétaires de leurs terres et forêts ancestrales, en vertu de l'article 14 de la Charte africaine.

Concernant le rapport entre le droit de propriété des peuples autochtones et la souveraineté de l'Etat, la Commission africaine a noté que ce droit de propriété n'exclut pas la possibilité de restriction de la part de l'Etat. Mais cette restriction doit être conforme aux lois en vigueur, décidée dans l'intérêt public ou dans l'intérêt général de la communauté concernée, nécessaire pour assurer la survie de ladite communauté et elle ne doit pas affecter les autres ressources naturelles nécessaires à la survie de cette communauté.<sup>40</sup>

36 Notamment dans les affaires ci-après: *Saramaka People c. Suriname* IACHR (12 août 2008) Series C 172; *Yakye Axa Indigenous Community c. Paraguay* IACHR (17 juin 2005) Series C 125; *Sawhoyamaya Indigenous Community c. Paraguay* IACHR (29 mars 2006), [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec/146\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec/146_ing.pdf) (consulté le 27 novembre 2013).

37 Affaire *Endorois* para 184, 187, 256-268.

38 *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Another c. Nigeria* (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001) para 267. Comme le souligne Shelton, le droit de disposer des ressources naturelles a été, dans cette affaire, appliqué à un groupe identifiable à l'intérieur d'un Etat africain, à savoir le peuple Ogoni du Nigeria. Voir Shelton (n 1) 64. Cependant, a remarqué Onyango, la Commission a procédé de la sorte sans dire à quelle catégorie de peuple il faut rattacher les Ogoni (minorités ou peuple autochtone). Voir J Oloka-Onyango 'Reinforcing marginalized rights in an age of globalization: international mechanisms, non-state actors, and the struggle for peoples' rights in Africa' (2003) 18 *American University International Law Review* 891. Dans le cas des Endorois, le cap est franchi: la Commission africaine reconnaît qu'ils sont non seulement un peuple bénéficiant de la protection offerte par les droits collectifs prévus par la Charte africaine, mais surtout qu'ils constituent un peuple autochtone. Voir affaire *Endorois* para 162.

39 Affaire *Endorois* para 268. De manière implicite, la Commission africaine affirme ici que les Endorois ont été victimes de spoliation de la part de l'Etat.

40 *Ibid.* para 264, 266-268. Gilbert note que pour la Commission africaine les croyances des Endorois constituent une religion et que, en considérant l'accès à leurs terres comme faisant partie de la liberté de ce peuple de pratiquer sa religion (liberté protégée par la Charte africaine), la Commission africaine a fourni un apport important aux droits des peuples autochtones en liant l'accès à la terre et la liberté de religion. Gilbert (n 35) 256.

L'élément le plus important qui nous concerne ici est que la Commission africaine a précisé que lorsqu'un projet envisagé a un impact sur les terres des peuples autochtones, l'Etat a le devoir non seulement de consulter ces peuples, mais aussi d'obtenir leur consentement libre, préalable et informé (c'est-à-dire en connaissance de cause) dudit projet; et cela en conformité avec leurs coutumes et traditions.<sup>41</sup> Enfin, l'Etat doit s'assurer que la communauté autochtone affectée soit indemnisée et bénéficie du projet envisagé.<sup>42</sup>

Ayant ratifié la Charte africaine, la RDC doit consulter les Pygmées se trouvant sur son sol et obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé avant de décider de la création des réserves naturelles. En ne l'ayant pas fait, la RDC ne s'est pas conformée à ses obligations en vertu de ladite Charte.

En conséquence, à l'instar du Kenya, la RDC doit reconnaître le droit de propriété des Pygmées sur leurs forêts et les leur restituer, tout en s'assurant que les Pygmées aient accès à ces forêts et tirent avantage des possibilités d'emploi en leur sein. Elle doit dédommager adéquatement les Pygmées pour toutes les pertes subies; payer aux Pygmées des redevances provenant des activités économiques existantes dans leurs forêts converties en réserves naturelles.<sup>43</sup> La position de la Commission africaine a été renforcée par la Cour africaine dans l'affaire concernant les Ogiek.

## 2.2.2 Le cas des Ogiek contre le Kenya<sup>44</sup>

Cette affaire a opposé la Commission africaine, agissant au nom de la communauté Ogiek du complexe forestier de Mau au Kenya. Il y était allégué que les Ogiek sont tributaires de la forêt de Mau pour leur subsistance traditionnelle et que ladite forêt est la source de leur identité religieuse. Que, cependant, ils sont menacés d'expulsion de

41 L'affaire *Endorois* para 290. A ce propos, Gilbert note le rôle innovateur de la Commission africaine, en montrant que celle-ci a parlé du droit au consentement libre, préalable et en connaissance de cause des Endorois alors qu'un tel droit ne figure pas dans la Charte africaine. Voir Gilbert (n 33) 266. En comparant la protection offerte par la Commission africaine à celle de la Cour et de la Commission interaméricaines, Shelton estime que la première est allée plus loin que les secondes car ces dernières ont limité l'obligation d'obtenir le consentement libre, préalable et en connaissance de cause des communautés autochtones aux projets majeurs (à grande échelle) qui peuvent menacer l'existence ou le mode de vie propres des autochtones, tandis que la première envisage cette obligation pour tout projet ayant un impact sur le territoire des peuples autochtones, quelle que soit l'étendue ou la portée géographique dudit projet. Voir Shelton (n 1) 79.

42 Affaire *Endorois* para 266.

43 Affaire *Endorois* para 298.

44 *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya*, Communication 6/2012, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (26 mai 2017) <https://fr.african-court.org/images/Cases/Judgment/Arret%20Requete%20No.%20006%20du%202012%20-%20Commission%20Africaine%20des%20Droits%20de%20L'%20Homme%20et%20Des%20Peuples%20contra%20Republique%20du%20Kenya%20-%20Optimized.pdf> (consulté le 22 juillet 2020) (Affaire *Ogiek*).

cette forêt par le gouvernement du Kenya au motif que la forêt précitée constitue une zone de captage d'eau et qu'elle fait partie intégrante du domaine de l'État en vertu de la section 4 de la loi régissant les terres domaniales.<sup>45</sup>

La Cour africaine a d'abord rappelé que les Ogiek sont un peuple autochtone d'Afrique.<sup>46</sup> Ensuite, elle a estimé que le Kenya a violé le droit des Ogiek au développement, pour les avoir fréquemment expulsés de la forêt de Mau et cela sans leur accord.<sup>47</sup> La Cour a donc confirmé l'obligation pour l'État d'obtenir le consentement libre, préalable et éclairé des peuples autochtones avant de décider de l'expulsion de ces derniers de leurs terres, quel que soit le motif. Ce consentement constitue ainsi une limite à l'exercice par l'État de sa souveraineté permanente sur ses ressources naturelles.

Par rapport à l'article 21 de la Charte africaine, la Cour susdite a rappelé qu'elle avait déjà reconnu aux Ogiek un certain nombre de droits par rapport à leur terre ancestrale, à savoir le droit d'usage et le droit de jouissance des produits de la terre, qui présupposent le droit d'accéder à la terre et de l'occuper. Les Ogiek ayant été privés par le Kenya du droit de jouir et de disposer librement des richesses alimentaires que produisent leurs terres ancestrales, ce pays a violé l'article 21 susmentionné.<sup>48</sup>

Cette allusion aux richesses alimentaires des terres des Ogiek est intéressante car elle donne une portée plus large aux droits des peuples autochtones sur leurs terres ancestrales, en ajoutant la nourriture produite par la terre aux éléments du lien entre un peuple autochtone et sa terre. En effet:<sup>49</sup>

En affirmant que l'article 21 de la Charte africaine a été violé par le Kenya parce que cet État a privé les Ogiek de leur droit d'accéder à la nourriture abondante produite par leurs terres, la Cour opère un glissement sémantique de la nécessité et du caractère vital d'une terre pour la survie à la fois matérielle et culturelle d'un peuple (aspect déjà avancé par la Commission africaine) à l'utilité d'une terre ancestrale en termes de fertilité et d'abondance de sa production.

Dans le cas de la RDC, il est admis que les Pygmées tiraient leur nourriture de leurs terres et forêts ancestrales dont ils ont été expulsés par l'État pour y créer des réserves naturelles ou des aires protégées. En combinant la décision de la Cour africaine en faveur des Ogiek et la constatation de la Commission africaine en faveur des Endorois, on

45 *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya*, Communication 006/2012, Ordonnance portant mesures provisoires, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (15 mars 2013) para 3 <https://fr.african-court.org/images/Cases/Orders/Ordonnance%20portant%20Mesures%20provisoire%20-%20Affaire%20Commission%20africaine%20c.%20Kenya.pdf> (consulté le 25 juillet 2020).

46 *Affaire Ogiek* para 112.

47 *Affaire Ogiek* para 210-211.

48 *Affaire Ogiek* para 201.

49 PL Mirindi 'Le droit des communautés locales: entre le caractère vital et la valeur économique de terres ancestrales note sous Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, requête n°006/2012, arrêt du 26 mai 2017, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. République du Kenya' (2018) *Cahiers du CERDHO* 8.

aboutit à une double conclusion à savoir: d'une part l'État ne peut pas décider d'ériger une forêt ancestrale des Pygmées en réserve naturelle ou en aire protégée sans avoir au préalable obtenu le consentement libre et éclairé des Pygmées concernés; d'autre part, les expulsions dont ont été victimes les Pygmées de RDC constituent des violations de leurs droits de propriété, de leur droit de disposer de leurs forêts ancestrales et de leur droit au développement garantis par la Charte africaine. Ces violations exigent une réparation adéquate qui n'a pas encore eu lieu.

### **3 LES OBSTACLES À LA RECONNAISSANCE DES DROITS DES PYGMÉES ET À LA RESTITUTION DE LEURS FORÊTS ANCESTRALES EN RDC**

Ces obstacles existent en droit et dans la pratique étatique, que cette dernière relève du juge ou du service public en charge de la garde des parcs nationaux et des réserves naturelles.

#### **3.1 Au plan juridique et judiciaire**

Il faut épinglez ici les limites légales et dans l'œuvre du juge interne.

##### **3.1.1 Les difficultés d'ordre légal**

Elles résident dans l'expression de la souveraineté de l'État sur les ressources naturelles et l'absence d'un texte légal permettant d'équilibrer cette souveraineté par la prise en compte des droits des Pygmées.

#### ***La souveraineté de la RDC sur ses ressources naturelles***

Cette souveraineté est proclamée sans limitation dans la Constitution.<sup>50</sup> Il en est de même dans les lois relatives à l'exploitation des ressources naturelles comme la terre,<sup>51</sup> les forêts,<sup>52</sup> les minerais<sup>53</sup> et les hydrocarbures.<sup>54</sup> C'est dans l'exercice de cette souveraineté que l'État congolais a souvent privé les Pygmées de leurs forêts ancestrales.

50 Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée et complétée par la loi No 11/002 du 22 janvier 2011, article 9.

51 Loi 73-021 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés du 20 juillet 1973 telle que modifiée et complétée par la loi 80-008 du 18 juillet 1980 article 53. Ci-après: Loi foncière.

52 Code forestier, article 7; loi 14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature, article 3; loi 11/009 du 09 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement, article 3.

53 Loi 18/001 du 9 mars 2018 modifiant et complétant la loi 007-2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier, article 3.

54 Loi 15/012 du 1er août 2015 portant régime général des hydrocarbures, article 3.

Il est nécessaire que la manière dont cette souveraineté est exprimée dans les lois soit modifiée, de manière à la limiter par la nécessité du respect des droits des Pygmées sur leurs forêts ancestrales.

### ***Les textes légaux consacrés spécifiquement aux Pygmées et leurs limites***

L'article 51 de la Constitution dispose que l'Etat assure la protection et la promotion des groupes vulnérables et de toutes les minorités, ainsi que la promotion d'une coexistence harmonieuse de tous les groupes ethniques du pays. Il doit aussi veiller à l'épanouissement de tous les groupes ethniques, vulnérables et des minorités. Comme cet article ne précise pas ces minorités,<sup>55</sup> les Pygmées pourraient s'en réclamer par rapport au reste de la population congolaise. Mais cela ne leur assurerait pas des droits spécifiques sur leurs forêts.

En revanche, une 'proposition de loi organique portant principes fondamentaux relatifs aux droits des peuples autochtones Pygmées' fut soumise en 2014 au parlement national.<sup>56</sup> L'objectif de ce texte, comme indiqué à l'article 1er, était de protéger et promouvoir les droits des peuples autochtones Pygmées conformément à la Constitution. Et pourtant, celle-ci affirme sans limitation la souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles. A son article 2(1), la proposition faisait allusion à l'attachement et au lien étroit des peuples autochtones avec la nature (terme général si pas vague), au lieu de parler du lien avec leurs terres. L'article 18 prévoyait que l'Etat, la province et les entités territoriales décentralisées (ETD) organisent préalablement des consultations pour tout projet qui affecte directement ou indirectement la vie des peuples autochtones Pygmées, en vue d'obtenir ou non, leur consentement. Cette formulation était ambiguë parce qu'elle sous-entendait que dans certaines hypothèses, l'obtention du consentement de ces peuples ne serait pas requis. L'article 45 mentionnait que tout projet susceptible d'avoir une incidence sur les terres et ressources naturelles que possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement les

55 B Kahombo 'La protection des minorités ethniques en République démocratique du Congo. Entre rupture et continuité des ordres constitutionnels antérieurs' (2010) 2 *Konrad Adenauer Stiftung. Librairie africaine d'études juridiques* 1; JPS Bigira 'Le droit des minorités dans la vacuité de sa positivité. L'articulation congolaise à la fluctuation internationale' in ON Rurihose (dir) *Mélanges Célestin Nguya-Ndila Malengana. La République démocratique du Congo: les défis récurrents de décolonisation, de l'Etat de droit et du développement économique et social* (2012) 309.

56 Assemblée nationale, 2ème législature de la 3ème République, 'Proposition de loi organique portant principes fondamentaux relatifs aux droits des peuples autochtones Pygmées' (2014); Le Monde Afrique 'Bientôt une loi pour protéger les Pygmées de RDC?' 2015 [http://www.lemonde.fr/afrique/article/2015/09/29/bientot-une-loi-pour-protoger-les-pygmees-de-rdc477684\\_9\\_3212.html](http://www.lemonde.fr/afrique/article/2015/09/29/bientot-une-loi-pour-protoger-les-pygmees-de-rdc477684_9_3212.html) (consulté le 2 octobre 2015); Anne Martinussen, 'Des réformes juridiques pour soutenir les droits des peuples autochtones de la République du Congo. Dernièrement les mesures importantes ont été accomplies en vue de la reconnaissance et la protection des droits des peuples autochtones en République démocratique du Congo (RDC)' *Un-Redd Program Newsletter* 2014, <http://www.un-redd.org/Newsletter2014September/DRCLeg alIPReformsFR/tabid/794161/Default.aspx>, (consulté le 2 octobre 2015).

Pygmées doit faire l'objet d'une étude préalable d'impact social et environnemental et obtenir le consentement libre, préalable et informé desdits peuples. Il rejoignait ainsi le standard préconisé par la Commission africaine et la Cour africaine. Mais l'article 48 indiquait que l'État, la province et les entités territoriales décentralisées consultent les peuples autochtones Pygmées concernés et coopèrent par l'intermédiaire des représentants choisis par eux-mêmes en vue d'obtenir préalablement leur consentement, libre et informé avant toute mise en valeur, utilisation ou exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres sur les terres qu'ils possèdent, occupent et utilisent traditionnellement. Or, le fait de consulter en vue d'obtenir le consentement n'implique pas nécessairement le droit pour le peuple autochtone de s'opposer au projet envisagé par l'État.<sup>57</sup> Ce qui limitait la portée de l'article 45 ci-haut. Toutes ces incohérences devaient être corrigées. Malheureusement, jusqu'à la fin de leur mandat en 2018, les députés n'ont pas adopté la proposition.

Une nouvelle «proposition de loi organique portant principes fondamentaux relatifs à la protection et promotion des droits de peuples autochtones Pygmées en République démocratique du Congo» vient d'être déposée à l'Assemblée nationale. Elle a été déclarée recevable le 6 juin 2020 et a été transmise à la commission socio-culturelle de ladite Assemblée pour analyse.<sup>58</sup> Espérons que la procédure aboutisse à l'adoption du texte par l'Assemblée nationale et le Sénat, et à sa promulgation par le Président de la République. Mais il convient d'en revoir certaines dispositions qui ne lui permettent pas d'atteindre le standard fixé par la Cour africaine et la Commission africaine.

Parmi les éléments positifs dans ce texte, il y a la référence à la Charte africaine dans le préambule, ce qui permet de renforcer la position des Pygmées face à l'État congolais. L'article 42 prévoit qu'aucune délocalisation, ni réinstallation des peuples autochtones Pygmées ne peut se faire sans leur consentement libre, informé et préalable, ni leur indemnisation juste et équitable. Le même article ajoute d'une part que sauf si les Pygmées concernés en décident librement autrement, l'indemnisation se fait sous forme de terres, de territoires et de ressources équivalents par leur qualité, étendue et régime juridique; ou sous forme d'une indemnité pécuniaire ou de toute autre réparation appropriée; et d'autre part qu'en cas de cessation de l'objet de l'expropriation, les Pygmées gardent la priorité de retour

57 Pour une analyse sur ces nuances dans les conventions No 107 et No 169 de l'Organisation internationale du travail et la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, voir PL Mirindi 'Les droits des populations sur les ressources minières en République démocratique du Congo: une analyse à la lumière du droit international', Thèse de doctorat, Vrije Universiteit Brussel, 2016 102-113 et 129-140.

58 <https://www.iccaconsortium.org/wp-content/uploads/2020/06PROPOSITION-DE-LOI-PA-01-MAI-2019.pdf> (consulté le 24 juillet 2020). Voir aussi A Mudiayi 'RDC: l'Assemblée nationale adopte une proposition de loi sur la protection des droits peuples autochtones Pygmées' *Actualité.cd* 6 juin 2020 <https://actualite.cd/2020/06/06/rdc-assemblee-nationale-adopte-une-proposition-de-loi-sur-la-protection-des-droits> (consulté le 24 juillet 2020).



sur leurs anciennes terres. De même, l'article 44 prévoit que les peuples autochtones Pygmées ont le droit de jouir pleinement de toutes les ressources naturelles, ligneuses et non ligneuses ainsi que des bénéfices issus des services environnementaux sur les terres qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement. L'article 45 de la proposition de 2014 est repris tel quel dans la proposition actuelle. Par sa généralité, il implique que pour créer un parc national ou une réserve naturelle intégrale sur une terre d'une communauté pygmée, l'État doit consulter et obtenir le consentement libre, préalable et informé de ladite communauté. Les articles 42, 43 et 50 prévoient que l'État doit protéger les terres et ressources naturelles des Pygmées. Plus intéressant, l'article 57 comporte un effet rétroactif car il indique que l'État prend des mesures correctives concernant les délocalisations et les déplacements forcés dont les Pygmées ont été victimes de 1970 à ce jour. Combiné avec l'article 42, l'article 57 ouvre la voie à une indemnisation des Pygmées expulsés des aires protégées et à la restitution de leurs forêts.

La définition des peuples autochtones contenue à l'article 2 est celle qui figurait dans la proposition de 2014. De même, l'article 18 du texte de 2014 reste inchangé. Malgré sa formulation ambiguë, l'ancien article 48 du texte de 2014 est repris de manière identique à l'article 47. Pour améliorer le texte, il faudra revoir l'article 2 pour parler du lien des Pygmées avec leurs terres et ressources naturelles ancestrales — et pas seulement avec la nature; supprimer ou revoir l'article 18 en lui enlevant la confusion qui laisse croire que dans certains cas le consentement libre, préalable et informé des Pygmées ne serait pas exigé pour accéder à leurs terres; supprimer ou revoir l'article 47 (ancien article 48) dont les termes doivent être modifiés pour éviter toute confusion sur la nécessité du consentement libre, préalable et informé des Pygmées.

Par ailleurs, pendant que l'Assemblée nationale tardait à examiner la proposition de loi de 2014, la province du Mai-Ndombe a, en date du 5 juin 2018, promulgué l'édit No 011/2018 portant promotion et protection des droits des peuples autochtones Batwa dans cette province. Ce texte est loin du standard fixé par la Cour africaine et la Commission africaine. En effet, à son article 2, il définit les Batwa en mettant en exergue leur lien avec la nature, mais pas avec la terre ou la forêt. À l'article 11, il ne parle pas du droit de propriété des Batwa sur leurs terres et ressources, mais plutôt de leur droit collectif à la possession, à l'accès à la terre et aux ressources naturelles. L'article 14 dispose:

Les Batwa ne peuvent être déplacés des terres qu'ils possèdent et/ou utilisent traditionnellement que pour une cause d'utilité publique et ce, après des consultations libres, informées et préalables, et moyennant une indemnisation juste et équitable.

Il n'y est pas question de la nécessité d'obtenir le consentement libre, préalable et informé des Batwa. Et pourtant, à l'article 1er, le texte définit ce consentement sans y revenir par la suite. À l'article 16, le gouvernement provincial garantit le droit pour les Batwa d'accéder aux bénéfices résultant de l'utilisation et de l'exploitation de leurs terres en vue de préserver la biodiversité.

Malgré ces limites, cet édit constitue une prise en main de la question des droits des peuples autochtones par une province. Celle-ci a exploité ses compétences prévues par la Constitution,<sup>59</sup> pour mettre en place une protection *a minima* des Pygmées de cette province tout en évitant de toucher à la souveraineté de l'État sur les ressources naturelles.

D'autres propositions ou projets d'édits relatifs à la question des Pygmées ont été déposés et sont en cours d'examen aux assemblées provinciales des provinces du Nord-Kivu, du Sud-Kivu, de l'Equateur et de la Tshopo.<sup>60</sup> Mais, comme l'ont relevé des organisations non gouvernementales, ces instruments juridiques de portée provinciale présentent un risque majeur de non applicabilité faute de mesures d'application.<sup>61</sup> « Cette situation affecte les peuples autochtones car à ce jour, leurs droits ... ne sont pas mis en œuvre pleinement ». <sup>62</sup> Les députés et les organisations non gouvernementales, dans les provinces précitées, doivent être vigilants pour éviter que les textes en discussion n'établissent des standards différents applicables aux Pygmées selon les provinces. Ces difficultés d'ordre légal peuvent expliquer l'attitude du juge interne.

### 3.1.2 La stratégie d'évitement de la part du juge interne

Les terres occupées par les communautés en vertu de leurs coutumes font partie du domaine privé de l'État, en vertu de l'article 387 de la loi foncière. Mais le sort de ces droits est demeuré incertain car l'ordonnance du Président de la République qui, en vertu de l'article 389 de la même loi, aurait dû préciser le sort en question n'est jamais intervenue à ce jour. Cela a poussé à conclure que « les communautés locales ... ont été juridiquement dépossédées »<sup>63</sup> et que « cette situation est génératrice d'insécurité foncière et aussi de précarisation ». <sup>64</sup> Certes, à son article 34, la Constitution de la RDC garantit le droit de propriété individuelle ou collective acquis en vertu de la loi ou de la coutume, mais cette protection reste douteuse dans la mesure où le sol est la propriété de l'État en vertu de la Constitution et de la loi foncière.

Dans ce contexte légal, les chances pour les communautés Pygmées de reconquérir leurs droits sur leurs terres et forêts devant le juge

59 La mise en œuvre des mécanismes de promotion et de sauvegarde des droits humains et des libertés fondamentales est une matière entrant dans la compétence concurrente du pouvoir central et des provinces. Voir Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée et complétée à ce jour à son article 203(1).

60 La Dynamique des Groupes des Peuples Autochtones (DGPA) et autres (n 9) 10 para 29-30.

61 Dynamique des Groupes des Peuples Autochtones (n 9) 10 para 29-30.

62 Dynamique des Groupes des Peuples Autochtones (n 9) 10 para 29-30

63 SM Matabaro 'Les garanties du droit de propriété en République démocratique du Congo: droits et pratiques' in SM Matabaro et autres (dir) *Les droits de l'homme dans la région des grands lacs. Réalités et illusions* (2003) 372.

64 IU Ona 'Les transactions foncières paysannes: cas de la chefferie de Kabare' Discussion Paper (2005) 4-5.

interne sont minces.<sup>65</sup> Deux affaires concernant les Pygmées du PNKB peuvent nous servir pour illustrer l’embarras du juge congolais.

***L’impasse dans l’affaire introduite par les Pygmées contre la RDC et l’Institut congolais pour la conservation de la nature (ICCN)***<sup>66</sup>

Dans cette affaire, 66 personnes se réclamant agir au nom des Pygmées expulsés du PNKB ont assigné, en matière civile, l’Etat congolais et l’ICCN devant le Tribunal de grande instance d’Uvira siège secondaire de Kavumu,<sup>67</sup> dans la province du Sud-Kivu, pour non-respect de la procédure légale lors de l’extension du PNKB. Ils ont sollicité la restitution de leurs terres et leur dédommagement. Le tribunal s’est déclaré incompétent pour examiner la demande, au motif que celle-ci impliquait de se prononcer sur une matière qui n’est pas de la compétence du Tribunal à savoir la conformité ou non à la Constitution de l’acte ayant créé le PNKB.<sup>68</sup> Les demandeurs ont fait un recours devant la Cour d’appel de Bukavu. Mais cette dernière a déclaré les appels recevables mais non fondés, en invoquant le même motif déjà avancé par les juges au premier degré.<sup>69</sup>

65 Un recours devant le Conseil d’Etat pour annulation des actes ayant créé les réserves naturelles au motif de la violation des lois applicables en la matière court le risque d’être déclaré irrecevable en raison du temps écoulé depuis l’acte en question; ou encore d’être confronté à une difficulté d’ordre juridique consistant à apprécier la validité d’un acte passé à l’aune d’une loi postérieure. Quoi qu’il en soit, les chances de succès resteront limitées tant que la législation ne prévoit pas l’exigence de l’obtention du consentement libre, préalable et informé des Pygmées avant la création d’une réserve naturelle sur leurs terres, ainsi que l’obligation de leur restituer les forêts dont ils ont été illégalement expulsés.

66 Tribunal de grande instance d’Uvira siège secondaire de Kavumu *JPKM et consorts c. La RDC représentée par le Gouverneur de province du Sud-Kivu et l’Institut congolais pour la conservation de la nature (ICCN)* RC4058 (jugement du 28 février 2011) (Affaire RC4058); Cour d’appel de Bukavu *JPKM et consorts c. La RDC représentée par le Gouverneur de province du Sud-Kivu et l’Institut congolais pour la conservation de la nature (ICCN)* RCA4570 (arrêt du 11 décembre 2012) (Affaire RCA4570).

67 En vertu des articles 94, 95, 110, 112 et 116 de la loi organique No 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l’ordre judiciaire en RDC, les Tribunaux de grande instance connaissent, en matière civile, des contestations qui ne sont pas de la compétence des Tribunaux de paix. Ces derniers connaissent des contestations portant sur le droit de la famille, les successions, les libéralités et les conflits fonciers collectifs ou individuels régis par la coutume, ainsi que des contestations susceptibles d’évaluation pour autant que leur valeur ne dépasse pas deux millions cinq cent mille francs congolais. Au-dessus des Tribunaux de grande instance, se trouvent les Cours d’appel – qui connaissent de l’appel des décisions rendues au premier degré par les Tribunaux de grande instance – et, plus haut dans la hiérarchie, la Cour de cassation qui connaît de pourvois en cassation pour violation des traités internationaux dûment ratifiés par la RDC, des lois et de la coutume lorsque ces pourvois sont formés contre les arrêts des Cours d’appel et les jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l’ordre judiciaire en matières civile, commerciale, sociale et pénale. La Cour de cassation connaît également de l’appel des arrêts rendus au premier degré par les Cours d’appel.

68 Affaire RC4058, 13.

69 Affaire RCA4570, 3, 5.

Depuis l'année 2013, le dossier a été introduit devant la Cour de cassation, mais aucune décision n'est intervenue jusqu'à ce jour. Devant cette impasse, le dossier a été soumis à la Commission africaine. Cette lenteur traduit la difficulté d'accès à la justice pour les Pygmées. Et pourtant, l'article 150(1) de la Constitution de la RDC dispose que «le pouvoir judiciaire est le garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens».

### ***Le recours à l'obiter dictum en faveur des Pygmées dans l'affaire opposant deux Pygmées à un garde-parc du PNKB et à l'ICCN*<sup>70</sup>**

Dans cette affaire, un garde-parc du PNKB était poursuivi pénalement devant le Tribunal militaire de garnison<sup>71</sup> de Bukavu pour avoir, dans l'exercice de ses fonctions, tiré des coups de feu avec son arme de service en direction de deux Pygmées qui étaient à la recherche de plantes médicinales à l'intérieur du PNKB. L'un de ces Pygmées est décédé; l'autre, qui s'est constitué partie civile, était blessé. L'ICCN fut appelé au procès comme partie civilement responsable.

En se fondant sur les éléments du dossier, le tribunal n'a retenu à la charge du garde-parc que l'infraction de coups et blessures aggravés.<sup>72</sup> Ici, ce sont les arguments de l'ICCN et du Pygmée blessé, ainsi que les réponses des juges qui nous intéressent. En effet, l'ICCN a invoqué la turpitude des victimes, au motif que l'article 38 du Code forestier leur interdit l'exercice des droits d'usage forestiers (consistant notamment en la cueillette de plantes médicinales) dans un parc national.<sup>73</sup> Pour sa part, le pygmée a justifié sa présence dans le PNKB au motif que cette partie du parc a depuis toujours fait partie de la forêt ancestrale de son peuple, dans laquelle ce dernier cueille des plantes alimentaires et médicinales. Le jugement n'a pas répondu à l'argument de l'ICCN. Toutefois, dans le résumé des faits, le jugement constate d'une part qu'il ressort de l'instruction que la partie civile appartient aux peuples autochtones Pygmées vivant à Tshombo, groupement de Miti, territoire de Kabare, province du Sud-Kivu; d'autre part qu'en 1975, l'Etat congolais avait

[p]ris la résolution de chasser dans le parc Kahuzi Biega les peuples autochtones de leur milieu naturel à travers l'ordonnance no 75-238 du 22 juillet 1975 portant

70 Tribunal militaire de garnison de Bukavu *Ministère public et Parties civiles Munganga Nakulire et Mawazo Muna c. Prévenu Bahati Pilipili Nelly* RP1213/017 (jugement du 24 juillet 2018) (Affaire RP1213/017).

71 Les Tribunaux Militaires de Garnison connaissent des infractions punissables de la peine de mort et de celles punissables d'une peine supérieure à 1 an, commises par les militaires, policiers et assimilés (article 1er de la loi No 023/2002 du 18 novembre 2002 portant Code judiciaire militaire).

72 Affaire RCA1213/017, 10, 25-29. En droit congolais, les coups et blessures sont aggravés soit lorsqu'ils entraînent une maladie, une incapacité de travail personnel, une perte de l'usage absolu d'un organe ou une mutilation grave; soit lorsqu'ils ont été donnés avec préméditation; soit lorsqu'ils ont causé la mort sans l'intention de la donner; soit enfin lorsqu'ils sont portés sur l'auteur d'un accident de circulation. Voir BCM Nyangezi *Les infractions de A à Z* (2011) 220-221.

73 Affaire RCA1213/017, 21.

modification des limites du PNKB ..., ce Parc malgré cette restriction est resté le milieu dans lequel se trouvent tous les produits vivriers et médicamenteux pour ces peuples.<sup>74</sup>

En se limitant aux constats ci-haut sans en tirer des conséquences juridiques, le jugement a implicitement reconnu les Pygmées comme peuple autochtone de la RDC; le lien ayant existé et continuant à exister entre ces Pygmées et leur forêt incluse dans le PNKB; bref «la légitimité desdits Pygmées à réclamer la restitution de leurs terres ancestrales se trouvant actuellement dans le PNKB ou à défaut leur indemnisation pour la perte de ces terres».<sup>75</sup>

Mais au lieu de recourir à l'*obiter dictum*, les juges auraient pu s'inspirer de la pratique des juridictions militaires qui, dans les procès portant sur des crimes internationaux, n'hésitent pas à invoquer la jurisprudence de la Cour pénale internationale ou des tribunaux pénaux internationaux.<sup>76</sup> Dans ce sens, ils pouvaient invoquer les décisions de la Cour africaine et de la Commission africaine, se rapportant aux articles 14, 21 et 22 de la Charte africaine, comme arguments d'autorité en faveur des Pygmées expulsés du PNKB.

### **3.2 En ce qui concerne la perception des droits des Pygmées et la vision de la conservation de la nature**

Avec souvent l'aide d'organisations non gouvernementales, des revendications sont menées par les Pygmées seuls ou en compagnie d'autres communautés. Dans le cas où les Pygmées ont déjà été expulsés (comme c'est le cas dans le PNKB), ils mènent des actions de contestation et de confrontation avec les gardes des aires protégées.<sup>77</sup> En cas de menace d'expulsion (par exemple dans la RNI), ils refusent

74 Affaire *RCA1213/017*, 6.

75 PL Mirindi 'Vers une reconnaissance des droits collectifs aux peuples autochtones et Pygmées en République démocratique en Congo, note sous Tribunal militaire de garnison, R.P. 1213/017 jugement du 24 juillet 2018, Auditeur militaire de garnison et Parties civiles c. Bahati PILIPILI Nelly' (2019) *Cahiers du CERDHO* 8-9.

76 Commentant le recours par les juridictions militaires congolaises à la jurisprudence internationale dans les procès relatifs aux crimes internationaux, Mpiana estime que ce recours n'est pas effectué en vertu du principe de la primauté du droit international sur le droit interne (prévu par l'article 215 de la Constitution, car ce principe est circonscrit dans les rapports entre le droit conventionnel et le droit interne infra-constitutionnel), mais plutôt 'participe de l'argument d'autorité en appui aux motivations du juge'. Voir JK Mpiana 'La position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes', Thèse de doctorat, Université La Sapienza de Rome, 2012, 386-387.

77 Mudinga et autres (n 14) para 13; Rfi 'RDC: affrontements entre Pygmées et gardes du Parc national de Kahuzi-Biega' publié le 11 août 2019 <https://www.rfi.fr/fr/afrique/20190811-rdc-attaque-pygmees-gardes-parc-kahuzi-biega-sud-kivu> (consulté le 24 juillet 2020).

de quitter les lieux et d'abandonner leur mode de vie ancestral.<sup>78</sup> En réponse, des expériences de gestion participative des aires protégées sont tentées, à l'instar de l'association des communautés locales (notamment Pygmées) à la délimitation de la RNI, qui a abouti à la réduction de sa superficie de 15 000 km<sup>2</sup> à 5 732 km<sup>2</sup> de manière concertée.<sup>79</sup> De même, l'ICCN essaye d'associer les Pygmées à la gestion du PNKB à travers un processus de «conservation-développement»<sup>80</sup> qui inclut l'emploi des Pygmées comme pisteurs c'est-à-dire guides pour les touristes ou comme gardes;<sup>81</sup> la mise en place de Comités de conservation communautaire qui sont des structures représentatives des communautés – dont celles Pygmées – et à travers lesquelles le PNKB appuie le développement local en contrepartie de la conservation du parc;<sup>82</sup> l'appui à la création des réserves et forêts communautaires à la périphérie du PNKB.<sup>83</sup> Ces initiatives rencontrent des difficultés dans leur mise en œuvre,<sup>84</sup> notamment parce qu'elles visent à convaincre les Pygmées à renoncer à leurs terres et forêts et par voie de conséquence à leur mode de vie ancestral.<sup>85</sup>

D'autres institutions publiques ont, sans succès, appelé à une réduction des limites du PNKB, à l'instar de la sous-commission parlementaire de la sous-région du Sud-Kivu en 1980; du Ministère des Travaux publics, urbanisme et habitat en 1982; de la Conférence nationale souveraine en 1991; du gouvernement en 1995; du Haut Conseil de la République/Parlement de Transition en 1996; de la Conférence provinciale du Sud-Kivu sur la reconstruction tenue à Bukavu en 1998.<sup>86</sup> Nous estimons que ces initiatives n'ont pas rencontré l'assentiment des décideurs parce que la politique environnementale en RDC n'a pas été à l'origine conçue en faveur des

78 Info Congo 'RDC: les Pygmées se lèvent pour défendre leurs droits aux forêts' <https://infocongo.org/fr/rdc-les-pygmees-se-levent-pour-defendre-leurs-droits-aux-forets/#!/map=209&loc=-3.60792394999999,28.59458264851751,12> (consulté le 21 juillet 2020); de Faily et Bantu (n 18) 15.

79 M Gauthier *La cartographie 3D: un outil de planification et de gestion pour la Réserve d'Itombwe – Livre vert de modélisation participative en trois dimensions* (2016); Lang (n 30).

80 Mudinga et autres (n 14) para 12, 47 à 57. Voir également la lettre no 1553/ICCN/ADG/DG/2007, adressée le 12 décembre 2007 par le Directeur de l'ICCN à la Banque mondiale, pour communiquer la politique relative aux principes de gestion participative de l'ICCN in ICCN *Projet d'appui à la Réhabilitation des Parcs Nationaux (PREPAN)* (2014) annexe 6.

81 Shalukoma (n 10) 438.

82 Mudinga et autres (n 14) para 2.

83 ICCN (n 80) annexe 10.

84 Mudinga et autres (n 14) para 12, 47 à 57.

85 La perception erronée des droits des Pygmées peut se remarquer dans la citation ci-après empruntée à Shalukoma: 'Les interventions non appropriées d'ONG présentes sur le terrain compliquent parfois considérablement le travail entrepris avec les Pygmées au PNKB. Certaines d'entre elles, ne comprenant pas la vision de Conservation-Développement du PNKB, poussent en effet les Pygmées à revendiquer leur retour en forêt'. Voir Shalukoma (n 10) 442.

86 Mudinga et autres (n 14) para 14-25.

Congolais. Cela explique qu'elle exclut l'habitat humain dans les réserves naturelles.<sup>87</sup> En effet, cette politique repose sur des fondements utilitaristes remontant à l'époque coloniale et marqués par des mesures de création de parcs nationaux et de protection d'espèces au profit des élites de l'Occident.<sup>88</sup> Elle ne tolère pas la cohabitation avec une conception différente qui mettrait à l'avant-plan le rôle traditionnellement joué par les Pygmées dans la protection et la conservation des forêts.

#### 4 CONCLUSION

Nous pouvons comparer l'apport de la Commission africaine et de la Cour africaine dans l'affirmation des droits des peuples autochtones d'Afrique à une spirale, dont le point central a été la reconnaissance de l'existence des peuples autochtones en Afrique. A partir de là et tout en tournant autour de ce point, les deux organes ci-haut ont développé un standard de protection, en élargissant leur interprétation des articles 14, 20, 21 et 22 de la Charte africaine au profit des peuples autochtones. Ces derniers sont propriétaires de leurs terres ancestrales et des ressources de ces terres, et ont le droit d'en disposer pour leur subsistance, pour préserver leur culture et pour leur développement. En conséquence, ils doivent consentir librement, préalablement et en pleine connaissance de cause à toute décision de l'Etat relative à leurs terres et ressources. Il s'agit là d'une limite importante à la souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles car elle implique un droit au refus au profit des peuples autochtones.

En érigeant les forêts ancestrales des Pygmées en réserves naturelles ou en parcs nationaux sans le consentement libre, préalable et éclairé des Pygmées concernés, l'Etat congolais a violé leur droit à l'autodétermination, leur droit à la propriété, leur droit de disposer de leurs ressources naturelles en vue de leur survie et de leur développement. Cela a causé et continue à causer des préjudices aux Pygmées. Tous ces droits étant garantis par la Charte africaine, la RDC doit réparer ces préjudices en rendant les forêts spoliées par l'Etat aux Pygmées. En même temps, la politique environnementale du pays doit être repensée pour placer les Pygmées au centre de la conservation de la nature.

La modification des lois est le moyen le plus efficace pour y arriver. En attendant, une timide tendance vers la reconnaissance des droits des Pygmées sur leurs forêts ancestrales se fait jour du côté du juge congolais comme illustré par les deux affaires ci-haut analysées. Mais ce juge doit faire preuve de plus d'initiative et, dans cette optique,

87 En effet, l'interdiction de l'exploitation des réserves naturelles intégrales et des parcs nationaux est totale dans la loi No 011/2002 du 29 août 2002 portant code forestier, article 38. Dans ce sens, voir G Sakata 'Le droit forestier en République Démocratique du Congo' (2008) 72 *Etudes juridiques en ligne* 13.

88 V Pouillard 'Conservation et captures animales au Congo belge (1908-1960). Vers une histoire de la matérialité des politiques de gestion de la faune' (2016) 679 *Revue historique* 579-583.

exploiter la Charte africaine qui lui offre une voie permettant de décider en faveur des Pygmées. Le recours à l'argument d'autorité constitué par la jurisprudence de la Cour africaine et de la Commission africaine est le levier sur lequel le juge et les Pygmées de RDC peuvent s'appuyer pour protéger juridiquement leurs droits sur leurs forêts ancestrales face à l'Etat.

L'évolution est plus perceptible du côté du législateur. En l'occurrence, face à la lenteur de l'Assemblée nationale, ce sont les provinces qui prennent le relai pour reconnaître et protéger les droits des Pygmées sur leurs forêts ancestrales. Malgré les failles des textes légaux en vigueur ou en examen, il s'agit d'une tendance à saluer et à consolider par des textes légaux qui devront indiquer de manière expresse que la souveraineté de l'Etat est limitée par les droits des Pygmées sur leurs forêts ancestrales.



# An appraisal of the Draft Framework for Reporting and Monitoring Execution of Judgments of the African Court on Human and Peoples' Rights

Suzgo Lungu\*

<https://orcid.org/0000-0001-8554-0580>

**ABSTRACT:** Although the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) delivers landmark judgments on human rights violations by states party to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court (Court Protocol), the record of states' compliance with its judgments is dire. Execution of judgments and decisions of the African Court has been one of the major challenges facing the African Court since its inception as the Court lacks a monitoring mechanism to compel states to execute its judgments. In response to this challenge, the Executive Council of the African Union (AU Executive Council) authorised the African Court to propose a mechanism for reporting of states' non-compliance with its decisions. The African Court has come up with a Draft Framework for Reporting and Monitoring Execution of Judgments and other Decisions of the African Court (Draft Framework). The Draft Framework will be submitted to the Assembly through various organs of the AU including the Permanent Representatives Committee (PRC) and the Executive Council of the AU for adoption. The draft framework proposes the adoption of a hybrid model on monitoring state compliance with judgments of the African Court that combines both judicial and political mechanisms of enforcing state compliance. This article appraises the Draft Framework and argues that while the proposed model is a welcome step towards improving the enforcement of the Court's decisions and, indeed, developing a culture of compliance within the African human rights system, it needs strengthening. The article recommends that the African Court should start laying the foundation for a strong enforcement regime through the localisation of the enforcement of its judgments in member states' legal framework particularly through domestic courts.

## TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

### Une évaluation du Projet de cadre pour l'établissement de rapports et le suivi de l'exécution des arrêts de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

**RÉSUMÉ:** Bien que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour africaine) rende des arrêts historiques sur les violations des droits de l'homme par les États parties au Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine (Protocole de la Cour), le bilan de l'exécution de ses arrêts demeure désastreux. L'exécution des arrêts et des décisions de la Cour africaine est l'un des défis majeurs auxquels la Cour africaine est confrontée depuis sa création, car la Cour ne dispose pas d'un mécanisme de suivi pour contraindre les États à exécuter ses arrêts. En réponse à ce défi, le Conseil exécutif de l'Union africaine (Conseil exécutif de l'UA) a autorisé la Cour africaine à proposer un mécanisme pour

\* PhD (Witwatersrand), International Justice and Business and Human Rights Programme Lawyer, Southern Africa Litigation Centre (SALC); [suzgo.lungu@gmail.com](mailto:suzgo.lungu@gmail.com).

identifier les cas de non-respect par les États de ses décisions. La Cour africaine a élaboré un projet de cadre pour l'établissement de rapports et le suivi de l'exécution des arrêts et autres décisions de la Cour africaine (le projet de cadre). Le projet de cadre sera soumis à la Conférence par l'intermédiaire de divers organes de l'UA, y compris le Comité des représentants permanents (COREP) et le Conseil exécutif de l'UA pour adoption. Le projet de cadre propose l'adoption d'un modèle hybride sur le suivi du respect par les États des arrêts de la Cour africaine qui combine à la fois des mécanismes judiciaires et politiques pour s'assurer que les États s'obligent. Cet article évalue le projet de cadre et fait valoir que, bien que le modèle proposé soit une étape importante vers l'amélioration de l'application des décisions de la Cour et, en fait, le développement d'une culture de respect de décisions au sein du système africain des droits de l'homme, il doit être renforcé. L'article recommande que la Cour africaine commence à jeter les bases d'un régime d'exécution fort en localisant l'exécution de ses jugements dans le cadre juridique des États membres, en particulier par le biais des tribunaux nationaux.

**KEY WORDS:** African Court, Draft Framework on Reporting and Monitoring Execution of Judgments, reforms, African Court's Rules and Procedure, localisation

**CONTENT:**

1	Introduction .....	145
2	Background to the African Court's Draft Framework .....	147
3	Examination of the Draft Framework .....	148
4	Analysis of the proposed Draft Framework .....	151
5	Localisation of judicial decisions.....	156
6	Conclusion.....	162

## 1 INTRODUCTION

The African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) was created through the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights (Court Protocol), with the dual mandate of complementing and enhancing the protective mandate of the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission).<sup>1</sup> In pursuance of this mandate, the African Court has issued several judgments in favour of victims of human rights violations, including reparation orders of compensation,<sup>2</sup> amendment to laws,<sup>3</sup> provide legal aid to applicants,<sup>4</sup> and release of detainees.<sup>5</sup>

An examination of the African Court's Activity Report presented to the Assembly of Heads of State and Government (Assembly) of the African Union (AU) for the period 1 January- to 31 December 2019 (Activity Report) shows that judgments of the African Court have either been partially complied with,<sup>6</sup> or not complied with at all.<sup>7</sup> Only a few judgments were fully complied with.<sup>8</sup> As a result, several victims of

1 Court Protocol, art 2.

2 *Norbert Zongo et al v Burkina Faso*, Application 13/2011, para 111.

3 *Tanganyika Law Society et al v United Republic of Tanzania*, consolidated Application 9 & 11/2011; *APDF & IHRDA v Mali*, Application 46/16; *Lohe Issa Konate v Burkina Faso*, Application 4/ 2013, para 176.

4 *Wilfred Onyango Nganyi and 9 Others v Tanzania*, Application 6/2013.

5 *Alex Thomas v Tanzania*, Application 5/2013.

human rights violations still remain without justice and this has been the trend for the past decade. An analysis of the African Court's docket discloses two interesting issues. First, there is a rise in the number of matters, both contentious cases and requests for advisory opinions. Second, the same cannot be said for the compliance rate of the African Court's judgments. With no entity to enforce its decisions, the African Court relies on the goodwill of states for compliance. Since starting its operations in 2006, execution of its judgments has been one of the major challenges facing the African Court. With the permission of the Executive Council of the AU (Executive Council), the African Court was requested to propose 'a concrete reporting mechanism'<sup>9</sup> for enforcing state compliance with its judgments.

This article analyses the Draft Framework for Reporting and Monitoring Execution of Judgments and Other Decisions of the African Court on Human and Peoples' Rights (Draft Framework), which was in 2018 adopted by the African Court for presentation to the Assembly through the Permanent Representatives Committee (PRC) of the AU on the enforcement of the African Court's judgments.<sup>10</sup> The framers of the Draft Framework propose the adoption of a hybrid model that combines both the judicial and political systems of monitoring the African Court's judgments. This article argues that while the proposed model is a welcome step towards improving the enforcement of judgments and, indeed, developing a culture of state compliance with judgments, it needs strengthening. The African Court needs to start laying the foundation for enhancing the enforcement of judgments in the courts of state parties to the Court Protocol, using local legal frameworks through reforms. Localisation of judicial decisions entails the ability by states to allow the enforcement of decisions before, and by domestic courts using national rules and procedures. The article argues that the African Court can push through the principle of localisation by drawing lessons from existing and similar judicial organs at the sub-regional level of the African continent, namely, the Economic Community of West African States (ECOWAS) Court of Justice, the East African Community (EAC) Court of Justice, the Common Market

6 *Tanganyika Law Society and Legal Human Rights Centre and Reverend Christopher Mtikila*, consolidated Application 9 & 11/2011.

7 *John Lazaro v Tanzania*, Application 4/2014; See also *Evodius Rutachara v Tanzania*, Application 15/2016; *Alfred Agbesi Woyome v Ghana*, Application 1/2016; *African Commission v Kenya*, Application 6/2012. See also EX.CL/1204(XXXVI), *Decision on the Activity Report of the African Court on Human and Peoples' Rights* (2018) para 13; EX.CL/1126(XXXIV), *Activity Report of the African Court on Human and Peoples' Rights* (2019) para 18.

8 *Konate v Burkina Faso* (n 3); EX.CL/1204(XXXVI).

9 EX.CL/Dec.1013(XXXIII) *Decision on the Activity Report of the African Court on Human and Peoples' Rights* (2018), para 4; M Plagis 'Implementation of the judgments of the African Court on Human and Peoples' Rights' 6 August 2019, available at <http://www.acthprmonitor.org/implementation-of-the-judgments-of-the-african-court-on-human-and-peoples-rights/> (accessed 10 August 2020).

10 EX.CL/1126(XXXIV), *Activity Report of the African Court on Human and Peoples' Rights* (2019), Annex 1, available at <https://en.african-court.org/images/Activity%20Reports/Activity%20report%20January%20-%20December%20%202018.pdf> (accessed 30 October 2020) (Draft Framework).

for Eastern and Southern Africa (COMESA) Court, and the Southern Africa Development Community (SADC) Tribunal.

This article is structured as follows: the first part discusses the background to the adoption of the Draft Framework. The second part examines the draft framework by analysing the steps proposed for enforcing African Court's judgments including challenges that may possibly arise in future. The third part analyses the Draft Framework in detail while offering a critical commentary of the hybrid model as proposed by the African Court. The fourth part discusses the concept of localisation of judicial decisions as an additional tool to strengthening state compliance with decisions of the Court. The concluding part provides some recommendations for enhancing states' compliance with the African Court's judgments.

## **2 BACKGROUND TO THE AFRICAN COURT'S DRAFT FRAMEWORK**

The jurisdiction of the African Court extends to cases of states' compliance with the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter) and other international and regional human rights instruments ratified by member states. Once a judgment is delivered and communicated to respondent states, they are obligated to comply with its decisions. Over the years, state compliance with judgments of the African Court has been problematic. In cases of non-compliance, article 31 of the Court Protocol obliges the African Court to 'specify, in particular, the cases in which a state has not complied with' its judgment and report these instances to the Assembly during each of its regular sessions. According to article 29(2) of the African Court Protocol, the Executive Council is mandated to monitor execution of the judgments of the African Court on behalf of the Assembly.

However, it has not fully taken up its mandate to the satisfaction of many for various reasons including politics; non-imposition of sanctions; absence of enforcement mechanisms, both regionally and domestically; non-participation of national courts and the abusive usage of the principle of state sovereignty.<sup>11</sup> The Executive Council's failure to take up its monitoring obligation is also partly blamed on overreliance on non-compliance reports annually submitted by the African Court.<sup>12</sup> Current processes and mechanisms for monitoring judgments of the African Court are inadequate<sup>13</sup> and need comprehensive evaluation.

11 RC Liwanga 'From commitment to compliance: enforceability of remedial orders of African Court of Human Rights' (2015) 41 *Brooklyn Journal of International Law* 98, 103; R Murray and others 'Monitoring implementation of the decisions and judgments of the African Commission and Court on Human and Peoples' Rights' (2017) 1 *African Human Rights Yearbook* 150-166.

12 Murray and others (n 11) 158.

13 Murray and others (n 11) 150.

In order to effectively take up its role and find a solution to this problem, the Executive Council requested the African Court

in collaboration with the PRC and the Commission, to undertake an in-depth study on mechanisms and framework of implementation, to enable the Executive Council effectively monitor execution of the judgments of the Court in accordance with Articles 29 and 31 of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on human and peoples' Rights.<sup>14</sup>

It is interesting to observe that the Executive Council's request is directed at the African Court yet both article 29(2) of the Protocol and rule 64(2) of the Interim Rules of the Court emphatically delegate the monitoring function of states' compliance with judgments of the African Court to the Executive Council.<sup>15</sup> The delegation of the above task, while misplaced, must be understood as an attempt by the Executive Council to benefit from independent evaluation of its roles in monitoring state compliance with judgments of the African Court.

### **3 EXAMINATION OF THE DRAFT FRAMEWORK**

With the help of a consultant, the African Court proposes the adoption of an eight step-by-step Draft Framework for monitoring judgments of the African Court. The African Court's proposal is that states' compliance with its judgments should be monitored by a special unit called the 'formal Monitoring and Reporting Unit within the Registry' of the African Court (the Unit).<sup>16</sup> The Unit must also act as a depository<sup>17</sup> for the execution reports from member states and other interested parties. The focus of states' execution reports will be on progress made in line with the African Court's judgment.<sup>18</sup> An extension on when compliance reports should be submitted may be granted to a state in accordance with Rules of Procedure and Practice of the African Court (Rules and Procedure) within which it may submit execution reports.<sup>19</sup> In terms of assistance and technical support, a state may seek financing from the African Court or AU's policy organs through a yet to be set up fund.<sup>20</sup>

Under the proposed Draft Framework, states will be required to submit their execution reports using a yet to be drawn up 'Implementation Reporting Template'.<sup>21</sup> In order to come up with compliance reports, the African Court may seek information from various reliable sources including 'the United Nations, as well as institutions and organs of the African Union, (National Human Rights

14 EX.CL/Dec.1013(XXXIII) (n 9) para 4.

15 G.J. Naldi 'Observation on the Rules of the African Court on Human and Peoples' Rights' (2014) 14 *African Human Rights Law Journal* 366, 386.

16 Draft Framework (n 10) para 4(i), 2.

17 Draft Framework (n 10) para 11.

18 As above.

19 Draft Framework (n 10) para 7.

20 As above.

21 Draft Framework (n 10) para 2(ii).

Institutions) and Non-Governmental Organisations'.<sup>22</sup> The credibility of both, the independent sources and submitted information will most likely attract scrutiny during this stage of the proceedings. A determination will only be issued by the African Court after adopting compliance reports from parties to the case and other stakeholders<sup>23</sup> and 'after the expiry of the reporting period'.<sup>24</sup> It is only in cases of non-compliance by a state with 'the decision in part or in full',<sup>25</sup> will the African Court convene compliance hearings.

The Draft Framework also proposes the holding of compliance hearings that will be based on a yet to be adopted Rules of Procedure and convened on two conditions. First, upon receiving a request from any party to the case<sup>26</sup> and second, pursuant to a decision arrived at by the African Court pursuant to its '*suo motu*' powers.<sup>27</sup> However, the African Court will only convene compliance hearings pursuant to its *suo motu* powers in four circumstances. First, when 'there is a dispute between the parties on whether or to what extent the decision has been implemented'.<sup>28</sup> Second, when 'the Respondent State has not submitted a compliance report to the African Court'.<sup>29</sup> Third, when there are no responses to the queries raised against a state's compliance report by the Court.<sup>30</sup> Finally, when the Court has received information about the respondent state's failure to comply with the African Court's judgment or that it 'is otherwise violating [its] order'.<sup>31</sup> During the compliance stage, the African Court may 'undertake on-site visits (fact-finding mission) to directly appreciate progress on implementation'<sup>32</sup> of the African Court's judgment or it may endorse consensual compliance agreements.<sup>33</sup>

The African Court's compliance judgments must establish whether the state has fully, partially or completely failed to comply with its determination.<sup>34</sup> Its compliance judgment must not only 'refer to the original judgment as to which aspects of the order have or have not been implemented'<sup>35</sup> but also explicitly 'underscore the outstanding elements necessary to attain full compliance by the State'.<sup>36</sup> Where compliance hearings fail to take place, the African Court may instruct 'the Registry to notify the parties on the status of compliance for

22 Draft Framework (n 10) para 11.

23 Draft Framework (n 10) para 12.

24 As above.

25 Draft Framework (n 10) para 13.

26 para 13(a).

27 para 13(b).

28 para 13(i).

29 para 13(ii).

30 para 13(iii).

31 para 13(iv).

32 para 13(c).

33 para 14.

34 para 15.

35 As above.

36 Draft Framework (n 10) para 15.

purposes of reporting'.<sup>37</sup> Cases where a state has failed to comply will be labeled as 'non-compliant'.<sup>38</sup> Labeling of a case as 'non-compliant' will happen where 'none of the parties fails to respond';<sup>39</sup> or fails to submit 'a report within the stated time'.<sup>40</sup> A case will be removed from the 'non-compliant' category when 'the Respondent State has formally submitted its implementation report provided under the Protocol, and Court Rules'.<sup>41</sup>

The Assembly retains the power to impose sanctions against non-compliant states in accordance with the terms of article 23 of the Constitutive Act.<sup>42</sup> However, sanctions may be imposed only in 'in deserving cases'.<sup>43</sup> What constitutes 'deserving cases' has not been defined under both the Constitutive Act and the proposed Draft Framework. It would be ideal for the Draft Framework to explicitly clarify the criteria for qualifying cases as 'deserving' under the African Court Rules and Procedure.

The Draft Framework permits the Assembly to discuss, 'prior to a final decision of the Assembly on the matter',<sup>44</sup> with non-complying state(s) any alternative measures for purposes of ensuring compliance. Where a state fails to implement a decision adopted by the Executive Council after being authorised to do so, the PRC may be requested to follow-up with the respondent state.<sup>45</sup> In the exercise of its powers under this authority, the PRC may recommend to the Executive Council for the deployment of a number of incentives including provision of support by any AU organ and other institution with relevant functions to the respondent state.<sup>46</sup> The PRC may also set down a timeframe of 'three months' within which the respondent state may engage with the AU organ on compliance.<sup>47</sup> The PRC may also give the responsible state flexibility on the time within which it should report its compliance. However, the period must not exceed six months, which can be extended by a further period of three months.<sup>48</sup> The provision of time extensions and other incentives to responsible states is a recipe for problems. States may capitalise on such provisions to delay the implementation process of the African Court's judgment.

37 para 18.

38 As above.

39 Draft Framework (n 10) para 18.

40 As above.

41 Draft Framework (n 10) para 18.

42 Constitutive Act of the African Union (2000).

43 Draft Framework (n 10) para 41(v).

44 para 41(ii), (iii).

45 para 27.

46 para 27(a).

47 para 27(b).

48 As above.

## 4 ANALYSIS OF THE PROPOSED DRAFT FRAMEWORK

As earlier stated, the Draft Framework proposes a hybrid model which combines the ‘judicial’<sup>49</sup> and ‘political’<sup>50</sup> models of supervising state compliance with judgments of the African Court. The ‘judicial’ and ‘political’ models are practiced by the Inter-American Court on Human Rights (Inter-American Court) and the European Court on Human Rights (European Court), respectively.<sup>51</sup> The enforcement of judgments by the above two tribunals is slightly different. Supervision of state compliance with judgments of the European Court is undertaken by the Committee of Ministers of the Council of Europe (CoM).<sup>52</sup> In practice, the CoM is advised and assisted by the Department for the Execution of Judgments of the Court.<sup>53</sup> Under this system, political institutions within the Council of Europe play an active role in ensuring that states comply with decisions of the European Court. The proposal to set up the unit under the Draft Framework is, therefore, drawn from this practice. Like the European Court, where the CoM, a political body, monitors states’ compliance with judgments of the European Court, the Unit is also earmarked for a similar role.

Under the Inter-American system, on the other hand, the Inter-American Court takes a central and active role in ensuring that states implement its judgments. The American Convention on Human Rights (American Convention) did not originally establish a body to monitor states’ compliance with judgments of the Inter-American Court. Judges developed this practice<sup>54</sup> and influenced its acceptance by the Organisation of American States (OAS) General Assembly.<sup>55</sup> The Inter-American Court relied on a number of provisions of the American Convention to establish its legal basis.<sup>56</sup> The Inter-American Court, on its own initiative, developed procedures where its compliance phase of litigation specifically focuses on developing measures that would compel states to implement its decisions including reparation orders. In other words, the Inter-American Court leaves the responsibility of

49 Draft Framework (n 10) para 9.

50 para 7.

51 See R Murray ‘Implementation of the judgments of the African Court on Human and Peoples’ Rights’ *The ACTHPR Monitor*, 6 August 2019, available at <http://www.acthprmonitor.org/implementation-of-the-judgments-of-the-african-court-on-human-and-peoples-rights/> (accessed 19 September 2020).

52 Article 46, European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms.

53 Council of Europe, *Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: presentation of the Department*, available at <https://www.coe.int/en/web/execution/presentation-of-the-department> (accessed 6 August 2020).

54 *Baena-Ricardo et al. v Panama*, Inter-American Court (28 November 2003) (Competence) paras 110–113.

55 AG/RES.1330 (XXV-O/95), *Observations and Recommendations Concerning the Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights* (1995).

56 *Velasquez Rodriguez v Honduras*, Inter-American Court (10 September, 1996) (Compliance with Judgment).



monitoring state compliance with its decisions to the Inter-American Court itself. This is where the Draft Framework slightly differs from the Inter-American Court as, although the African Court has the opportunity to monitor states' compliance with its judgments, it does not actively do so like the Inter-American Court. Although the OAS General Assembly receives reports on state compliance, it does not actively monitor implementation of the said judgements.

The adoption of a hybrid model by the African Court is opportune as it progressively equips it with the ability to adapt and utilise all available avenues for ensuring that its judgments are complied with by states. It also enables the African Court to be actively involved in ensuring that states comply with its judgments. With the proposed hybrid model, enforcement of the African Court's judgments is no longer the sole responsibility of, as it will be argued below, non-judicial institutions. However, the concern with the hybrid model is the over-reliance on non-judicial institutions in the enforcement of the African Court's judgments. This is significant considering that states are currently showing resistance to the determinations of both the African Court and the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission). For instance, the PRC in 2018 adopted a decision criticising parts of the Activity Report of the African Commission and the African Court that condemned member states for failing to comply with their decisions. In this resolution, the PRC adopted the following decision:<sup>57</sup>

The naming and shaming of Member States should be avoided to the extent possible as this does not create a conducive environment between the Court and member states. In this regard, it was proposed that the Court should have other channels of dialogue with Member States on challenges being faced by the Court.

The above decision was adopted in support of Rwanda's contention that the activity reports of the two bodies lack impartiality against the country.<sup>58</sup> At the PRC meeting, Rwanda

informed the PRC that the non-execution of the Court orders on provisional measures was deliberate in relation to the court accepting applications from genocide fugitive convicts. In addition Rwanda requested that paragraph 10 of the draft Decision, relating to the report of the African Court on Human and Peoples' Rights related to the refusal of the United Republic of Tanzania and the Republic of Rwanda to comply with provisional measures ordered by the Court be deleted.<sup>59</sup>

The above unfavourable reaction of Rwanda is further compounded by the actions of some of the member states who have withdrawn their article 34(6) declaration to the African Court Protocol which allows individuals and non-governmental organisations direct access to the African Court.<sup>60</sup>

57 See PRC/Rpt(XXXV)Rev.1, *Report of the Thirty-Fifth Ordinary Session of the PRC*, (2018), para 110 (xiii).

58 Draft Framework (n 10) para 110 (x).

59 As above.

60 Tanzania withdrew its declaration on 14 November 2019. See information on member states that withdrew their declaration from African Court's official website, available at <https://www.african-court.org/en/index.php/basic-documents/declaration-featured-articles-2> (accessed 7 August 2020).

While the position of the African Court in the eight step-by-step proposals contained in the Draft Framework are well articulated, there is an over-ascription to non-judicial institutions from step IV (submission of report to the Executive Council through the PRC)<sup>61</sup> to step VII (Assembly adopting actions on enforcing the judgment).<sup>62</sup> There is nothing inefficient in fortifying the enforcement of the Court's judgments through political institutions. However, it is difficult to reconcile concrete successes behind this practice internationally. Actually, on this point, the results are mixed and unconvincing.<sup>63</sup>

With regard to step V of the Draft Framework, the PRC 'may' recommend a number of incentives to be deployed including establishing a fund which will go towards the responsible state's implementation of the decision.<sup>64</sup> When the report is taken to the Executive Council under step VI of the Draft Framework, it 'may' be referred 'back to the PRC for follow-up until a time to be decided, which will not exceed the timeline provided for follow-up under the PRC'.<sup>65</sup> The Draft Framework is silent on what will happen to those states that failed to comply with the orders of the African Court even after their cases were referred back to the PRC. It is also silent on what happens if a state's delay to implement the African Court's judgment is as a result of the conduct of one of the African Union's organs'. For instance, what will happen if, after the Executive Council refers back a case to the PRC, the latter exceeds 'the timeline provided for follow-up under the PRC'?<sup>66</sup> These are some of the issues that could be considered for interrogation in the Draft Framework.

Further, the Draft Framework provides that states that have complied with the judgment of the African Court 'may' be recognised and those that have failed to comply may be called upon 'to undertake necessary measures for implementation as set out by the Court or agreed during the engagement with the PRC and the Executive Council'.<sup>67</sup> In cases of non-compliance, the Assembly 'may decide to deploy' measures including 'recommendations and draft decisions submitted by the Executive Council'.<sup>68</sup> The above wording of the Draft Framework does not 'mandate' nor 'compel' AU's political organs to enforce judgments of the African Court. The provisions are simply not binding nor oblige a respondent state; instead the African Court is not only reduced to a spectator who is dependent on political processes to play out before intervening, but also powerless in light of the step-by-step format of the Draft Framework.

It is also significant to note that although the AU organs adopt decisions by consensus, the fact that the Draft Framework proposes the

61 Draft Framework (n 10) para 7.

62 Draft Framework (n 10) para 11.

63 Liwanga (n 11).

64 Draft Framework (n 10).

65 Draft Framework (n 10) para 33.

66 As above.

67 Draft Framework (n 10) para 34.

68 para 41.

consideration of compliance reports by various organs of the AU raises the challenge of voting procedures.<sup>69</sup> According to article 7 of the Constitutive Act, decisions of the Assembly are undertaken by consensus or an affirmative vote of two-thirds of the member states of the Union.<sup>70</sup> The same applies to voting procedures related to decisions of the Executive Council<sup>71</sup> and the PRC.<sup>72</sup> These voting procedures create the perception that political rather than legal reasons are behind the adoption of their decisions.<sup>73</sup> If politics dominate the decision making processes of the AU organs while monitoring state compliance with decisions of the African Court, there is likelihood that all the three AU organs proposed by the Draft Framework to monitor state compliance will be compromised and the monitoring process may face difficulties.

Another drawback relates to the invocation of sanctions. According to article 23 of the Constitutive Act, sanctions may be imposed only in 'deserving cases'. However, article 23 of the Constitutive Act is problematic in a number of ways. First, as observed by Liwanga, the adoption of sanctions against non compliant states is not mandatory.<sup>74</sup> Second, 'the characteristics of political and economic sanctions are ambiguous given that the provisions of the AU Constitutive Act on this issue are not 'eloquent' enough.<sup>75</sup>

Another difficulty with the Draft Framework is the proposition of the hybrid model itself. As already alluded to, the hybrid model was settled for after a comparative study on how the Inter-American Court and the European Court monitor states' implementation of their judgments. Both the Inter-American Court and the European Court face numerous challenges pertaining to state compliance with their own judgments.<sup>76</sup> Studies conducted by a number of commentators

69 Liwanga (n 11) 137.

70 See also Rule 18 of the Rules of Procedure for the Assembly.

71 Article 11 of the Constitutive Act; also Rule 19 of the Rules of Procedure for the Executive Council.

72 Rule 13 of the Rules of Procedure for the PRC.

73 Liwanga (n 11) 137-139.

74 Liwanga (n 11) 139.

75 As above.

76 For a compressive and interesting analysis on the literature on this subject: SL Saborio 'Successes and failures of the Inter-American system of human rights in the case of *Baena Ricardo et al v Panama*' (Case Law 25) (2009) 5 *Revista Centre for Justice and International Law* 38; A Huneeus 'International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdictions of the human rights courts' (2013) 107(1) *American Journal of International Law* 1-44; D Baluarte 'Strategizing for compliance: the evolution of a compliance phase of Inter-American Court litigation and the strategic imperative for victims' representatives' (2012) 27 *American University International Law Review* 263; SR Ratner and others (eds) *Accountability for human rights atrocities in international law: beyond the Nuremberg legacy* (2009); BD Tittmore 'Ending impunity in the Americas: the role of the Inter-American human rights system in advancing accountability for serious crimes under international law' (2006) 12 *South Western Journal of Law and Trade America* 429; TM Antkowiak 'Remedial approaches to human rights violations: the Inter-American Court of Human Rights and beyond' (2008) 46 *Columbia Journal of Transnational Law* 351; JL Cavallaro and others 'Re-evaluating regional human rights litigation in the

have highlighted poor records on state compliance with judgments of the Inter-American Court.<sup>77</sup> Compliance with reparation orders for ‘money damages or costs’,<sup>78</sup> and ‘symbolic admissions of responsibility and apologies to affected persons’,<sup>79</sup> received high compliance levels. Statistically, ‘out of 31 such measures ordered by the [Inter-American Court], 84 have been implemented, which is a rate of approximately 64 percent.’<sup>80</sup> However, the record was different when it came to compliance with orders for states to conduct criminal investigations for crimes ‘characterised as an international crime’.<sup>81</sup> This shows that there is selective implementation of reparation orders imposed by the Inter-American Court as not all of them are implemented by member states.

Baluarte’s study also established that for these types of measures only 1 had been fully implemented during the period under review (2012-2013), representing ‘a 2 percent compliance rate.’<sup>82</sup> Judge Cancado Trindade once acknowledged the difficulties that the Inter-American Court faces when it comes to state compliance with its judgments and called for the ‘Europeanisation’<sup>83</sup> of the Inter-American Court’s system of state compliance if things were to improve. Europeanisation of the Inter-American Court entailed the involvement of the OAS General Assembly in monitoring state compliance with its judgments unlike the current practice where the latter is not involved.<sup>84</sup>

The same is the trend with respect to state compliance with reparation orders of the European Court. A good example of this problem can be shown through what transpired in two cases involving the United Kingdom (UK). In the case of *Hirst (No. 2) v UK*,<sup>85</sup> and the pilot-judgment *MT and Greens v UK*,<sup>86</sup> both of which concerned the voting rights of prisoners, successive governments of the UK have failed

twenty-first century: the case of the Inter-American Court’ (2008) 102 *American Journal of International Law* 768; DH Hawkins & W Jacoby ‘Partial compliance: a comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights’ (2010) 6 *Journal of International Law and International Relations* 35; F Basch and others ‘The effectiveness of the Inter-American system of human rights protection: a quantitative approach to its functioning and compliance with its decisions’ (2010) 7 *Sur International Journal on Human Rights* 9.

77 DA Gonzalez-Salzberg ‘Do states comply with the compulsory judgments of the Inter-American Court on Human Rights? An empirical study of the compliance with 330 measures of reparation’ (2014) *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 13.

78 Baluarte (n 76) 290-291.

79 Baluarte (n 76) 292.

80 As above.

81 Huneeus (n 76) 15-16; Baluarte (n 76) 298.

82 As above.

83 Baluarte (n 76) 281-282.

84 As above.

85 *Hirst v UK (No 2)* (2006) 42 EHRR 41; John Hirst, ‘Prisoner voting and the rule of law: the irony of non-compliance’, *Oxford Human Rights Hub*, available at <http://ohrh.law.ox.ac.uk/prisoner-voting-and-the-rule-of-law-the-irony-of-non-compliance/> (accessed 25 September 2020).

86 *MT and Greens v UK* (2011) 53 EHRR 21.

to comply with the two judgments of the European Court contrary to their treaty obligations.<sup>87</sup> The CoM also failed to enforce the judgment of the European Court in the case of *Khashiyev v Russia*,<sup>88</sup> where the Russian Federation was ordered to compensate the applicant and other victims. The above cases highlight the challenges facing the CoM in enforcing judgments of the European Court.

The foregoing observations, therefore, attest to the fact that although the Inter-American Court and the European Court have made tremendous progress in monitoring states' implementation of their judgments, they also continue to face challenges. The resolution by the African Court to adopt a hybrid model is an indication that both the political or judicial models, *per se*, are not persuasive for the African Court to adopt severally. The hybrid model gives the African Court, both the security and advantage, to utilise all available options including political mechanisms in enforcing its judgments. It also uniquely places the African Court in a position of strength as it has the option of choosing on which approach to take in a given situation depending on circumstances.<sup>89</sup>

The limitations and challenges presented by the hybrid model should serve as a touchstone for evaluating the proposed Draft Framework; redesigning and restructuring it as a foundation for a strong enforcement regime for the African Court. The African Court needs to lay a foundation for a strong enforcement regime through legal reforms including localising the enforcement of its judgments in member states' legal framework. As the Draft Framework calls for an amendment to African Court's Rules of Procedure and other relevant documents that would enable the formalisation of new processes and practices,<sup>90</sup> it would be ideal for the enforcement of judgments to be localised in member states' legal systems.

## 5 LOCALISATION OF JUDICIAL DECISIONS

Localisation of judgments of the African Court entails the ability by states to allow the enforcement of its judgments before national courts, using national legal framework. It is a call for state parties to the African Court to explicitly provide in their legislative framework provisions that mandate national courts to 'adjudicate compliance issues with

87 M Foster '*Hirst v United Kingdom* (No 2): A Danger for Both the UK and Europe' (2013) *King's Student Law Review* online at <https://blogs.kcl.ac.uk/kslr/?p=409> (accessed on 11 August 2020). E Bates 'The continued failure to implement *Hirst v UK*' (2015) *European Journal of International Law Talk*, at <https://www.ejiltalk.org/the-continued-failure-to-implement-hirst-v-uk/> (accessed 25 September 2020).

88 *Khashiyev v Russia; Akayeva v Russia* (2005) EHRR 42.

89 On why a strong regional court like the African Court is important for democracy, rule of law and human rights in general, see K Nyman-Metcalf and others 'Why should we obey you? Enhancing implementation of rulings by regional courts' (2017) 1 *African Human Rights Yearbook* 167-190.

90 Draft Framework (n 10) para 4(vi).

international judgments'.<sup>91</sup> Localisation is not an invitation for the African Court to replace national courts. It rather is a call for member states to utilise their already existing national legal frameworks to enforce the African Court's judgments.

This idea stems from the premise that in almost all African Court's member states there are laws and practices around enforcement of foreign judgments. The only difference is the manner in which these laws are enforced, particularly between common law and civil law jurisdictions.<sup>92</sup> With the proposed Draft Framework, states need to redesign their laws in such a way that the definition of 'court' should include international tribunals like the African Court. The Rules of Court of the African Court should also incorporate the concept of localisation as defined above. Rule 64 of the Rules of the Court, which deals with notification of judgment of the African Court, and also empowers the Executive Council to monitor execution of judgments, must be amended to incorporate the principle of localisation.

The Constitutional Court of South Africa extended the concept of 'foreign court' under the country's common law principles to include an international 'tribunal'<sup>93</sup> when it was faced with an appeal against the order of the High Court. In *the Government of the Republic of Zimbabwe v Fick (Fick case)*,<sup>94</sup> the High Court of South Africa had authorised the registration and enforcement of a cost order against the Government of the Republic of Zimbabwe in favour of the applicant and other farmers. The facts leading to the Constitutional Court's application were that the SADC Tribunal had delivered a judgment in favour of a group of farmers whose land was expropriated by the Government of Zimbabwe without compensation. The farmers failed to enforce their orders before the SADC Tribunal. After failing on their numerous attempts to enforce the SADC Tribunal judgment, they approached the High Court to register and enforce the orders of the SADC Tribunal. The High Court granted the order and on appeal, the Constitutional Court held that the High Court had correctly allowed the enforcement of the order in South Africa. In order to arrive at this conclusion, the Constitutional Court 'developed the common law on the enforcement of foreign judgments and orders to apply it to the Tribunal'.<sup>95</sup> The foregoing extension allowed the Constitutional Court to find jurisdiction for the High Court and other domestic courts in the country to register the costs order. This reasoning ought to equally apply to the African Court.

91 Liwanga (n 11) 148.

92 T Maluwa 'The incorporation of international law and its interpretational role in municipal legal systems in Africa' (1998) 23 *South African Yearbook of International Law* 45-64; AO Adede 'Constitutionalism, culture and tradition: African experience on the incorporation of treaties into domestic law' (1999) 7 *African Yearbook of International Law Online* 239; RF Oppong 'Enforcing judgments of the SADC Tribunal in the domestic courts of member states' (2010) *Monitoring Regional Integration in Southern Africa Yearbook* 115.

93 *Government of the Republic of Zimbabwe v Fick and others* 2013 5 SA 325 (CC) para 72.

94 As above.

95 As above.

The execution of judgments of regional international tribunals before national courts is not new to most AU member states. It is a principle that is already part of the law of four sub-regional economic integration tribunals of ECOWAS Court of Justice, the EAC Court of Justice, the COMESA Court and the SADC Tribunal, to which most of the state parties to the African Court Protocol are also affiliated. Article 24(2) of the Supplementary Protocol to the ECOWAS Court of Justice<sup>96</sup> states as follows:<sup>97</sup>

Execution of any decision of the Court shall be in form of a writ of execution, which shall be submitted by the registrar of the Court to the relevant Member State for execution according to the rules of civil procedure of that Member State.

Article 24(3) of the Supplementary Protocol to the ECOWAS Court of Justice also imposes an obligation on the appointed authority of an ECOWAS member state to enforce a writ issued by the ECOWAS Court in its territory. Once the national appointed authority verifies the authenticity of the writ, it cannot be questioned. Article 44 of the Treaty for the Establishment of the East African Community (EAC Treaty)<sup>98</sup> has a similar provision:<sup>99</sup>

The execution of a judgment of the Court which imposes a *pecuniary obligation* on a person shall be governed by the rules of civil procedure in force in the Partner State in which the execution is to take place.

The responsibility for verifying the authenticity of the East African Court of Justice's judgment is vested in the Registrar of the Court.<sup>100</sup> According to article 40 of the Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA Treaty) an order for execution,

shall be appended to the judgment of the Court which shall require only the verification of the authenticity of the judgment by the Registrar whereupon, *the party in whose favour execution is to take place, may proceed to execution in accordance with the rules of civil procedure in force in that Member State.*<sup>101</sup>

Article 32(1) of the SADC Tribunal Protocol<sup>102</sup> also explicitly states that the 'laws and rules of civil procedure for the registration and enforcement of foreign judgments in force in the territory of the state in which the judgment is to be enforced shall govern enforcement'.

96 Supplementary Protocol A/SP.1/01/05 Amending the preamble and articles 1, 2, 9 and 30 of Protocol A/P.1/7/91 Relating to the Court of Justice and article 4 paragraph 1 of the English version of the said Protocol, done at Accra, Ghana 19 January 2005, available at [http://prod.courtecowas.org/wp-content/uploads/2018/11/Supplementary\\_Protocol\\_ASP.10105\\_ENG.pdf](http://prod.courtecowas.org/wp-content/uploads/2018/11/Supplementary_Protocol_ASP.10105_ENG.pdf) (accessed 25 September 2020).

97 Emphasis added. See also the Revised Treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS), Protocol (A/P.1/7/91) on the Community Court of Justice of the Economic Community of West African States, done at Abuja on 6 July 1991.

98 The Treaty for the Establishment of the East African Community, done at Arusha, Tanzania, 30 November 1991 (as amended on 14 December 2006 and 20 August 2007).

99 Emphasis added.

100 Article 44 of the EAC Treaty.

101 Emphasis added.

102 See Protocol on Tribunal in the Southern African Development Community done on 7 August 2000.

Member states of SADC are also obliged under article 32(2) of the SADC Protocol to 'take forthwith all measures necessary to ensure execution of decisions of the Tribunal' as they are binding and 'enforceable within the territories of the states concerned.'<sup>103</sup>

Apart from the EAC and COMESA Courts' treaties allowing for domestic enforcement of *pecuniary obligations* only, and conferring the court discretion on where to enforce their judgments,<sup>104</sup> two themes stand out in the above sub-regional economic integration community treaties. First, they contain the principle of 'recognition, promotion and protection of human and peoples' rights in accordance with the provisions of the African Charter on Human and Peoples' Rights'.<sup>105</sup> All the sub-regional economic integration tribunals reference the African Charter in their pursuit of 'recognition and observance of the rule of law',<sup>106</sup> among other values.<sup>107</sup> In the case of the African Court, the Rules of Procedure yet to be adopted need to also incorporate the domestic enforcement of 'any judgment' including cases with non-pecuniary obligations as most of its reparation orders are non-pecuniary in nature. Each state party to the African Court Protocol must equally move towards enforcing non-pecuniary foreign judgments. Second, the enforcement of judgments of all regional tribunals cited above is in accordance with the respective member states' rules of civil procedure. This means that once a judgment is delivered by the African Court, the petitioners may start proceedings on enforcement of judgments against the respondent state using the national legal framework. This makes the implementation of tribunal judgments potentially different among member states as common law and civil law systems sometimes follow different procedures and practices on the enforcement of foreign judgments.<sup>108</sup> What matters is that domestic processes on enforcing foreign judgments are followed.

It is also significant to note that a majority of the AU member states belong to one or two of the four major sub-regional economic integration Communities whose founding instruments entrench the

103 Article 32(3), SADC Tribunal Protocol.

104 Liwanga (n 11) 120.

105 Article 6(e) of the COMESA Treaty. In the EAC other provisions that also reference the promotion and protection of human rights include articles 3(3)(b), 5(1), (3)(f), 120, 123, 124, 146 and 147.

106 Article 6(g) of the COMESA Treaty.

107 Article 4 of the Consolidated Text of the Treaty of the Southern African Development Community; articles 6(d) and 7(2) of the Treaty for the Establishment of the East African Community, signed in Arusha Tanzania, on 30 November 1999; Preamble and article 4(g) of the Revised Treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS), done at Cotonou, Benin on 24 July 1993, also available online at <https://www.ecowas.int/wp-content/uploads/2015/01/Revised-treaty.pdf>, (accessed 11 August 2020); *Ousainoue Darboe and 31 Others v The Republic of Gambia*, 20 January 2020, (Suit No ECW/CCJ/APP/27/1) (Judgment No ECW/CCJ/JUD/01/20), available at <http://prod.courteco.was.org/wp-content/uploads/2020/03/JUD-ECW-CCJ-JUD-01-20-OUSAINOU-DARBOE-JUDGEMENT-FINAL-20-January-2020-3.pdf>, (accessed 25 September 2020); J Otieno-Odek *Judicial enforcement and implementation of EAC law* (2017) 467-485.

108 Liwanga (n 11) 140-141.



principle of enforcing their tribunal judgments before national courts using national laws and practices. ECOWAS has 15 member states,<sup>109</sup> SADC has 16 member states,<sup>110</sup> COMESA has 19 member states<sup>111</sup> and the EAC has 5 member states.<sup>112</sup> Approximately 10 of these member states, who are also AU member states, belong to multiple regional economic integration community arrangements. This means that a majority of AU member states are parties to treaties that entrench the principle of enforcing foreign judgments before national legal frameworks. It is, therefore, difficult to reconcile why state parties to the African Court take a hostile position on this subject while belonging to the above cited sub-regional court arrangements. While most pieces of legislation on enforcement of foreign judgments are based on reciprocity between or among states, the fact that a majority of AU member states have ratified or consented to the above four treaties strengthens the case for the enforcement of African Court's judgments before national courts.

Strengthening national judicial and political systems for enforcing human rights violations also finds support in academic scholarship.<sup>113</sup> Using the case study of the European Court's response to the growing backlog of cases filed by individual complainants, Helfer argues that the ECHR must recognise the principle of 'embeddedness' in national legal systems'.<sup>114</sup> This principle aims at incentivising national courts to apply principles of the European Convention as interpreted by the European Court,<sup>115</sup> so as to ensure that such principles are embedded in national laws. Helfer's argument calls for the redesigning and strengthening of international tribunals' supervisory systems so that instead of micromanaging the enforcement of state compliance with the European Court, they empower national courts to apply community principles domestically.<sup>116</sup> The principle of 'embeddedness', with its focus on strengthening national or local mechanisms for enforcing human rights violations, is similar to localisation. Just like localisation, it targets the entrenchment of Community law principles in domestic legal systems thereby capacitating national courts in enforcing Community judgments.

109 Treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS) concluded at Lagos on 28 May 1975; The Revised Treaty of the Economic Community for West African States (ECOWAS) done at Cotonou, 24 July 1993.

110 The Consolidated Text of the Treaty of the Southern African Development Community, signed on 21 October 2015.

111 Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa, done at Kampala, Uganda, on 5 November, 1993.

112 Treaty for the Establishment of the East African Community, done at Arusha, Tanzania on 30 November, 1991 (as amended on 14 December 2006 and 20 August 2007).

113 LR Helfer 'Redesigning the European Court of Human Rights: embeddedness as a deep structural principle of the European Court of Human Rights regime' (2008) 19 *European Journal of International Law* 125-159, 126.

114 Helfer (n 113) 125.

115 Helfer (n 113) 153.

116 Helfer (n 113) 130.

Huneus' thesis, on the other hand, is that international tribunals must foster good relationships with national judicial and political mechanisms if state compliance with their judgments is to be improved.<sup>117</sup> According to Huneus, international tribunals must 'reach out to the judicial organs of the nations against which they issue judgments',<sup>118</sup> so that mutually beneficial relationships that 'foster the commitment of these state actors to the implementation project'<sup>119</sup> are cultivated. While Huneus's thesis promotes advocacy initiatives between regional human rights tribunals and national courts to promote compliance, it is a call for community courts to 'be attendant to the national context'<sup>120</sup> in which such courts operate. Although Huneus's scholarship takes a slightly different approach to that of Helfer, they both advocate for the localisation of judicial operations so that remedies imposed by international tribunals are easily implemented at home. Their approaches encourage community courts to not lose sight of both the building of relationships with national courts and establishing synergies of their work.

Oppong argues that enforcing judgments before national courts is 'perhaps the most potentially effective means for securing compliance with decisions of international courts and enhancing the effectiveness of international adjudication.'<sup>121</sup> According to him, the usage of national courts in the enforcement of tribunal judgments depoliticises 'the post adjudicative phase of international litigation.'<sup>122</sup> He argues that the other benefit of enforcing international judgments in national courts is that this process helps in the linkage of the two systems,<sup>123</sup> which in the long run helps in the integration agenda of most African countries. Oppong also highlights the fact that post-adjudicative process in national courts, unlike international tribunals, is 'rule oriented, and can therefore be beneficial to individuals'<sup>124</sup> that brings up their claims before their international human rights tribunals. Oppong's thesis puts in perspective the need to reconsider and restructure the Draft Framework as, in its current state, it does not provide for the localisation of enforcing African Courts judgments. The Draft Framework does not promote the development of synergies and relationship building between the African Court and national courts.

The Draft Framework can be strengthened if it formalises the place of national legal processes in the enforcement agenda. While localisation of tribunal judgments has its challenges including the absence of national laws that incorporate the principles for its domestic application, it is a progressive way of ensuring that individuals who

117 Huneus (n 76) 493

118 Huneus (n 76) 526.

119 As above.

120 Baluarte (n 76), see also G Neuman 'Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights' (2008) 19 *European Journal of International Law* 101.

121 Oppong (n 92) 121.

122 As above.

123 Oppong (n 92) 121.

124 As above.

seek for remedy before international tribunals enjoy the fruits of their litigation. Since various AU organs will be required to consider the Draft Framework, the African Court can leverage the opportunity that is beginning to manifest with the proposed Draft Framework and enact a provision similar to the one contained in the Agreement establishing the Caribbean Court of Justice.<sup>125</sup> Article XXVI(a) of this Agreement calls for the

the enactment of legislation to ensure that [...] any judgment, decree, order or sentence of the Court given in exercise of its jurisdiction shall be enforced by all courts and authorities in any territory of the Contracting Parties as if it were a judgment, decree, order or sentence of a superior court of that Contracting Party.<sup>126</sup>

The importance of this provision is that it shifts the responsibility of complying with treaty obligations to member states. State parties to the African Court Protocol cannot, therefore, object to complying with its judgment if the above provision is adopted as part of Community law, nor cite the existence of national law for its failure to comply. The EACJ in the case of *Peter Anyang Nyongo v The Attorney General of the Republic of Kenya*,<sup>127</sup> clarified this principle in the following way:<sup>128</sup>

It cannot be lawful for a state that with others voluntarily enters into a treaty by which rights and obligations are vested, not only on the state parties but also on their people, to plead that it is unable to perform its obligation because its laws do not permit it to do so.

Localisation of decisions of the African Court in national legal mechanisms accords an opportunity for national courts to influence state compliance with judgments of international tribunals. As the Draft Framework focuses largely on the influence of political mechanisms at Community level with respect to the role of the PRC, the Executive Council and the Assembly, to monitor state compliance with decisions of the African Court leaving out national legal processes, there is need to include them in the reform agenda.

## 6 CONCLUSION

This article has analysed the Draft Framework for monitoring judgments of the African Court and also recommended ways of strengthening it. The article argues that while the Draft Framework gives the African Court a host of possible options which can be deployed to improve state compliance with its decision, it needs strengthening. One way of doing so is to localise the enforcement regime of the African Court in national legal systems. Localisation of the enforcement of African Court's judgments can be attained through the amendment of the Rules of the Court, and also where AU member states domesticate the enforcement of the Court's rules before their national legal framework. Incorporating provisions on enforcing judgments of the

125 Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice, done at St. Michael, Barbados on 14 February 2001; Oppong (n 92) 127.

126 Article XXXVI(a) of the Agreement establishing the Caribbean Court of Justice.

127 *Peter Anyang Nyongo v The Attorney General of the Republic of Kenya*, EACJ Reference 1 of 2006, Judgment of 30 March 2007.

128 As above, 41.

African Court before national courts is not foreign to most of the member states belonging to the four sub-regional tribunals of ECOWAS, EAC, COMESA and SADC that have similar provisions and practices. Thus, the African Court's Rules and practices must focus on formalising the processes and practices of localisation so that a culture of compliance with judgments of the African Court can be developed.

The above discussion has disclosed that the African Court does not have a provision that compels state parties to the Court Protocol to enforce its judgments before national courts. It also does not provide for the obligation of member states to incorporate or domesticate the enforcement of African Court's judgments under their national laws. Prioritising the linkage between the enforcement regime of the African Court and member states' national courts must be the focus of the proposed Draft Framework. The reform agenda must incorporate the principles of localisation so that 'national courts [are empowered] to execute, more or less automatically'<sup>129</sup> judgments of the African Court. As it has already been discussed, empowering national courts to enforce judgments of international tribunals is not new to the African continent as the founding instruments of four regional integration communities of ECOWAS, EAC, COMESA and SADC also permit the enforcement of their judgments before national courts. However, this cannot be possible if member states of the African Court, particularly those from dualist systems, do not incorporate the principle of localisation of judgments under their laws. Liwanga rightly makes this observation:<sup>130</sup>

Empowering domestic courts to have jurisdiction over noncompliance with the judgments of international courts, would increase the likelihood that the beneficiaries of international judgments could get them enforced by approaching the municipal courts of the defaulting States and Parties.

In light of the foregoing, therefore, the Draft Framework must call for the registration of judgments of the African Court before national courts in accordance with respective member states' national legal framework on enforcement of foreign judgments. To ensure certainty, a judgment of the African Court must not be subject to review before national courts and must have the same effect as judgments delivered by national courts for purposes of execution.<sup>131</sup> Localisation of judgments of the African Court serves both functional and normative purposes in that resources and time spent on adjudicating cases before international tribunals are saved.<sup>132</sup> As for the normative function, localisation of judgments of the African Court helps in providing 'a measure of deference to national actors in situations where such deference is appropriate'.<sup>133</sup>

Another issue related to localisation of judgments of the African Court is that it helps in the relationship cultivation between Judges of the African Court and national courts. One area identified by Huneus

129 Helfer (n 113) 150.

130 Liwanga (n 11) 140.

131 Oppong (n 92) 134.

132 Y Arai-Takahashi *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR* (2002) 235.

133 Helfer (n 113) 128.

for improving state compliance with decisions of the Inter-American Court was the relationship between the court, public ministries and judiciaries from member states.<sup>134</sup> She argued that the Inter-American Court must

reach out to the judicial organs of the nations against which they issue judgments and build relationships of mutual understanding to foster the commitment of these state actors to the implementation project.<sup>135</sup>

The Draft Framework must, therefore, draw lessons from the above proposal and cultivate the establishment of institutional linkages between the African Court and superior national courts of member states.<sup>136</sup> One of the ways that the Inter-American Court introduced in order to enhance the improvement of state compliance with its judgments is the ‘joint hearings’ procedure which encouraged ‘discussions among the different representatives of the victims in each case and results in a more dynamic participation by the state officials responsible for implementing the reparations at the domestic level.’<sup>137</sup> The cultivation of the relationship between international and national judges and other stakeholders helps in developing dialogue on solutions among the parties to a case.<sup>138</sup>

134 Huneus (n 76) 493.

135 Huneus (n 76) 526.

136 Huneus (n 76) 151.

137 Huneus (n 76) 73.

138 Huneus (n 76) 12.

# أهمية تصديق مصر علي بروتوكول المحكمة الإفريقية

## لحقوق الانسان و الشعوب

مساعدة وعبد العاطي

<https://orcid.org/0000-0001-8481-9731>

**ملخص:** تعد المحكمة الإفريقية لحقوق الانسان والشعوب الهيئة القضائية الوحيدة ذات الولاية لحماية حقوق الإنسان في القارة ، ومن ثم فهي الذراع القضائي للاتحاد الإفريقي، علي الرغم من أن الدول الموقعة علي بروتوكول شرم الشيخ المؤرخ في 1 يوليو 2008، هي 30 دولة من أصل 54 ولم تصادق عليه إلي الان سوي 5 دول فقط ، الأمر الذي يتطلب تضافر جهود كل الدول الإفريقية في دعم و إنجاح المحكمة في رسالتها.

وتم دمج المحكمة الافريقية للعدل و المحكمة الافريقية لحقوق الانسان والشعوب في محكمة واحدة سميت بالمحكمة الإفريقية للعدل وحقوق الإنسان، الا ان البروتوكول المنشأ لم يدخل حيز النفاذ حتى الان.

كما حاولت الدراسة تبين أوجه معالم النظام القانوني المصري من حقوق الإنسان ، من خلال الموقف الدستوري الحالي ، والذي دل علي إعلاء الدولة المصرية لقيم و مبادئ حقوق الإنسان، وموقف مصر من التصديق علي بروتوكول المحكمة الإفريقية.

و خلصت الدراسة إلي تطبيق النظام القانوني المصري للأحكام القانونية التي وردت في صلب الميثاق الإفريقي لحقوق الانسان والشعوب، بما يدل و يقطع باحترام مصر لكافة مبادئ و قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، الأمر الذي يتطلب تصديق مصر علي بروتوكول المحكمة الإفريقية لحقوق الانسان والشعوب تتويجا لسياسيات و فلسفة الدولة المصرية في هذا المجال ، كما انتهت الدراسة بمجموعة من أهم النتائج و التوصيات القانونية.

### TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

#### The relevance of Egypt ratification of the Protocol creating the African Court of Justice and Human Rights

**ABSTRACT:** The African Court on Human and Peoples' Rights is the only judicial body with a mandate to protect human rights on the continent, and therefore it is the judicial arm of the African Union, despite the fact that the countries that signed the Sharm el-Sheikh Protocol of 1 July 2008, are 30 out of 54 and have not ratified it. So far, only five countries have ratified it thus suggesting the ratification requires a concerted efforts of all African countries. The African Court of Justice and the African Court of Human and Peoples' Rights were merged into one court called the African Court of Justice and Human Rights, but the established protocol has not yet entered into force. This article clarifies aspects of the human rights features of the Egyptian legal system, through the current constitutional position, which indicated that the Egyptian state upholds the values and principles of human rights, and Egypt's position on ratification of the African Court Protocol. The study concluded that the Egyptian legal system applies the legal provisions contained within the African Charter on Human and Peoples' Rights, in a way that demonstrates and interrupts Egypt's respect for all principles and rules of international human rights law, which requires Egypt's ratification of the protocol of the African Court on Human and Peoples' Rights as a culmination of policies and philosophy of the

Egyptian state in this field, as the study concluded with a set of the most important findings and legal recommendations.

## TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

### L'importance de la ratification par l'Égypte du Protocole créant la Cour africaine de justice et des droits de l'homme

**RÉSUMÉ:** La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est le seul organe judiciaire ayant pour mandat de protéger les droits de l'homme sur le continent, et par conséquent, c'est le bras judiciaire de l'Union africaine, malgré le fait que 30 sur 54 pays ont signé le Protocole de Charm el-Cheikh du 1er juillet 2008, seuls cinq pays l'ont ratifié. Ce qui nécessite les efforts concertés de tous les pays africains pour soutenir et réussir la mission de la Cour. La Cour africaine de justice et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ont été fusionnées en un seul tribunal appelé Cour africaine de justice et des droits de l'homme, mais le protocole établi n'est pas encore entré en vigueur. Cette étude clarifie certaines caractéristiques du système égyptien des droits de l'homme à travers la position constitutionnelle actuelle, qui indique que l'État égyptien défend les valeurs et les principes des droits de l'homme, et la position de l'Égypte à propos de la ratification du Protocole de la Cour africaine de justice. L'étude a conclu que le système juridique égyptien applique les dispositions juridiques contenues dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, d'une manière qui démontre et affirme le respect par l'Égypte de tous les principes et règles du droit international des droits de l'homme, ce qui exige la ratification par l'Égypte du protocole de la Cour africaine de justice comme point culminant des politiques et de la philosophie de l'État égyptien dans ce domaine. L'étude aboutit à l'ensemble des conclusions et recommandations juridiques les plus importantes.

#### : key words/ الكلمات الاساسية

المحكمة الإفريقية لحقوق الانسان والشعوب، النظام القانوني المصري، التصديق على بروتوكول المحكمة الإفريقية، الميثاق الإفريقي

#### Table of contents / جدول المحتويات

166.....	مقدمة
169.....	المبحث الأول: النظام القانوني للمحكمة الإفريقية لحقوق الانسان والشعوب
169.....	أولاً: النظام القانوني للمحكمة الإفريقية.
172.....	ثانياً: العلاقة بين المحكمة الإفريقية لحقوق الانسان والمحاکم الإفريقية الأخرى.
173.....	ثالثاً: العلاقة بين اللجنة الإفريقية والمحاکم الإفريقية لحقوق الانسان.
177.....	المبحث الثاني: القواعد العامة لحماية حقوق الانسان في النظام القانوني المصري.
181.....	الدستور المصري واتفاقيات حقوق الإنسان.
182.....	اتفاقيات حقوق الانسان والقوانين المصرية.
183.....	موقف مصر من المحكمة الإفريقية.

المبحث الثالث: العلاقة بين النظام القانوني المصري والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان وأهمية تصديق مصر علي بروتوكول المحكمة الأفريقية.....184

الخاتمة.....

188

## مقدمة :

تعتبر حقوق الإنسان حقوقاً متأصلة في جميع البشر، مهما كانت جنسيتهم، أو مكان إقامتهم، أو نوع جنسهم، أو أصلهم الوطني أو العرقي، أو لونه، أو دينهم، أو لغتهم، أو أي وضع آخر. بما يعني ان لنا كل الحق في التمتع بحقوقنا الإنسانية على قدم المساواة وبدون تمييز. وجميع هذه الحقوق مترابطة ومتآزرة وغير قابلة للتجزئة، وكثيراً ما يتم التعبير عن حقوق الإنسان بالعالمية، وتحمي هذه الحقوق، بواسطة القانون سواء من خلال المعاهدات، والقانون الدولي العرفي، وايضا المبادئ العامة، أو بمصادر القانون الدولي الأخرى. وفي ذات الوقت يرسى القانون الدولي لحقوق الإنسان التزامات قانونية مباشرة على الحكومات بالعمل بطرق معينة أو الامتناع عن أعمال معينة، من أجل تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية.

وبالتالي تُعد حقوق الإنسان بمثابة معايير عالمية تضمن تمتع جميع الأشخاص في العالم بمستوى معيشي لائق، وتتسم هذه المعايير بعدالتها ومساواتها وعدم التجزئة أو التمييز، إلى جانب شموليتها لجميع جوانب حياة الإنسان(1).

ومن هنا تكمن أهمية هذه الحقوق لكونها تعد تجسيداً وتمثيلاً لجوهر الكرامة الإنسانية.

إن المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان، والتي وردت لأول مرة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، من قبيل العالمية والترابط وعدم التجزئة والمساواة والبعد عن التمييز، إلى جانب شمول حقوق الإنسان في وقت واحد لكل من الحقوق والالتزامات المتصلة بأصحاب الحقوق والمسؤولين، قد تكررت في العديد من إتفاقيات وإعلانات وقرارات حقوق الإنسان الدولية. ومن الملاحظ اليوم أن كافة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة قد وقعت، على أقل تقدير، معاهدة واحدة من معاهدات حقوق الإنسان الدولية الأساسية، وأن ثمانين في المائة من هذه الدول قد صدقت على أربع معاهدات أو أكثر، مما يوفر تعبيراً ملموساً عن عالمية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وعن حقوق الإنسان الدولية.

وبناء على منجزات الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والذي دخل حيز النفاذ في عام 1976، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وقد أبرز هذان العهدهان معظم الحقوق المكرسة اليوم في العهد، وجعلها ملزمة بالفعل للدول التي صدقت عليهما.

وبمرور الوقت، أصبحت معاهدات حقوق الإنسان الدولية أكثر تركيزاً وتخصصاً، سواء بشأن القضايا قيد النظر أم الفئات الاجتماعية التي تتوخى حاجتها إلى الحماية. ويمكن القول أن مجموعة قوانين حقوق الإنسان الدولية مستمرة في التزايد وفي التطور، وكذلك في إبراز الحقوق والحريات الأساسية الواردة في التشريعات الدولية لحقوق الإنسان، مما يعني تناول الشواغل ذات الإهتمام



العالمي من قبيل التمييز العنصري والتعذيب وحالات الاختفاء القسري , وأمور الإعاقة وحقوق النساء والأطفال والمهاجرين والأقليات والشعوب الأصلية(2).

ومن هنا يتأتى دور القانون الدولي لحقوق الإنسان الذى يجسد الحماية القانونية لتلك الحقوق من خلال وضع التزامات يتحتم على الدول أن تحافظ عليها وعندما تصبح الدول أطرافاً في معاهدات دولية، يراعى أنها تضطلع بالتزامات وواجبات في إطار القانون الدولي تتصل باحترام وحماية وتطبيق حقوق الإنسان.

ولم يقف المجتمع الدولي فى اهتمامه بمسألة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية عند مجرد التوكيد على هذه الحقوق وتلك الحريات ووضع المعايير الدولية بشأنها، وإنما امتد كذلك إلى ما هو أبعد من ذلك بكثير، فقد أصبح المجتمع الدولي فى ظل قواعد القانون الدولي المعاصر، وخلافاً لما كان عليه الحال فى ظل قواعد القانون الدولي التقليدى طرفاً أصيلاً معنياً بمسألة حقوق الإنسان وصار يقف إزائها على قدم المساواة مع الدول المعنية أو تلك التى ينتمى إليها الأفراد الذين تنتهك حقوقهم.

وقد اتخذت هذه الآليات أو الضمانات صوراً عديدة فى التطبيق العملي، فإلى جانب أساليب الضغط المعنوي والأدبي التى تتمثل عادة فى توجيه اللوم كالإدانات اللفظية فى المحافل الدولية والتي تزخر بها قرارات وتقارير العديد من المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية كقرارات الأمم المتحدة، وتمارس بعض المنظمات الدولية سلطة رقابه وإشراف دوليين حقيقيين فيما يتصل بمدى التزام الدول بالقواعد والمعايير الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان(3).

ومن أهم تلك الآليات فى مجال احترام والتزام الدول بتطبيق قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان المحاكم الدولية على غرار محكمة العدل الدولية باعتبارها صاحبة الولاية القضائية الشاملة والإدابة القانونية الرسمية لمنظمة الأمم المتحدة، وايضا المحكمة الجنائية الدولية ، وهناك المحاكم الإقليمية لحقوق الإنسان والتي أضحت لها دوراً محورياً وملموساً فى هذا المجال.

ويأتى دور المحاكم الإقليمية لحقوق الإنسان مكماً وداعماً لدور منظمات الأمم المتحدة المختلفة ومن بينها أجهزتها القضائية، فى حماية حقوق الإنسان عالمياً، والتعاون المشترك فى التأكيد على عالمية قيم حقوق الإنسان، وعدم تعارض إنشاء مثل هذه المحاكم الإقليمية مع تلك القيم، والتي تستند الي أسس وأسانيد قانونية فى نشأتها ومباشرة اختصاصها وذلك بموجب أحكام الفصل الثامن من ميثاق الأمم المتحدة.

وبمطالعة الوثائق الدولية والإقليمية نجد تمسكها بالحد الأدنى لنفس المعايير، لكنها قد تختلف فى تركيزها على التنبيه حيال المخاوف الإقليمية.

<sup>2</sup>-<https://www.un.org/ar/sections/universal-declaration/foundation-international-human-rights-law/index.html>. Last visit 10/8/2020

<sup>3</sup>- من أمثلة ذلك تدخل مجلس الأمن بغرض حماية حقوق الإنسان أو لأغراض إنسانية فى كل من روسيا وجنوب أفريقيا و الصومال والمهام الفاشلة والنتائج غير الفعالة خاصة فى الصومال، إلى درجة أنه وحسب تقارير منظمة العفو الدولية أصبحت حقوق الإنسان بما فيها حقوق الشيوخ والنساء تنتهك من طرف القوات الاممية نفسها أثناء ملاحقة ومحاولة القبض على الجنرال عديد، فى: خالد عبد العزيز الجوهري، الأمم المتحدة ونظام العقوبات الدولية: المدى والفعالية. فى: رواق عربي، كتاب غير دوري يصدره مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، العدد 21، سنة 2001، ص ص 64-68.

ولقد أثبتت التجربة الأوروبية لحقوق الإنسان أن الدول الأطراف في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عادة ما تلتزم بأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، سواء فيما يخص اتخاذ الإجراءات القانونية بما فيها تعديل القوانين الداخلية بما يتماشى وهذه الأحكام، أو فيما يخص اتخاذ الإجراءات بالنسبة للتعويض في حالة الحكم بالتعويض<sup>(4)</sup>.

وبذلك يمكن القول إن الميزة العملية لوجود قواعد وأنظمة إقليمية لحماية حقوق الإنسان هي أنها تكون أكثر براعة على أساس الانتماءات الجغرافية والتاريخية والسياسية والثقافية الأقرب.

لذلك نجد ان هناك أربعة من مناطق العالم الخمس أنشأت أنظمة لحماية حقوق الإنسان<sup>(5)</sup>.

وفي إفريقيا هناك الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الذي اعتمد عام 1986 داخل الاتحاد الإفريقي (المعروف سابقاً باسم منظمة الوحدة الإفريقية)<sup>(6)</sup>.

من هنا تأتي أهمية هذه الدراسة من خلال بيان الأهمية القانونية والقضائية من وراء إنشاء المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب ، ودورها في حماية حقوق الإنسان الإفريقي وحرياته، وأهمية دعم دور القارة الإفريقية للمحكمة من خلال التصديق علي بروتوكول المحكمة الإفريقية الإفريقية لحقوق الإنسان ، وبخاصة الدول الكبرى على مستوى القارة ومن بينها جمهورية مصر العربية ، وعرض المبررات المصرية للتأخر عن القيام بهذا التصديق.

لذلك نقسم هذه الدراسة الى ثلاثة مباحث

### المبحث الأول: النظام القانوني للمحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب.

#### المبحث الثاني: القواعد العامة لحماية حقوق الإنسان في النظام القانوني المصري.

المبحث الثالث : العلاقة بين النظام القانوني المصري في مجال حماية حقوق الإنسان والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان وأهمية تصديق مصر علي بروتوكول المحكمة الإفريقية.

### خاتمة

4- عزت سعد السيد البرعي، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، القاهرة، مطبعة العاصمة، 1985 ص 367-363.

5- كمنظمة الدول الأمريكية (أكدت هذه المنظمة، منذ العام ١٩٤٨ ، على إصدار الإعلان الأمريكي لواجبات وحقوق الإنسان ثم أرفقته بالتشريع الأمريكي لحقوق الإنسان في العام ١٩٦٩، العام ١٩٨٨ شهد تطوراً نوعياً جديداً حيث أضيف بروتوكول خاص إلى هذه الشرعة وأهمية هذا البروتوكول أنه تضمن بعض المناحي الاجتماعية التي تتعلق بحرية العمل والنقابات والضمان الاجتماعي وتوفير الأمن الغذائي والتعليم... إلخ )،الاتحاد الأوروبي (أصدر أيضاً تشريعه الشهير لحقوق الإنسان الأوروبي في العام ١٩٥٠ ثم ألحق بها بروتوكولات متعددة تكمل أحكامها وتلحظ حقوقاً إنسانية جديدة أو آليات جديدة لصيانة هذه الحقوق. كذلك فإن الدول الأوروبية استحدثت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وهي من المؤسسات القضائية الفاعلة في هذا المجال) ،دول المؤتمر الإسلامي(انشئت هذه المنظمة الإقليمية الدولية في العام ١٩٦٩ ، وتضم أكثر من ٥٠ دولة إسلامية، وجاء من ضمن البيان الأخير الذي أصدرته دول المؤتمر الإسلامي في قمة طهران الأخيرة بعام 1997 : تأكيد الأهداف والمبادئ وتأييد إعلان القاهرة بشأن حقوق الإنسان في الإسلام ولاسيما فيما يتعلق بالاحترام الكامل للمرأة في المجتمع المسلم، فضلا عن المحكمة الإفريقية.

<sup>6</sup>-<https://law.emory.edu/eilr/content/volume-33/issue-2/articles/jurisdiction-african-court-human-rights-beyond-african-charter.html> last visit 10/8/2020

## المبحث الأول: النظام القانوني للمحكمة الأفريقية لحقوق الانسان و الشعوب.

### أولاً : النظام القانوني للمحكمة الإفريقية

أنشئت المحكمة الإفريقية لحقوق الانسان و الشعوب في إطار الميثاق الإفريقي لحقوق الانسان و الشعوب والذي دخل حيز التنفيذ في 1986/10/21 وذلك بموجب بروتوكول إضافي ملحق بهذا الميثاق صدر في 1998/6/9 ودخل حيز التنفيذ في 2004/1/25<sup>(7)</sup>.

وأنشأ هذا البروتوكول المحكمة الأفريقية لحقوق الانسان و الشعوب التي تتميز باختصاص قضائي على الحالات والنزاعات المرتبطة بانتهاكات حقوق الانسان، استناداً إما إلى الميثاق الأفريقي أو إلى أي صك لحقوق الانسان تم التصديق عليه من الدولة المعنية. وهذه المحكمة مؤهلة لفحص انتهاكات احكام الميثاق الأفريقي لحقوق الانسان و الشعوب وكذلك انتهاكات احكام الميثاق الأفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته الذي اعتمد في اديس ابابا في سنة 1990، و البروتوكول الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الانسان و الشعوب بشأن حقوق المرأة في أفريقيا، الموقع عليه في مابوتو في سنة 2003<sup>(8)</sup>.

وفي 22 يناير 2006، انتخب المجلس التنفيذي للاتحاد الأفريقي في دورته العادية الثامنة أول أحد عشر قاضياً للمحكمة الأفريقية بشأن حقوق الانسان و الشعوب. وينتخب القضاة لفترة 6 سنوات ويمكن إعادة انتخابهم مرة واحدة. وينتخب الرئيس ونائب الرئيس لفترة سنتين. وعقدت المحكمة أول اجتماع لها في الفترة 2-5 يوليو 2006 وفي 15 ديسمبر 2009، أصدرت المحكمة أول حكم لها.

وبدأت المحكمة الأفريقية لحقوق الانسان و الشعوب عملها في عام 2006، والتي تكمل دور اللجنة الأفريقية لحقوق الانسان و الشعوب في حماية الحقوق الأساسية في جميع أنحاء القارة<sup>(9)</sup>. وحتى الآن، قبلت 30 دولة اختصاص المحكمة الأفريقية لاتخاذ قرار بشأن الشكاوى المشار إليها في اللجنة الأفريقية .

وفي 1 يوليو 2008، وفي الدورة الحادية عشرة لمؤتمر القمة الأفريقي لرؤساء الدول والحكومات في شرم الشيخ، مصر، قرر الاتحاد الأفريقي إدماج المحكمة المعنية بحقوق الانسان و الشعوب مع محكمة العدل الأفريقية. واعتمد بروتوكول الاندماج، المعنون بروتوكول النظام الأساسي للمحكمة الأفريقية للعدل و حقوق الانسان في سنة 2008. ويحل هذا البروتوكول محل البروتوكول الخاص بالميثاق الأفريقي لحقوق الانسان و الشعوب بشأن إنشاء محكمة أفريقية لحقوق الانسان و الشعوب (اعتمدت في 1998 ودخلت حيز النفاذ في سنة 2004) والبروتوكول الملحق بمحكمة العدل التابعة للاتحاد الأفريقي (اعتمدت في سنة 2003 ودخلت حيز النفاذ في سنة 2005). ويرد النظام الأساسي للمحكمة الأفريقية للعدل و حقوق الانسان في مرفق البروتوكول. وتعرف هذه المحكمة الآن بأنها

7- محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الانسان: الوثائق الإسلامية والإقليمية. الطبعة الأولى 2003، المجلد الثاني، القاهرة: دار الشروق، ص 373-393. وأنظر النص الكامل للبروتوكول في: نفس المرجع، ص 394-402.

8- <https://ijrcenter.org/2019/12/05/as-african-court-releases-new-judgments-tanzania-withdraws-individual-access/> last visit 10/8/2020

9- اللجنة الأفريقية لحقوق الانسان و الشعوب جهاز شبه قضائي مكلف بتعزيز وحماية حقوق الانسان و الحقوق الفردية في جميع أنحاء القارة الأفريقية فضلاً عن تفسير الميثاق الأفريقي لحقوق الانسان و الشعوب والنظر في الشكاوى الفردية المتعلقة بانتهاكات الميثاق. بيد أن المحكمة الأفريقية لحقوق الانسان و الشعوب هي محكمة قارية أسستها الدول الأفريقية لضمان حماية حقوق الانسان و الشعوب في أفريقيا والمحكمة تعزز وظائف اللجنة الأفريقية لحقوق الانسان و الشعوب

المحكمة الأفريقية للعدل وحقوق الإنسان، وهي الجهاز القضائي الرئيسي للاتحاد الأفريقي. ومقر المحكمة في أروشا، تنزانيا، وهي مؤلفة من دائرتين، دائرة المسائل القانونية العامة ودائرة الأحكام بشأن معاهدات حقوق الإنسان. وتتألف المحكمة من ستة عشر قاضيًا مستقلًا، ينتخبهم المجلس التنفيذي على أساس التوزيع الجغرافي العادل. وينتخب هؤلاء بالاقتراع السري بأغلبية ثلثي الدول الأعضاء التي يحق لها التصويت والتي تعينها الجمعية. وتبنت المحكمة كل سنة بشأن فترات انعقاد دوراتها العادية وتعد دورات استثنائية بناء على طلب غالبية القضاة.

ومن أجل فهم أفضل لأساليب الإحالة إلى المحكمة خلال الفترة الانتقالية، نستعرض معاً المواد الواردة في معاهدتي 1998 و 2008<sup>(10)</sup>.

### اختصاص المحكمة

للمحكمة اختصاص على جميع الحالات والنزاعات المقدمة إليها في ما يتعلق بتفسير وتطبيق الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، وبروتوكول عام 1998، وأي صك آخر له صلة بحقوق الإنسان صدقت عليه الدول المعنية (1998، المادة 3). وأضيفت العناصر التالية إلى اختصاص المحكمة بموجب البروتوكول لعام 2008: تفسير ميثاق حقوق الطفل ورفاهه، والبروتوكول الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في أفريقيا؛ أي مسألة من مسائل القانون الدولي؛ جميع الإجراءات والقرارات واللوائح والتوجيهات الصادرة عن أجهزة الاتحاد الأفريقي؛ وجود أي من الوقائع التي إذا ثبتت شكلت خرقاً للالتزام واجب تجاه دولة طرف في الاتحاد الأفريقي؛ فضلاً عن تقدير طبيعة أو مدى التعويض المقدم بشأن انتهاك التزام دولي (2008، المادة 28).

وتستطيع المحكمة أيضاً تقديم فتاوى بشأن أية مسألة قانونية بناء على طلب الجمعية أو البرلمان أو المجلس التنفيذي أو مجلس السلم والأمن أو المجلس الاقتصادي الاجتماعي الثقافي، أو المؤسسات المالية أو أي جهاز آخر تابع للاتحاد الأفريقي حسب ما تأذن به الجمعية. ومع ذلك، لا ينبغي أن يكون طلب أي فتوى مرتبطاً بطلب ينتظر البت فيه من اللجنة الأفريقية أو لجنة الخبراء الأفريقيين (1998، المادة 4، 2008، المادة 53).

وتشمل وظائف المحكمة ما يلي:

- جمع الوثائق وإجراء الدراسات والتحقيقات عن مسائل حقوق الإنسان والشعوب في أفريقيا.
- وضع قواعد تهدف إلى حل المسائل القانونية المتعلقة بحقوق الإنسان والشعوب.
- ضمان حماية حقوق الإنسان والشعوب.
- تفسير أحكام الميثاق.

<sup>10</sup> - <https://www.justiceinitiative.org/publications/african-court-human-and-peoples-rights> last visit 10/8/2020

## اللجوء للمحكمة

يحق للمؤسسات التالية التقدم برفع دعاوي إلى المحكمة:

اللجنة الأفريقية، الدولة الطرف التي قدمت شكوى إلى اللجنة، الدولة الطرف التي قُدمت ضدها الشكوى إلى اللجنة، والمنظمات الأفريقية الحكومية الدولية (1998، المادة 5-1).

وجرى توسيع هذه القائمة في عام 2008، واطيف إليها الجمعية والبرلمان والهيئات الأخرى التابعة للاتحاد الأفريقي التي تأذن بها الجمعية ولجنة الخبراء الأفريقية المعنية بحقوق ورفاه الطفل والمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان (2008، المادتان 29-30).

وبوسع الأفراد والمنظمات غير الحكومية التي تتمتع بمركز المراقب في اللجنة تقديم التماس أيضاً إلى المحكمة إذا أعلنت الدولة المعنية أنها تقبل اختصاص المحكمة (1998، المادة 5-3، والمادة 34-6، 2008 المادة 8-3 والمادة 30 و).

ويجوز للمحكمة أن تحاول التوصل إلى تسوية ودية في دعوى منظورة أمامها (1998، المادة 9). وإذا تبين للمحكمة أن هناك انتهاكاً لحق من حقوق الإنسان، فعليها أن تصدر أوامر مناسبة لتدارك هذا الانتهاك، بما في ذلك دفع تعويض عادل أو جبر الضرر (1998، المادة 27؛ 2008، المادة 45)، أو إتخاذ التدابير المؤقتة في حالات الخطورة الشديدة أو في حالات الطوارئ (1998، المادة 27-2؛ 2008، المادة 25). ويجب على الدول الامتثال للأحكام الصادرة عن المحاكم (1998، المادة 30؛ 2008، المادة 46)<sup>(11)</sup>.

ويمكن القول ان انشاء تلك المحكمة يعد وبحق آلية فاعلة لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية .<sup>(12)</sup> كما يمثل لحظة فاصلة في تطبيق حقوق الإنسان في أفريقيا.

## ثانياً: العلاقة بين المحكمة الإفريقية لحقوق الانسان والمحاكم الأفريقية الأخرى

و بجوار النظام الذي وضعه الاتحاد الأفريقي لحماية حقوق الانسان توجد بعض التكتلات و المنظمات الإقليمية الأفريقية التي وضعت انظمة قانونية لحماية حقوق الانسان علي هدي من أحكام ميثاق الاتحاد الأفريقي ,ومن ثم فلا يجوز لها مخالفة الاحكام الواردة بالميثاق المؤسس للاتحاد الأفريقي ومن أهم تلك التنظيمات :-

### 1 -محكمة العدل التابعة للجماعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا (الإيكواس)

تأسست المحكمة في سنة 1991، بيد أنها في الواقع بدأت العمل في سنة 2001، ويقع مقرها الأساسي في أبوجا، نيجيريا، وهي مختصة لبحث انتهاكات حقوق الإنسان بموجب المعاهدات

<sup>11</sup> - <https://ar.african-court.org/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court> last visit 10/8/2020

12- عبد العزيز محمد عبد القادر حرية تداول المعلومات ومردودها علي الأمن القومي ،القااهرة،أكاديمية الشرطة،كلية الدراسات العليا،رسالة دكتوراة،2018،ص78.

والاتفاقيات والبروتوكولات للجماعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا ، وكذلك بموجب الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

ومنذ اعتماد البروتوكول التكميلي للمحكمة في سنة 2005، يستطيع الأفراد تقديم شكاوهم أمام المحكمة بسبب انتهاكات حقوق الإنسان التي يرتكبها مواطني الدول (المادة 4-ج من البروتوكول التكميلي). ومن الممكن تقديم شكاوى قبل استنفاد سبل الانتصاف الداخلية، خلافاً لمعظم الإجراءات الدولية الشبيهة. ويستطيع الأفراد اللجوء إلى المحكمة شريطة ألا يكون الموضوع نفسه قد نظر أمام محكمة دولية أخرى (المادة 4-د). إضافة إلى ذلك، تعتبر الأحكام الصادرة من المحكمة التي تترتب عليها آثار مالية بالنسبة لمواطني الدول الأعضاء ملزمة (المادة 6-1). وفي سنة 2008، أدانت محكمة العدل التابعة للجماعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا دولة النيجر لدفع تعويضات لضحية الرق. وحتى في الحالة المحددة، لم يكن الشاكي ضحية احد مواطني الدولة واستغلت المحكمة مسؤولية دولة النيجر عن عدم احترام التزاماتها الدولية في مسائل الحماية من الرق (13).

## 2- محكمة العدل لشرق أفريقيا

تعد محكمة العدل لشرق أفريقيا الجهاز القضائي لمجتمع شرق أفريقيا، وهي منظمة حكومية دولية مكونة من بوروندي وكينيا ورواندا وتنزانيا وأوغندا (الدول الشريكة). والتي أنشئت بموجب المادة 9 من معاهدة إنشاء مجتمع شرق أفريقيا، والتي دخلت حيز النفاذ في يوليو 2000 ويقع مقر المحكمة في أروشا، تنزانيا.

تتكون محكمة شرق أفريقيا من قسمين: محكمة البداية ومحكمة الاستئناف، وتتألف محكمة البداية من 10 قضاة كحد أقصى وخمسة في محكمة الاستئناف، ويتم تعيين القضاة في قمة مجتمع شرق إفريقيا، وهي أعلى عضو في المجتمع، من مجموعة من الأفراد أوصت بها الدول الشريكة.

ويجوز لأي فرد أو شخص اعتباري (مثل منظمة غير حكومية أو شركة) مقيم في دولة شريكة أن يرفع دعوى ضد قانون أو لائحة أو توجيه أو قرار أو إجراء اتخذته الدولة أو مؤسسة تابعة للمجتمع على أساس أنه غير قانوني أو ينتهك أحكام المعاهدة (المادة 30 (1)).

كما انه يحق للمحاكم الوطنية إحالة القضية إلى المحكمة للحصول على حكم أولي بشأن مسألة تفسير المعاهدة أو صحة لائحة المجتمع أو توجيهها أو قرارها أو اتخاذ إجراء (المادة 34 (14)).

## 3- المحكمة الإدارية التابعة للجماعة الإنمائية لجنوب أفريقيا

تأسست في سنة 1992؛ ويقع مقرها في وندهوك، نامبيا وهي مختصة بتسوية النزاعات بين الدول الأعضاء في الجماعة الإنمائية للجنوب الأفريقي، ولكن أيضاً بين الأفراد وبين الهيئات المؤسسية (بما في ذلك المنظمات غير الحكومية) والدول الأعضاء. ولا بد من استنفاد سبل الانتصاف الداخلية قبل قبول أية شكاوى..

13- الحكم، هاديجاتو ماني كوراو ضد جمهورية النيجر، ECW/CCJ/JUD/06/08, October 27, 2008,

<https://ar.guide-humanitarian-law.org/content/article/5/lljn-lfryqywa-wlmhkm-lfryqy-lhqwq-lnsn/> last visit 10/8/2020

14- <https://archive.crin.org/ar/mhkm-ldl-lfryqy-lshrqy.html> last visit 22/9/2020

### ثالثاً: العلاقة بين اللجنة الأفريقية والمحاكم الأفريقية لحقوق الإنسان:

أنيطت باللجنة والمحكمة مهمة تعزيز ورصد الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان وحقوق الشعوب الذي أقرته منظمة الوحدة الأفريقية، في 27 يونيو 1981، وأصبح نافذاً اعتباراً من 21 أكتوبر 1986. ويوجد مقرُّ اللجنة في بانجول عاصمة غامبيا، ويوجد مقر المحكمة في أروشا، تنزانيا. وفي سنة 2008، اندمجت المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب مع محكمة العدل الأفريقية لإنشاء المحكمة الأفريقية للعدل وحقوق الإنسان. وتواصل المؤسساتان الائتئان العمل أثناء الفترة الانتقالية للأزمة قبل دخول اتفاقية 2008، حيز النفاذ. ولهما صلاحية دراسة حالات إنتهاكات حقوق الإنسان والشكاوى أو مراسلات الاتصالات التي تقدّمها الدول الأعضاء أو الأفراد. وتوجد آليات أخرى في إطار المنظمات الإقليمية الأفريقية: مثل محكمة العدل التابعة للجماعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا (إيكواس)، أو محكمة العدل لشرق أفريقيا، أو محكمة العدل للجماعة الإنمائية للجنوب الأفريقي (سادك). وجميع هذه المحاكم تُطبّق وترجع إلى الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب وغيرها من الاتفاقيات التي اعتمدها الاتحاد الأفريقي في مجال حقوق الإنسان.

بالإضافة إلى تلك الدول، يستطيع الأفراد والمنظمات غير الحكومية تقديم مراسلة إلى اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب التي هي مختصة بجميع الدول الأطراف في الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب (حالياً ثلاث وخمسون دولة). ورغم هذا تخضع هذه المراسلات لمختلف شروط المقبولية.

ويستطيع الأفراد والمنظمات غير الحكومية تقديم شكاوى أمام المحكمة الأفريقية للعدل وحقوق الإنسان ولكن فقط ضد الدول التي قبلت بوضوح اختصاص المحكمة<sup>(15)</sup>.

### اللجنة الافريقية لحقوق الانسان والشعوب:

شكل اعتماد الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في عام ١٩٨١، بداية لعهد جديد في ميدان حقوق الإنسان في أفريقيا. ١ وقد بدأ نفاذه في ٢١ أكتوبر ١٩٨٦، وحتى تاريخ أبريل ٢٠٠٢، بلغ عدد الدول الأطراف فيها ٥٣ بلداً<sup>(16)</sup>.

وعلى الرغم من أن الميثاق الأفريقي يستلهم إلى حد بعيد أحكام الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين واتفاقيات حقوق الإنسان الإقليمية إلا أنه يتسم بدرجة عالية من الخصوصية الراجعة بوجه خاص إلى المفهوم الأفريقي لعبارة "حق" والمكانة التي يوليها للمسؤوليات التي يتحملها الأفراد<sup>(17)</sup> ويحتوي الميثاق على قائمة طويلة من الحقوق تغطي مجموعة عريضة من الحقوق المدنية والسياسية بجانب الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

<sup>15</sup>- <https://ar.guide-humanitarian-law.org/content/article/5/ljn-lfryqywa-wlmhkm-lfryqy-lhqwq-lnsn/> last visit 22/9/2020

<sup>16</sup>- Fatsah Ouguergouz, La Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples - Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité (Paris, Presses Universitaires de France, 1993 (Publications de l'institut universitaire de hautes études internationales, Genève)), P. xxv.

<sup>17</sup>- Keba Mbaye, Les droits de l'homme en Afrique (Paris, Editions A. Pedone/Commission Internationale de Juristes, 1992), p. 161

علاوة على ذلك أوجد الميثاق الأفريقي للجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب "التعزيز حقوق الإنسان والشعوب وتأمين حمايتها في أفريقيا (المادة 30)". وفي عام 1998، أتمت كذلك البروتوكول الملحق بالميثاق والمعني بإنشاء محكمة أفريقية لحقوق الإنسان ثم بروتوكول إضافي يتعلق بحقوق المرأة في أفريقيا والذي حظي بمصادفة أكثر من 30 دولة واستمراراً للجهود تم إصدار اتفاقية الاتحاد الأفريقي لحماية ومساعدة النازحين داخلياً 2009، المعروفة أيضاً باسم اتفاقية كمبالا، والتي دخلت حيز التنفيذ في 6 ديسمبر لتصبح بذلك أول اتفاقية ملزمة قانوناً تختص بشؤون النازحين داخل بلدانهم (18).

ولقد أنشئت اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب في سنة 1987؛ وفقاً للمادة 30 من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

وهي تتألف من أحد عشر خبيراً مستقلاً، تختارهم جمعية رؤساء دول وحكومات الاتحاد الأفريقي، لفترة ست سنوات، ويمكن إعادة انتخابها مرة واحدة.

وتجتمع اللجنة كل ستة أشهر، عادة في مارس أو أبريل وفي أكتوبر أو نوفمبر. ويعقد أحد هذين الاجتماعين عادة في بانجول، ويعقد الاجتماع الثاني في أي دولة أفريقية. وفي كل دورة تقدم اللجنة تقريراً عن نشاطها إلى جمعية رؤساء الدول والحكومات.

وترد صلاحيات اللجنة موضحة في المادة 45 من الميثاق الأفريقي، وتشمل:

— تفسير نصوص الميثاق.

— النهوض بحقوق الإنسان والشعوب (المادة 45-1) من خلال جمع وإعداد مستندات قانونية تتعلق بحقوق الإنسان، التوثيق المركزي، الأبحاث، الدراسات، نشر المعلومات وزيادة الوعي، التعاون مع مؤسسات أفريقية ودولية مختصة أخرى، صياغة ووضع مبادئ وقواعد تهدف إلى حل مشاكل حقوق الإنسان القانونية؛ ... الخ؛

— ضمان حماية حقوق الإنسان والشعوب وتحدد المواد 46 إلى 59 من الميثاق الإجراءات والصلاحيات الممنوحة للجنة. وأهمها أنها مختصة بتلقي وفحص مراسلات الدول أو الأفراد ذات الصلة بانتهاكات حقوق الإنسان، ومباشرة التحقيقات (المادتان 46، 51). وإذا لم يوجد حل مقبول، يجوز للجنة أن تحيل تقريرها وتوصياتها إلى الدولة المعنية وإلى جمعية رؤساء الدول والحكومات (المواد 52، 58-59).

### أ- حالات اللجوء الدولي إلى اللجنة :

يعتبر لجوء دولة طرف إلى اللجنة أمراً تلقائياً (المادة 47 والمادة 49). وإذا اعتقدت دولة طرف في الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بأن دولة طرفاً أخرى إنتهكت أحكام الميثاق، يجوز لها أن تلفت انتباه تلك الدولة إلى المخالفة بواسطة مراسلات خطية (المادة 47) وإذا لم يتم التوصل إلى حلٍّ مُرضٍ متبادل خلال ثلاثة شهور، يمكن لأي من طرفي النزاع أن يحيل المسألة إلى اللجنة. وكذلك فإن الدولة التي تزعّم وجود إنتهاك لحقوق الإنسان يحق لها إحالة المسألة مباشرة إلى اللجنة.

18- Mutoy Mubiala, "Le Projet du Protocole à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux Droits de .la Femme en Afrique", in Human Rights, Spring 2000 (OUNHCHR review), pp. 23-27



ولا تستطيع اللجنة النظر في مسألة قدمت إليها إلا بعد التأكد من إستيفاد جميع سُبل الانتصاف المحلية إن وجدت، ما لم يكن واضحًا للجنة بشكل جلي أن إجراءات النظر في سُبل الانتصاف هذه قد طالت بصورة غير عادية (المادة 50). وحال قيام اللجنة بدراسة مسألة ما يجب ألا يكون هدفها النطق بحكم بل البحث عن حلٍّ وديٍّ في ضوء التفسيرات الخطية والشفوية المقدمة من الدول المعنية. وإذا أخفقت في ذلك، ترسل تقريرها بشأن النتائج إلى الدول الأطراف في النزاع وإلى جمعية رؤساء الدول والحكومات، ويمكن للتقرير أن يتضمّن توصيات غير ملزمة (المادتان 52، 53). وتطلُّ الإجراءات بكاملها سرية. ويجوز نشر التقرير إذا قرّرت ذلك جمعية رؤساء الدول والحكومات.

### المراسلات الأخرى :

ان المراسلات الأخرى تحدّد جميع الشكاوى المحالة من مصادر أخرى (مثل الأفراد أو المنظمات غير الحكومية). ولا تقوم اللجنة بدراسة جميع القضايا بشكل تلقائي. وقيل كل دورة ترسل قائمة المراسلات إلى أعضاء اللجنة. وعند ذلك تقوم اللجنة بدراسة شكوى معينة بناء على طلب أغلبية بسيطة من أعضائها (المادة 55). وبعد ذلك تخضع المراسلات لسبعة شروط للمقبولية (المادة 56). يجب ألا تكون مجهولة المصدر (ينبغي أن تشير إلى كاتبها، وحتى لو طلبوا لاحقًا عدم الكشف عن هويتهم) أو مكتوبة بلغة تنطوي على الإهانة والتجريح أو تستند بشكل كامل على أخبار مستقاة من وسائل الإعلام، ويجب ألا تتناول قضايا تمت تسويتها بالفعل من قبل الدول المعنية وفقًا لمبادئ ميثاق منظمة الأمم المتحدة أو الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان وحقوق الشعوب. ومن جهة أخرى، يجب أيضا أن تكون المراسلات متوافقة مع الميثاق الأفريقي وترسل إلى اللجنة بعد إستيفاد سُبل الانتصاف المحلية (ما لم تستغرق الإجراءات وقتًا طويلاً بصورة غير عادية)، وتقدّم خلال فترة زمنية معقولة.

وبعد دراسة مسألة قبول القضية، تبدأ اللجنة فحص وقائعها بإخطار الدولة المتهمه، وإذا تبين أن واحدة من المراسلات أو أكثر، "يكشف عن وجود سلسلة من الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان وحقوق الشعوب"، تقوم اللجنة بإبلاغ جمعية رؤساء الدول والحكومات (المادة 58). وفي الحالات الطارئة، يجوز لها تقديم المعلومات مباشرة إلى رئيس الجمعية الذي قد يطلب من اللجنة إجراء دراسة وافية، وبترتب على ذلك إعداد تقرير يتضمّن توصيات، وتطلُّ جميع الإجراءات التي يتمُّ اتّخاذها سرية ما لم تقرّر الجمعية خلاف ذلك.

### ب- التقارير الدورية :

تتعهد الدول الأطراف في الميثاق كذلك بأن تقدم، مرة كل سنتين "تقريراً عن التدابير التشريعية أو غيرها من التدابير التي تتخذها بغية إعمال" أحكام الميثاق (المادة 6٢) وبالرغم من أن الميثاق لا ينص على أي إجراء صريح لدراسة هذه التقارير الدورية إلا أن اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب قد قامت ببحث هذه التقارير في جلسات عامة (19).

<https://www.thenewhumanitarian.org/ar/khbr/2012/12/06/ftqy-lthd-lfryqy-lhmy-wmsd-lnzhyn-dkhllyan-tdkhl-hyz-ltnfydh> last visit 22/9/2020

19- على سبيل المثال فيما يخص تقرير غانا حيث بحث في اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب في تقارير الدول، الدورة ١٤، ديسمبر ١٩٩٣: غانا، الذي يمكن الاطلاع عليه في الموقع التالي على شبكة الإنترنت

<http://hrlibrary.umn.edu/achpr/sess14-complete.htm> last visit 10/8/2020

## المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب (1998)، و المحكمة الأفريقية للعدل وحقوق الإنسان (2008).

اعتمد بروتوكول ملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في 9 يونيو 1998، من قبل منظمة الوحدة الأفريقية، ودخل حيز النفاذ في 25 يناير 2004، وينشئ هذا البروتوكول المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب التي تتميز باختصاص قضائي على الحالات والنزاعات بشأن انتهاكات حقوق الإنسان، استناداً إما إلى الميثاق الأفريقي أو إلى صك لحقوق الإنسان تم التصديق عليه من الدولة المعنية. وهذه المحكمة مؤهلة لفحص إنتهاكات الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب وكذلك إنتهاكات الميثاق الأفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته الذي اعتمد في أديس أبابا في سنة 1990، والبروتوكول الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في أفريقيا، الموقع عليه في مابوتو في سنة 2003.

ومن أجل فهم أفضل لأساليب الإحالة إلى المحكمة، نستعرض معاً المواد الواردة في معاهدتي 1998 و 2008.

### اختصاص المحكمة

للمحكمة اختصاص على جميع الحالات والنزاعات المقدمة إليها في ما يتعلق بتفسير وتطبيق الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، وبروتوكول عام 1998، وأي صك آخر له صلة بحقوق الإنسان صدقت عليه الدول المعنية (1998، المادة 3). وأضيفت العناصر التالية إلى اختصاص المحكمة بموجب البروتوكول لعام 2008: تفسير ميثاق حقوق الطفل ورفاهه، والبروتوكول الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في أفريقيا؛ أي مسألة من مسائل القانون الدولي؛ جميع الإجراءات والقرارات واللوائح والتوجيهات الصادرة عن أجهزة الاتحاد الأفريقي؛ وجود أي من الوقائع التي إذا ثبتت شكلت خرقاً للالتزام واجب تجاه دولة طرف أو الاتحاد الأفريقي؛ فضلاً عن طبيعة أو مدى التعويض المقدم بشأن إنتهاك التزام دولي (2008، المادة 28).

وتستطيع المحكمة أيضاً تقديم فتاوى بشأن أية مسألة قانونية بناء على طلب الجمعية أو البرلمان أو المجلس التنفيذي أو مجلس السلام والأمن أو المجلس الاقتصادي الاجتماعي الثقافي، أو المؤسسات المالية أو أي جهاز آخر تابع للاتحاد الأفريقي حسب ما تأذن به الجمعية. ومع ذلك، لا ينبغي أن يكون طلب أي فتوى مرتبطاً بطلب ينتظر البت فيه من اللجنة الأفريقية أو لجنة الخبراء الأفريقيين (1998، المادة 4، 2008، المادة 53).

وتشمل وظائف المحكمة ما يلي: (أ) جمع الوثائق وإجراء الدراسات والتحقيقات عن مسائل حقوق الإنسان والشعوب في أفريقيا؛ (ب) وضع قواعد تهدف إلى حل المسائل القانونية المتعلقة بحقوق الإنسان والشعوب؛ (ج) ضمان حماية حقوق الإنسان والشعوب؛ (د) تفسير أحكام الميثاق.

### اللجوء للمحكمة

يحق للعديد من المؤسسات والهيئات التقديم برفع الدعاوي امام المحكمة وذلك علي النحو الذي اشرنا اليه سلفا في هذه الدراسة (20).

## المبحث الثاني: القواعد العامة لحماية حقوق الانسان في النظام القانوني المصري (21):

يعد الدستور في مصر هو الوثيقة الأسمى والأعلى في إطار النظام القانوني الوطني وبحكم الطبيعة القانونية للوثيقة الدستورية كعقد اجتماعي بين السلطات بالدولة والمواطنين وهي الوثيقة الوحيدة التي تصدر باستفتاء ينتهي بموافقة الشعب عليها فقد تناولت الدساتير المصرية المتعاقبة والمعاصرة لحركة حقوق الإنسان مبادئ حقوق الإنسان وحرياته الأساسية المقررة بالمواثيق الدولية لحقوق الإنسان في نصوصه وهو ما منح تلك المبادئ أعلى مستوى من الحماية باعتبارها نصوصاً دستورية تعلق مرتبة عن أية أدوات تشريعية أخرى الأدنى مرتبة منها.

يمكن بلإيجاز إستخلاص أسس ودعائم إلترزام مصر بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية في الدستور فيما يلي:

- 1- أن مصر بحكم تكوينها الحضاري الفريد وتاريخها المتميز والممتد عبر آلاف السنين والذي امتزج بقيم ومثل الأنبياء والكتب والرسالات السماوية الثلاثة، كانت من الدول الخمسين التي شاركت بجدية في إعداد وصياغة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والصادر عن الأمم المتحدة في عام 1948 ،ووقعت عليه وقت صدوره مما يعكس إدراكها بأهمية تواجد مثل هذا الصك الدولي، والمنسوب للتنظيم السياسي الدولي في بداية عهده بالعمل على الساحة الدولية، والذي سيؤدى حتما إلى محور الجهود الدولية حوله وتضافرها لانجاحه.
- 2- أن الشريعة الإسلامية الغراء باعتبارها دين الدولة والمصدر الرئيسي للتشريع على نحو ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور، أتت سواء في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة بقيم ومبادئ وأحكام تشكل نظاماً متكاملأ يضمن للإنسان في كل زمان ومكان وأياً كانت عقيدته حقوقه وحرياته في كافة مناحي الحياة وهي بذلك تسبق بأربعة عشر قرناً جميع ما استقر عليه المجتمع الدولي الآن من مبادئ في هذا الصدد، وقد ساعد ذلك مصر وبغير شك على خلق مناخ موات وضاعط للوقوف بقوة إلى جانب كل الجهود الداعية إلى تكريم التواجد الإنساني على الأرض ونبذ كل صور التفرقة والعنف والقهر والدعوة إلى القضاء عليها.
- 3- أن مصر كانت قد وقعت على العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادرين عن الأمم المتحدة في عام 1966، ويعتبر كل من العهدين سالفي الذكر بمثابة الاتفاقيتين الأم لمبادئ حقوق الإنسان وحرياته، والإفراغ القانوني لمبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في قواعد قانونية دولية ملزمة تشكل أساس الشريعة الدولية لتلك المبادئ، ويؤكد ذلك أن مصر كانت حريصة على سرعة إقرار الشريعة الدولية لمبادئ حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وتناولها من خلال القواعد الملزمة على الصعيد الدولي.

20- للمزيد راجع ص 6 من هذه الدراسة

21- للمزيد راجع، المستشار سناء سيد خليل، بعض الإشكاليات الموضوعية عن الالتزامات الدولية لمصر والناشئة عن المواثيق الدولية وضمائمات حقوق الإنسان في الدستور والتشريعات المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية 2003، ص211-223.

4- أن مصر اتساقاً مع رؤيتها القومية ونظمها القانونية وتقاليد وأعراف شعبها وتكوينها الثقافي والحضارى أنضمت بالفعل لعدد من الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، كاتفاقيات جنيف الأربعة الخاصة بضحايا الحرب، واتفاقية مكافحة إبادة الجنس البشرى والمعاقبة عليها واتفاقية اللاجئين واتفاقيتي مكافحة السخرة (1930، 1957) واتفاقية مكافحة الرق والاتفاقيات المكتملة له والاتفاقية الدولية لمكافحة الاتجار فى الأشخاص واستغلال دعارة الغير أو الاتفاقيات الدولية والتي كانت معدة للنفاد مثل اتفاقية التفرة العنصرية.

5- أن الحصاد التاريخي للتجربة المصرية الوطنية بما تملكه من رصيد حضارى فريد، وماتمتع به شخصيتها القومية من سمات خاصة وقبول على الصعيد الدولي، ألقى على عاتقها مسؤوليات هامة سواء علي الصعيد الدولي أو الأقليمي والعربي، وقد أدى ذلك إلى حتمية مشاركتها بفاعلية فى كافة مناحى الجهود الدولية مما جعل لها وضعاً خاصاً إزاء الدول وبصفة خاصة على الصعيدين العربي والأفريقي باعتبارها مثلاً سيقندى به فى هذا المضمار<sup>(22)</sup>.

ومما لا ريب فيه ان مصر قد ساهمت بفاعلية كبيرة مع معظم دول العالم في وضع قواعد قانونية دولية ملزمة للعديد من المسائل والموضوعات المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وذلك من خلال سلسلة الإعلانات والمواثيق والاتفاقيات والقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة والتي انعكست في هيئة اتفاقيات دولية وقد سارعت مصر مع أغلبية الدول الى الانضمام إليها، والالتزام بأحكامها.

وتسري علي الاتفاقيات الدولية طبقاً للنظام القانوني في مصر بوجه عام نص المادة 151 من الدستور الحالي، فتأتي الاتفاقيات في ذات المرتبة التي تتمتع بها القوانين علي السلم التشريعي، حيث نصت الفقرة سالفه الذكر علي أن "رئيس الجمهورية هو المنوط به إبرام الإتفاقيات الدولية وإبلاغها لمجلس الشعب ، وتكون للإتفاقية قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة".

وترتيباً علي ذلك فإن الإتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان وحرياته، تعتبر بعد التصديق عليها ونشرها عملاً بالمادة سالفه الذكر بمثابة قانون من القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، وبالتالي فهي تعتبر من النصوص القانونية الصالحة للتطبيق والنافذة أمام جميع السلطات في الدولة سواء التشريعية او التنفيذية او القضائية.

إلا انه بوجه خاص فإن هذه الاتفاقيات الدولية المعنية بمبادئ حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ونتيجة لاتصال أحكامها والمبادئ الواردة فيها بنصوص الدستور المصري تتمتع بالحماية المقررة للنصوص الدستورية علي نحو ما سلف بيانه من حيث توفير الحصانة لها من أية قوانين قد تصدر بالمخالفة لأحكامها، فيعد بالتالي صدور أي قانون لاحق لها ينطوي علي مخالفة لأحكامها او معدلاً لها، مخالفة دستورية، بحسبان ان هذا القانون سيوصم بعيب عدم الدستورية باعتباره سيكون بمخالفته لأحكام الاتفاقيات الدولية المتصلة بحقوق الإنسان وحرياته قد خالف الأحكام المتعلقة بهذه المبادئ والواردة بالدستور المصري، ومن ثم فإن هذا القانون في حالة صدوره يكون قابلاً للإلغاء من المحكمة الدستورية العليا بحكم ملزم لجميع السلطات في الدولة وبوقف العمل به من اليوم التالي لنشر الحكم ويرتد أثر هذا الحكم الي يوم صدور القانون المقضي بعدم دستوريته بالضوابط التي وضعتها المحكمة الدستورية والمشرع الوطني.

<sup>22</sup>- <https://democraticac.de/?p=339> last visit 10/8/2020

وإمعاناً من المشرع الدستوري في احترام حقوق الانسان فقد افرد نصاً مستحدثاً في الدستور الحالي؛ وهو نص المادة 93من الدستور، والذي نص على التزام الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الانسان التي تصدق عليها مصر وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة.

وقد انضمت مصر للاتفاقيات الآتية :-

- 1- اتفاقية إبادة الجنس البشرى والمعاقبة عليها: وصدقت عليها بتاريخ 28 يناير 1952.
- 2- اتفاقية اللاجئين والبروتوكول الملحق بها: وصدقت عليها بتاريخ 22 مايو 1980.
- 3- اتفاقية مكافحة الرق والبروتوكول المكمل لها: وصدقت عليها بتاريخ 1928/1/25، وصدقت على بروتوكول عام 1953 المعدل لإتفاقية الرق لعام 1926 بتاريخ 29 سبتمبر 1954.
- 4- اتفاقيتنا السخرة لعامى 1930، 1957: ( اتفاقيتنا منظمة العمل الدولية رقمى 29، 105 ) : عمل بها إعتباراً من 1956/11/29 1956.
- 5- الإتفاقية الدولية لمنع الإتجار فى الأشخاص وإستغلال دعارة الغير ( ليل سيكس 1950): وصدقت عليها بتاريخ 12 يونيو 1959.
- 6- العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية: ( الأمم المتحدة 1966): انضمت مصر للإتفاقية فى 4 أغسطس ودخلت حيز النفاذ فى 14 إبريل 1982.
- 7- العهد الدولى للحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية (الأمم المتحدة 1966): وقعت مصر على العهدين بتاريخ 4/8/1967 وصدقت على العهدين بتاريخ 14 يناير 1982.
- 8- الإتفاقية الدولية لإزالة كافة أشكال التفرقة العنصرية 1966: وصدقت عليها فى 1 مايو 1967.
- 9- الإتفاقية الدولية لتحريم جريمة الفصل العنصرى والمعاقبة عليها (الأمم المتحدة 1973): انضمت مصر للاتفاقية بالقرار الجمهورى رقم 62 لسنة 1977 وصدقت عليها بتاريخ 13 يونيو 1977 .
- 10- الإتفاقية الدولية لمناهضة الفصل العنصرى فى الرياضة (الأمم المتحدة 1985): انضمت مصر للاتفاقية بالقرار الجمهورى رقم 562 لسنة 1990 بتاريخ 23/12/1990 وصدقت عليها بتاريخ 2 إبريل 1991 .
- 11- الإتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (الأمم المتحدة 1967): انضمت مصر للاتفاقية بموجب القرار الجمهورى رقم 434 لسنة 1981 وصدقت عليها بتاريخ 18 .
- 12- الإتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة (الأمم المتحدة 1953): انضمت مصر للاتفاقية بالقرار الجمهورى رقم 345 بتاريخ 17/6/1981 وصدقت عليها بتاريخ 8 سبتمبر 1981.
- 13- الإتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب والأشكال الأخرى من المعاملة أو العقوبة القاسية أو غير الإنسانية أو المهينة (الأمم المتحدة 1984): انضمت مصر للاتفاقية بالقرار الجمهورى رقم 154 فى 6/4/1986 وصدقت عليها بتاريخ 25 مايو 1986 .
- 14- الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل ( الأمم المتحدة 1990): انضمت مصر للاتفاقية بالقرار الجمهورى رقم 260 لسنة 1990 بتاريخ 24/5/1990 وصدقت على الإتفاقية بتاريخ 8 يوليو 1990 .

15- الاتفاقية الدولية لحقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم: انضمت مصر للاتفاقية بالقرار الجمهورى رقم 446 لسنة 1991 ووافق عليها مجلس الشعب فى 1992/12/26 وصدقت عليها فى 16 فبراير 1993 .

وبمقتضى النظام القانوني المصري لوضعية الاتفاقيات الدولية فان اتفاقيات حقوق الانسان المنظمة لها مصر تعد من عداد القوانين المصرية (23) ويترتب على ذلك كفالة مبادئ حقوق الانسان وحيثيات الواردة في الاتفاقيات الدولية المعنية، باعتبار ان كل منها تستند الى نصوص دستورية واردة في القانون الأعلى، سوف تتمتع وفقاً للنظام القانوني المصري بميزتين أساسيتين .

**أولهما:** الحماية المقررة للنصوص الدستورية.

**ثانيهما:** أن أحكام الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان وحيثياته باعتبارها قانون من قوانين البلاد ، حسبما تقرره المادة ( 151 ) من الدستور سالفة الذكر سوف تتمتع فور إتمام الإجراءات الدستورية بالتصديق عليها ونشرها بالتطبيق والنفذ المباشر أمام جميع السلطات بالدولة.

وقد حفلت ساحة القضاء المصري بالعديد من التطبيقات العملية (24) لنصوص الاتفاقيات الدولية في هذا المجال ، كما تضمنت أحكام المحاكم على مختلف درجاتها ونوعياتها الإشارة إلى العديد من نصوص الاتفاقيات المذكورة و أقامت قضائها عليها باعتبارها نصوصاً قانونية معمولاً بها . كما وأن المحكمة الدستورية العليا أشارت في العديد من أحكامها (25) إلى الإعلانات والقرارات والمواثيق الدولية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان بما فيها الإعلان العالمي وذلك في معرض تفسيرها للحقوق محل بحثها وردها لأصلها الذي قامت عليه لتضيف بقضائها العديد من المبادئ الدستورية الهامة في مجال حقوق الإنسان وحيثياته الأساسية كما التزم المشرع العقابي المصري بتجريم الأفعال المشار إليها باتفاقيات حقوق الإنسان.

وستتناول ما تثيره الوضعية القانونية للاتفاقيات الدولية في مصر من تساؤلات من ناحيتين أولهما علاقة الاتفاقية بالدستور ثم علاقتها بغيرها من القوانين السابقة أو اللاحقة عليها.

## أ- الدستور المصري واتفاقيات حقوق الإنسان :

بالنسبة لعلاقة اتفاقيات حقوق الإنسان المنظمة لها مصر بالدستور المصري فلا تثير ثمة صعوبة إذ أن انضمام مصر لتلك الاتفاقيات يأتي متوائماً ومتسقاً مع النصوص المقابلة لها بالدستور المصري المتعلقة بمبادئ حقوق الإنسان وحيثياته ، وبالتالي لا يوجد ثمة تعارض بين أحكام تلك الاتفاقيات والدستور المصري يؤهل للطعن على أحكام تلك الاتفاقيات أو ما ورد فيها من أحكام أمام المحكمة الدستورية العليا ، وقد يثار التساؤل حول توافق أحكام تلك الاتفاقيات مع الشريعة الإسلامية باعتبارها وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور المصدر الرئيسي للتشريع ، والواقع أننا لا نرى بوجه عام أوجه

23-أشرف عرفات أبو حجازة مبدأ قابلية القانون الجماعي للتطبيق الفوري والمباشر وأولويته على القوانين الوطنية للدول الأعضاء بالقاهرة: دار النهضة العربية، 2005، ص:134،133.

24-محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم ٥٤٦٢ لسنة ٧٦ قضائية، الدوائر التجارية - جلسة ٢٠١٣/١١/١٢، الطعن رقم ١٢٠٢٩ لسنة ٧٥ قضائية الصادر بجلسته ٢٠١٨/٠٤/٢٦

25-حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٣١ لسنة ٣ دستورية والذي جاء من ضمن حيثياته " الاتفاقيات الدولية السارية في مصر طبقاً للأوضاع المقررة والتي تكون لها قوة القانون وفقاً للمادة ١٥١ من الدستور وذلك باعتبار أن تلك المعاهدات والاتفاقيات تعتبر من قبيل القوانين الخاصة التي لا ينسخها القانون العام كمشروع الراهن".

مخالفات حادة أو كثيرة بين الشريعة الإسلامية وأحكام الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان تخلق تصادمًا أو تعارضاً يحول دون انضمام مصر إليها وذلك لعدة أسباب هي :-

أ- أن الاتفاقيات الدولية حسبما هو متعارف عليه دولياً تصاغ بعد رحلة طويلة بأروقة وأجهزة الأمم المتحدة وخبرائها ، و تشارك فيها كافة دول العالم بكافة اتجاهاتهم ، وذلك يحد من البداية من أوجه التعارض التي تحول دون انضمام الدول إليها إذا ستسعى الدول المشاركة في الصياغات الأولى أن تعدل وتصحح أية نصوص ترى فيها مساساً جوهرياً بأنظمتها بهدف الوصول إلى الصياغات المناسبة ، كذلك فإنه في الأمور الخلافية يفتح الباب أمام الدول للتحفظ على ما تراه متعارضاً مع نظامها وينص في الاتفاقيات عادة على ذلك ومن ثم فإن هذه الاتفاقيات قد أخذت في الاعتبار ابتداءً مثل هذه الاختلافات الناشئة عن اختلاف النظم والمفاهيم والهويات الثقافية للأمم والشعوب وتم معالجتها في مراحل الإعداد الدولي للاتفاقية.

ب- ومن الملاحظ أن هذه الاتفاقيات وما أبدى عليها من تحفظات مصرية (26) عند الانضمام إليها ، نجد أن أوجه الخلاف تكاد تنحصر من وجهة نظر المشرع المصرى في أمور ثلاثة هي : نظام التبني المحظور إسلامياً ، ثم ما يتصل بالمساواة بين الرجل والمرأة في الأمور المتعلقة بالزواج و الميراث ، وهي أمور تتصل اتصالاً مباشراً بالجوانب التي تنظمها الأديان و تستظل بالحرية الدينية التي تشملها مبادئ حقوق الإنسان وحرياته ، وللمحل بالتالي للقول بتعارض تلك الاتفاقيات مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تنظم هذه الامور بالنسبة لمن يعتنقونها . والأمر الثالث مايتصل بالجنسية والأحكام المتصلة بمنحها ، وهي من الأمور الخلافية بالنظم القانونية على الصعيد الدولي.

ج- أن مصر تحوطت من كل ما يثير مساساً بأحكام الشريعة الإسلامية ، حيث أبدت التحفظات التي ارتأتها غير ملائمة على بعض مواد إتفاقيات حقوق الإنسان المنضمة لها وان كانت التحفظات بوجه عام قد زاد المد الدولي نحو المطالبة بإلغائها إذ يرى البعض أنها قد تكون في النهاية معلة لعمل الاتفاقية إلى الحد الذي قد يكون فيه الانضمام لمجرد الشكل ولكن واقع الحال والتجارب الدولية وأحكام القانون الدولي تتخذ التحفظات كملجأ أخير لتشجيع الدول على الانضمام والتخفيف من المردودات السلبية لما قد تتعارض مع بعض مفاهيمها أو تقاليدها وهويتها الأساسية وهذا في ذاته أمر قد اقره المؤتمر الثاني لحقوق الإنسان في فيينا عام 1993؛ ومن ثم نرى أن التحفظات ستعد الحل الأمثل للم شمل المجتمع الدولي بمراعاة التقاليد والثقافات للدول المختلفة دونما فرض ما يتعارض معها تحت أي مساس كما وأن الانضمام في ذاته يعتبر خطوة هامة على الطريق قد يعقبها مع نضوج التجارب الدولية وتلاحقها إلغاء هذه التحفظات .

26-ممثل ذلك التحفظات المصرية على اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وقد بدأ نفاذ الاتفاقية في سبتمبر ١٩٨١ ، وذلك على المادة 16 من الاتفاقية التحفظ على نص المادة ١٦ بشأن مساواة المرأة بالرجل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج وعلاقات الأسرة أثناء الزواج وعند فسخه. والتحفظ الوارد على الفقرة ( ٢ ) من المادة ٢٩ بشأن حق الدولة الموقعة على الاتفاقية في إعلان عدم التزامها بالفقرة ١ من تلك المادة المتعلقة بعرض ما قد ينشأ من خلاف بين الدول حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية على هيئة تحكيم وذلك تفاديًا للتقيد بنظام التحكيم في هذا المجال. فضلا عن التحفظ العام على المادة

## ٢ - اتفاقيات حقوق الإنسان والقوانين المصرية :

بالنسبة لعلاقة الاتفاقيات الدولية التي تنضم إليها مصر بغيرها من القوانين المصرية وقت نفاذها ، فإن الأمر يخضع بطبيعة الحال من الناحية القانونية للقواعد المقررة لتنازع القوانين من حيث الزمان باعتبار أن الاتفاقية أصبحت قانوناً من القوانين المصرية عملاً بنص المادة (151) من الدستور .

وهذا الأمر يترتب عليه احتمالان هما :

أ- أنه طبقاً للقواعد القانونية فإن نصوص الاتفاقية الصالحة للتطبيق الفوري والتي لا تتطلب تدخلاً من المشرع الوطني ، تسري منذ نفاذها وتلغي ما قد يوجد من نصوص قانونية مخالفة لها وفقاً " لقاعدة أن اللاحق يلغي السابق و المخالف له طالما أن الأداة التشريعية تكون على ذات المستوى ويكون التطبيق الفعلي للقانون اللاحق دون السابق بالضوابط المقررة في التفريغ بين النص العام والخاص " (27).

ب- أن المشرع الوطني لا يملك تعديل اتفاقية دولية فالذي يملك تعديلها أطرافها وفقاً لما تتضمنه الاتفاقية ، ولكن قد يصدر المشرع الوطني بعد الانضمام للاتفاقية نصوصاً قانونية تخالف وتفيد أو تعارض أو تنتقص من الحقوق الواردة بالاتفاقية. وفي هذه الحالة يكون التطبيق على المستوى العملي للقانون اللاحق دون الاتفاقية وهذا الفرض يضع الدولة في نطاق المسؤولية قبل أطراف الاتفاقية حيال التزاماتها الناشئة عن الاتفاقية المعنية وفقاً لما تحدده الاتفاقية ذاتها من أحكام في هذا الشأن .. ولكن الأمر يختلف بعض الشيء في حالة ما إذا كان الأمر يتعلق باتفاقية من اتفاقيات حقوق الإنسان والتي تستند وفقاً للنظام القانوني المصري إلى نصوص دستورية فإنه إذا صدر قانون مخالف لها أو متعارضاً معها يكون في ذات الوقت مخالفاً للنص الدستوري الذي تستند إليه الاتفاقية ، ويستطيع كل ذي شأن الطعن عليه أمام القضاء بالأوضاع المقررة وصولاً للقضاء بعدم دستورية القانون على أساس مخالفته لنص دستوري وليس كونه معارضاً لإحكام اتفاقية دولية .

ج - الآثار القانونية المترتبة على انضمام مصر للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان يترتب على انضمام مصر للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التزامات من قبل الدولة من الناحية التشريعية وهي :

أولاً: إصدار التشريعات أو التعديلات الواجب إتمامها وفقاً لأحكام الاتفاقية .

ثانياً: الالتزام بعدم إصدار قوانين تعارض أحكام الاتفاقية أو تخالفها باعتبار أن اتفاقيات حقوق الإنسان وإن كانت تعد وفقاً للمادة (151) من الدستور قوانين مصرية (28).

ويلاحظ بطبيعة الحال أن الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان ليست من الاتفاقيات المتصلة بالأعمال السياسية الخارجة عن نطاق الرقابة القضائية وذلك على نحو ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا ، والذي انتهى إلى أن استبعاد الاتفاقية من مجال الرقابة القضائية يشترط فيه أن تكون

27- إبراهيم الشيخ علي بدوي ، نفاذ التزامات مصر الدولية في مجال حقوق الإنسان في النظام القانون المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص 218.

28- الحكم الصادر بالقضية رقم 76 لسنة 29 قضائية دستورية ، جلسة 1/10/2007.



الاتفاقية محلاً للأعمال السياسية وفقاً لما تحدده المحكمة الدستورية عن طبيعة المسائل محل الاتفاقية (29).

وما انتهت إليه المحكمة الدستورية في هذا الشأن يعد في حقيقته مجالاً يتعين على المشرع الوطني ألا يتخطاه عند تناوله بالتنظيم حقوقاً أو حريات منصوص عليها بالدستور والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان

وهذا في مجمله يضع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان في مصر في منزلة خاصة على السلم التشريعي ما بين الدستور والقانون.

د- يلتزم المشرع العقابي المصري بتجريم الأفعال المؤثمة بالاتفاقيات الدولية حيث استقر المجتمع الدولي في بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على اتباع نهج المساواة الجنائية لبعض الأفعال التي تشكل انتهاكاً لبعض حقوق الإنسان مثل اتفاقيات السخرة والرق و الدعارة والتفرقة العنصرية والتعذيب، وتتطلب أحكام هذه الاتفاقيات تجريم الأفعال الواردة تفصيلاً بها ومطالبة الدول بوضع العقوبات المناسبة لها وقد انضمت مصر إلى هذه الاتفاقيات .

### موقف مصر من المحكمة الإفريقية:

كانت مصر من أوائل الدول التي وقعت على البروتوكول المؤسس للمحكمة، وقاد الراحل الدكتور بطرس غالي الأمين العام الأسبق للأمم المتحدة حملة في القارة السمراء لتعزيز تواجد المحكمة، لكن مصر لم تصدق على انضمامها على المحكمة بشكل نهائي، مما يعني ذلك أنه من الصعب أن يتم رفع دعاوى ضد مصر سواء من أفراد أو منظمات.

وقالت مصادر دبلوماسية بوزارة الخارجية المصرية، إن هذه الأمور الإجرائية سواء بالتصديق أو بقبول رفع دعاوى ضد الدولة تأخذ وقتاً طويلاً لأن الأمر يتعلق بدراسة دقيقة، مضيفاً بأن مصر دعمت إنشاء المحكمة، كما أن قرار التصديق النهائي يخضع للعديد من الاعتبارات (30).

وقد يظن البعض أن الغرض الأساسي لعدم قيام مصر بالتصديق على بروتوكول المحكمة الإفريقية هو الخشية من إمكانية تقديم أفراد أو منظمات حكومية أو غيرها برفع شكاوى ضدها أمام المحكمة الإفريقية، وهذا مردوداً عليه بأن مجرد تصديق مصر لا يخول للأفراد أو المنظمات التقدم بالشكاوى ضدها، وذلك لما نصت عليه المادة 34 (6) من ضرورة أن تصدر الدولة إعلاناً خاصاً، تقبل بمقتضاه أن يقوم أفراد ومنظمات حكومية برفع شكاوى ضد الدولة.

وفي تصريح للقاضي التونسي بالمحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان ، رافع بن عاشور " على مصر المصادقة على البروتوكول، والمادة 34 فقرة 6 تنص على ضرورة أن تصدر الدولة إعلاناً خاصاً، تقبل بمقتضاه أن يقوم أفراد ومنظمات حكومية برفع شكاوى ضد الدولة، ويمكن لمصر التصديق على الميثاق ولا تقوم بالإعلان إلا لاحقاً.. فلا خوف على السيادة والاستقرار لأن المحكمة تنظر في

29-الحكم الصادر بالقضية رقم 8 لسنة 14 قضائية دستورية ، جلسة 19/9/1993 .

30- <https://www.almasryalyoum.com/news/details/1085830> last visit 22/9/2020

القانون، ولا يمكن اللجوء إليها إلا إذا استنفذ المدعى كل طرق التقاضي الداخلية في مصر والاتجاه لكافة المحاكم بجميع درجاتها في البلاد".<sup>(31)</sup>.

لذا يري الباحث ضرورة قيام مصر بالتصديق علي بروتوكول المحكمة الإفريقية

## المبحث الثالث: العلاقة بين النظام القانوني المصري والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان وأهمية تصديق مصر علي بروتوكول المحكمة الإفريقية .

- تتبنى مصر مبدأ جوهرياً يقوم على احترام الإعلانات والمواثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان وهو ما يعطى هذه الاتفاقيات مرتبة قانونية متميزة من عدة نواحي.

### أولاً: الحماية الدستورية والتشريعية للحقوق والحريات :-

1- الحماية المقررة بموجب القاعدة الدستورية:

إذ يترتب على ادراج مبادئ حقوق الإنسان وحرياته في نصوص الدستور المصري أن تتمتع تلك المبادئ بالحماية المقررة للقاعدة الدستورية، وهو اعتبار كافة النصوص القانونية النافذة فعلاً وقت صدور الدستور والمخالفة لتلك المبادئ أو المتعارضة معها غير دستورية، كما أن ذلك أيضاً ينسحب على أي قوانين قد تصدر عن السلطة التشريعية في وقت لاحق على نفاذ الدستور.

2- الحماية المقررة للقواعد القانونية:

تتمتع كافة أحكام الاتفاقيات الدولية ومن بينها الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان باعتبارها قانوناً من قوانين البلاد بالتطبيق والنفاذ المباشر والفوري أمام جميع السلطات في الدولة وتلتزم هذه السلطات بأحكامها- والقواعد التي نصت عليها – ويمنح ذلك بشكل مباشر الحق لمن يتضرر من عدم تطبيقها اللجوء إلى القضاء المختص وفقاً لطبيعة المخالفة وبالأوضاع المقررة للحصول على الحقوق الناشئة عنها<sup>(32)</sup>.

3- الحماية الجنائية:

31\_

<https://www.youm7.com/story/2016/9/10/%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%81%D8%B1%D9%8A%D9%82%D9%8A%D8%A9-%D9%84%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%86%D8%B3%D8%A7%D9%86-%D9%84%D9%86-%D9%86%D9%86%D8%B8%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B6%D8%A7%D9%8A%D8%A7-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B1%D9%81%D9%88%D8%B9%D8%A9-%D8%B6%D8%AF-%D9%85%D8%B5%D8%B1-%D9%88%D8%A3%D8%AD%D8%AB%D9%87%D8%A7/2879012> last visit 22/9/2020

32- راجع المستشارة. سوزان عبد الرحمن، تقرير مصر الدورى المقدم للجنة الافريقية لحقوق الانسان والشعوب في عام 2018 ، منشور في دورية دراسات في حقوق الانسان، الهيئة العامة للاستعلامات، مصر. العدد الثالث يناير 2019 من ص 198 حتى 201.

تتمتع كافة الحقوق والحريات المنصوص عليها بالدستور بالحماية الجنائية والتي بمقتضاها يعتبر كل اعتداء على أي من هذه الحقوق أو الحريات جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية أو المدنية الناشئة عنها بالتقادم وكفالة الدولة لتعويض المضرور منها.

فعلى سبيل المثال نجد أن المادة 99 من الدستور الحالي نصت على " كل اعتداء على الحرية الشخصية، أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، وغيرها من الحقوق، والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية، ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء . وللمجلس القومى لحقوق الإنسان إبلاغ النيابة العامة عن أى انتهاك لهذه الحقوق . وذلك كله على الوجه المبين بالقانون".

4:-السلطات الضامنة للإنفاذ الفعال لمبادئ حقوق الإنسان وسبل الانتصاف المتاحة:

تتعدد مستويات ووسائل الانتصاف دولياً وإقليمياً ووطنياً باعتبارها الأداة التنفيذية التي تجعل من نصوص مبادئ حقوق الإنسان المنصوص عليها بالاتفاقيات الدولية والإقليمية فعالة وناذة وليست مجرد نصوص جامدة فعلى المستوى الدولي توجد بالإضافة إلى أجهزة الأمم المتحدة الآليات الدولية الناشئة عن سبع اتفاقيات دولية هي كل من العهدين المدني والاقتصادي وحظر التفرقة العنصرية والطفل والمرأة والتعذيب وحظر التفرقة العنصرية في الرياضة وعلى الصعيد الإقليمي توجد المحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والمحكمة العربية لحقوق الإنسان التي شاركت مصر في صياغة نظامها الأساسي، كما توجد اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان التي أنشئت بموجب الميثاق الأفريقي للعمل على حماية حقوق الإنسان والشعوب.

أما على الصعيد الوطني فهناك عدةليات تكفل تطبيق مبادئ حقوق الانسان فالسلطة القضائية تشكل وسيلة الانتصاف الأولى الضامنة للإنفاذ الفعلي لكافة مبادئ حقوق الانسان وحرياته الأساسية طبقاً للمبادئ والقواعد الدستورية والقانونية التي يقوم عليها النظام القانوني المصري، وبجوار السلطة القضائية توجد الية المجالس المتخصصة و الإدارات داخل بعض الوزارات ذات الصلة بحقوق الانسان وذلك على النحو الآتى:

**ثانياً : الاليات الوطنية المتاحة للأفراد في النظام القضائي المصري لحماية الحقوق والحريات:**

أ- الاليات القضائية:

- 1- المحكمة الدستورية العليا: وهي جهة قضائية مستقلة، قائمة بذاتها، وتقوم الجمعية العامة بها على شئونها، ويؤخذ رأياها فى مشروعات القوانين المتعلقة بشئونها وتتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية.
- 2- القضاء: وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويصدر أحكامه وفقاً للقانون، ويبين القانون صلاحياتها، والتدخل فى شئون العدالة أو القضايا جريمة لا تسقط بالتقادم.
- 3- النيابة العامة: تعد جزء لا يتجزأ من القضاء، تتولى التحقيق، وتحريك، ومباشرة الدعوى الجنائية عدا ما يستثنيه القانون، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى. وتعد النيابة العامة الوسيلة الدستورية الرئيسية لحماية حقوق وحريات الأفراد، وحماية مكتسبات وممتلكات الشعب ضد أى بطش أو اعتداء أو تغول غير دستوري عليها.
- 4- مجلس الدولة: يشكل مجلس الدولة بصفته المختص بالفصل فى المنازعات الإدارية دون غيره؛ وسيلة الانتصاف القضائية الميسر للكافة اللجوء إليها طعناً على كل ما يصدر عن السلطة التنفيذية من قرارات.

5- هيئة النيابة الإدارية: النيابة الإدارية هيئة قضائية مستقلة، تتولى التحقيق في المخالفات الإدارية والمالية، وكذا التي تحال إليها ويكون لها بالنسبة لهذه المخالفات السلطات المقررة لجهة الإدارة في توقيع الجزاءات التأديبية<sup>(33)</sup>.

ب- المجالس القومية المتخصصة والإدارات:

- 1- المجلس القومي للطفولة والأمومة: هو السلطة الوطنية العليا التي تتولى وضع السياسة العامة للطفولة والأمومة في مصر.
- 2- المجلس القومي للمرأة: أنشأ المجلس القومي للمرأة للعمل على النهوض بالمرأة وحل كل مشكلاتها والعمل على القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة وذلك تفعيلاً لاتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة التي صدقت عليها مصر.
- 3- الإدارة العامة لشئون حقوق الإنسان: أنشئت وزارة العدل الإدارية العامة لشئون حقوق الإنسان بموجب القرار رقم 3081 لسنة 2002 من أجل المساهمة في تعزيز ورفع حقوق الإنسان في مصر والتعاون مع كافة وزارات الدولة ومنظمات المجتمع المدني من أجل تحقيق هذا الهدف.
- 4- المجلس القومي لحقوق الإنسان: أنشئت الدولة المجلس القومي لحقوق الإنسان بموجب القانون رقم 94 لسنة 2003 والمعدل بالقانون رقم 197 لسنة 2017 ، المجلس يتمتع بالاستقلالية و يتبع مؤسسة الرئاسة ، ويعمل على تحقيق رفعه الإنسان وتعريفه بحقوقه والدفاع عنه والتنسيق بين كافة جهات الدولة من أجل تحقيق أهدافه تفعيلاً للمواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان<sup>(34)</sup>.

ثالثاً: مدى تطبيق مصر للحقوق الواردة بالميثاق الإفريقي :

نتناول هنا الحقوق الواردة بالميثاق وفقاً لترتيب ورودها وعلى النحو الذي انتهت إليه اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان بالنسبة للخطوط الإرشادية العامة لكتابة التقارير الدورية وذلك على النحو الآتي:

أ: في مجال الحقوق المدنية والسياسية:

تتضمن التشريعات المصرية الاحترام الكامل للالتزامات مصر في إطار العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وقد تم تنظيم هذه الحقوق في إطار المبادئ العامة للقانون الدولي لحقوق الإنسان؛ واتساقاً مع ذلك تم تعديل القانون رقم 40 لسنة 1977 بنظام الأحزاب السياسية في عام 2011 ليصبح تكوين الأحزاب بمجرد الإخطار وهو ما أكدته دستور 2014 في المادة (74). وفي إطار حرص الدولة على حماية الحق في حرية الفكر والرأي والتعبير وكفالة حرية الصحافة والطباعة والنشر الورقي والمرئي والمسموع والإلكتروني واستقلالها، والتزاماً بدستور عام 2014 (المواد 70، 71، 72، 211، 212، 213) فقد صدر القانون رقم 92 لسنة 2016، بشأن التنظيم المؤسسي للصحافة والإعلام، و صدر القانون رقم 93 لسنة 2016 بإنشاء نقابة الإعلاميين مقررأ استقلالها في مباشرة أعمالها لتحقيق الأهداف المنوطة بها والتي حددها في العمل علي الارتقاء بالمستوي المهني للإعلاميين وفق ضوابط ومعايير مهنية ملزمة.

ب: في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:

33- المستشار سناء سيد خليل بعض الإشكليات الموضوعية عن الالتزامات الدولية لمصر والناشئة عن المواثيق الدولية وضمنات حقوق الإنسان في الدستور والتشريعات المصرية، مرجع سابق، ص218.

34- المستشار سناء سيد خليل ، المرجع السابق، ص219.

كفل دستور 2014، احترام وحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمواطن المصري، وذلك فى نصوص مواده الواردة فى البابين الثانى والثالث، وتضمنت الحق فى السكن، والحق فى الصحة، والحق فى التعليم. ويحمى الدستور باقى هذه الحقوق بموجب مادتيه (92) و(93).

والتزامت الحكومة بما قرره الدستور من ضرورة وضع الدولة خطة شاملة للقضاء على الأمية الهجائية والرقمية بين المواطنين فى جميع الأعمار (المادة 25).

وفى إطار تعزيز الوعي بثقافة حقوق الإنسان فى المجتمع ، فقد تم تضمين (21) مفهوماً جديداً فى المناهج الدراسية: حقوق الإنسان – حقوق المرأة – حقوق الطفل – الديمقراطية – الوعي القانوني – العولمة – المهارات الحياتية – القانون الدولي والإنساني – التربية من أجل المواطنة وغيرها .

ج : فى مجال حقوق الأسرة والفئات الخاصة

تضمن الدستور المصري النص – فى أكثر من موضع – على التزام الدولة بتحقيق المساواة بين المرأة والرجل فى جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، واتخاذ التدابير الكفيلة بضمان تمثيل المرأة تمثيلاً مناسباً فى المجالس النيابية، وتولي الوظائف العامة ووظائف الإدارة العليا فى الدولة، والتعيين فى الجهات والهيئات القضائية، دون تمييز ضدها من خلال إنشاء آلية لمراقبة التمييز مع تخصيص نسبة 25% من مقاعد المجالس المحلية للمرأة، كما نص على التزام الدولة بحماية المرأة ضد كافة أشكال العنف ، وتمكينها من التوفيق بين واجبات الأسرة ومتطلبات العمل، وتوفير الرعاية والحماية للأمومة والطفولة والمرأة المعيلة والمسنة والمعاقة والنساء الأشد احتياجاً. وفى هذا الإطار فقد قامت الدولة بوضع استراتيجية وطنية لمكافحة العنف ضد المرأة 2015 / 2020 تم إطلاقها عام 2015. كما استحدثت مصر مؤشرات جديدة غير نمطية لقياس المساواة بين المرأة والرجل فى مجالات العمل والصحة والتعليم والحقوق السياسية بهدف رصد المكاسب التي تعود على المرأة من تنفيذ هذه الخطط وتطوير الأساليب المنهجية المتبعة حالياً للخروج بنظم متابعة وإقرار موازنات مستجيبة للاحتياجات الخاصة للمرأة على المستوى العملي بكل مراحل التخطيط والمتابعة، وتحقيق هدفى التنمية للألفية رقمي 5 و4 المعنيين بخفض نسبة وفيات الأطفال، وتحسين صحة الأم بحلول عام 2015 .

و تولى مصر اهتماماً كبيراً بقضية الهجرة غير المشروعة و الاتجار بالبشر ، فلقد شاركت مصر المجتمع الدولي بفعالية وإيجابية فى صياغة وإعداد الوثائق والاتفاقيات الدولية التي وضعت لتجريم ومكافحة تلك الممارسات وبادرت بالانضمام إليها، وفى مجال مكافحة الهجرة غير المشروعة وتهريب المهاجرين صدر القانون رقم 2016/28 بقصد تجريم كافة أشكال تهريب المهاجرين. كما تقدم كل الدعم لحماية اللاجئين .

د: احترام وحماية حقوق الإنسان على المستوى الوطني:

تقدم الحكومة برامج تهدف لتثقيف وتوعية المواطنين من خلال مكاتب التوجيه والاستشارات الأسرية التابعة لوزارة التضامن الاجتماعي لرفع مستوى معيشة المواطنين من خلال توجيه الأسرة لمصادر الخدمات المختلفة فى المجتمع للاستفادة منها وتحقيق الاستقرار العائلي، وكذلك حماية حقوق الانسان خلال فترات مكافحة الإرهاب من خلال اتخاذ التدابير الوقائية لحماية السكان المدنيين فى مناطق شمال سيناء على غرار النقل الإداري لبعضهم، وإصدار تشريعات لحماية المنشآت العامة والكنائس من خطر الإرهاب .

هـ: الجهود المصرية لإنفاذ احكام الميثاق على صعيد العلاقات الدولية:

على صعيد العلاقات الدولية تبذل مصر أقصى الجهود في كافة علاقاتها وعلى كل المستويات الدولية والإقليمية والثنائية، لمواجهة المشاكل الحادة لقارتنا الأفريقية، كما تشارك في كافة الجهود على الصعيد الإقليمي في إطار الاتحاد الأفريقي من خلال المشاركة الجادة في كافة أعمال الاتحاد ولجانه المتخصصة، وقد ساندت مصر حقوق الشعوب الأفريقية من أجل الحصول على الاستقلال والقضاء على كافة الأنظمة العنصرية من خلال تأييدها لحركات التحرر بالقارة، وقد انضمت أيضا لعدد 14 اتفاقية أفريقية من إجمالي ستة عشر اتفاقية كما ساهمت مصر في صندوق التنمية الأفريقي والاشتراك في التجمعات الاقتصادية الأفريقية لحشد الجهود الاقتصادية والأفريقية في مواجهة التحديات الجديدة لنظام العمولة. وقد توجت هذه الجهود الأفريقية في استضافة مصر للمؤتمر الأفريقي الأوروبي الذي عقد في إبريل 2000، بالقاهرة والذي نجح إلى حد كبير في حشد التأمين الأوروبي للقضايا الأفريقية المتعلقة بمشاكل المديونية والتنمية ونقل التكنولوجيا<sup>(35)</sup>.

كما استضافت مصر مؤخراً اجتماعات البرلمان الأفريقي من خلال تقديم الدعم الكامل لعمل مؤسسات الاتحاد الأفريقي<sup>(36)</sup>.

## الخاتمة :

تبين لنا من خلال هذه الدراسة الوضعية القانونية والقضائية للمحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب ، والتي تعد الأداة القضائية الرسمية لمنظمة الاتحاد الأفريقي ، وأحدى أهم الليات حماية حقوق الإنسان والدفاع عنها وعن حرياته الأساسية ، وعلاقة المحكمة باللجنة الإفريقية والمحاكم الفرعية في القارة، كما عرضت الدراسة لأهم معالم النظام القانوني المصري بشأن حقوق الإنسان ، وعلاقته بالميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ، ومدى تبني مصر لإحكامه ضمن نظامها القانوني وأهمية تصديق مصر على بروتوكول المحكمة وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وذلك على النحو الآتي:

### 1- النتائج القانونية :

- تعد المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب أحد أهم الليات حماية حقوق الإنسان في القارة، الأمر الذي يتطلب دعم دول القارة للمحكمة في أداء رسالتها.
- تعد مصر من أوائل الدول التي ساهمت بإيجابية في وضع وإقرار العديد من الإعلانات والمواثيق والعهود الدولية في مجال حماية حقوق الإنسان، وقد سارعت بالانضمام والتصديق على العديد من المواثيق والمعاهدات الدولية والإقليمية .

35- <https://www.dw.com/ar/%D8%A7%D9%84%D9%82%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%88%D8%B1%D9%88%D8%A8%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%81%D8%B1%D9%8A%D9%82%D9%8A%D8%A9-%D8%A2%D9%85%D8%A7%D9%84-%D9%81%D9%8A-%D8%B4%D8%B1%D8%A7%D9%83%D8%A9-%D8%AD%D9%82%D9%8A%D9%82%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D9%85%D8%AE%D8%A7%D9%88%D9%81-%D9%85%D9%86-%D8%AA%D8%AC%D9%86%D8%A8-%D9%82%D8%B6%D8%A7%D9%8A%D8%A7-%D9%85%D9%84%D8%AD%D8%A9/a-2988934> last visit 22/9/2020

36- <https://www.elwatannews.com/news/details/4287382> last visit 22/9/2020

- الدستور المصري أعلى من قيمة ومكانة اتفاقيات حقوق الانسان والمواثيق التي صادقت عليها مصر من خلال النص في المادة 93 منه على التزام الدول بتطبيق احكام هذه المواثيق "المعاهدات".
- عدم تصديق مصر حتي الآن علي البروتوكول المنشي للمحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب.

## 2- التوصيات:

- السعي لايجاد إطار قانوني لتنظيم العقوبات الدولية بغرض حماية حقوق الإنسان وهو الشيء المفقود في المجتمع الدولي.
- أهمية تصديق مصر على بروتوكول المحكمة الإفريقية لحقوق الانسان والشعوب الامر الذي سيحقق العديد من المكاسب لمصر ويدعم عمل ورسالة المحكمة.

- الاسم / مساعد عبدالعاطي شنبوي عبدالعال

- المؤهل / ليسانس الحقوق من كلية الحقوق جامعة القاهرة

- - الوظيفة / دكتوراه في القانون الدولي العام من كلية الحقوق جامعة القاهرة

الحالية / مستشار بهيئة النيابة الإدارية بجمهورية مصر العربية

- ايميل/ [mosaed1212@yahoo.com](mailto:mosaed1212@yahoo.com)

## قائمة بأهم المراجع :

أولاً : المراجع باللغة العربية

1. أشرف عرفات أبو حجازة، مبدأ قابلية القانون الجماعي للتطبيق الفوري والمباشر وأولويته علي القوانين الوطنية للدول الأعضاء، القاهرة: دار النهضة العربية، 2005.
2. إبراهيم الشيخ علي بدوي ، نفاذ التزامات مصر الدولية في مجال حقوق الإنسان في النظام القانون المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003.
3. خالد عبد العزيز الجوهري، الأمم المتحدة ونظام العقوبات الدولية: المدى والفعالية. في: رواق عربي، كتاب غير دوري يصدره مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، العدد 21.
4. عبد العزيز محمد عبد القادر، حرية تداول المعلومات ومردودها علي الأمن القومي بالقاهرة، أكاديمية الشرطة، كلية الدراسات العليا، رسالة دكتوراه، 2018.
5. عزت سعد السيد البرعي، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، القاهرة، مطبعة العاصمة، 1985
6. سناء سيد خليل، بعض الإشكليات الموضوعية عن الالتزامات الدولية لمصر والناشئة عن الواثيق الدولية وضمانات حقوق الإنسان في الدستور والتشريعات المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2003، ص211-223.
7. سوزان عبد الرحمن، تقرير مصر الدوري المقدم للجنة الإفريقية لحقوق الانسان والشعوب في عام 2018 ، منشور في دورية دراسات في حقوق الانسان، الهيئة العامة للاستعلامات، مصر. العدد الثالث يناير 2019 .
8. محمود الشريف بسبوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان: الوثائق الإسلامية والإقليمية. الطبعة الأولى 2003، المجلد الثاني، القاهرة: دار الشروق.

ثانياً : المراجع باللغة الاجنبية

1. Fatsah Ouguerouz, La Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples - Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité (Paris, Presses Universitaires de France, 1993)
2. Keba Mbaye, Les droits de l'homme en Afrique (Paris, Editions A. Pedone/Commission Internationale de Juristes, 1992).
3. Mutoy Mubiala, "Le Projet du Protocole à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux Droits de .la Femme en Afrique", in Human Rights, Spring 2000 (OUNHCHR review).
4. pierre-marie Dupuy, droit international public, 8e edition, Dalloz, Precis, 2020.

ثالثاً : المواقع الإلكترونية

1. <https://www.un.org/ar>
2. <https://law.emory.edu/>
3. <https://ijrcenter.org/>
4. <https://www.justiceinitiative.org/>
5. <https://ar.african-court.org/index.php>
6. <https://ar.guide-humanitarian-law.org/>
7. <https://archive.crin.org>
8. <https://ar.guide-humanitarian-law.org/>
9. <https://www.thenewhumanitarian.org/ar/>
10. <https://democraticac.de/>
11. <http://hrlibrary.umn.edu/>
12. <https://www.almasryalyoum.com/>
13. <https://www.elwatannews.com>
14. <https://www.youm7.com/>
15. <https://www.dw.com/>



# A bundle of mystery? Unpacking the application of the 'bundle of rights and guarantees' in the admissibility of applications before the African Court on Human and Peoples' Rights

Mwiza Jo Nkhata\*

<https://orcid.org/0000-0002-7695-5503>

**ABSTRACT:** Starting with its judgment in *Alex Thomas v Tanzania*, the African Court on Human and Peoples' Rights (Court) introduced the 'bundle of rights and guarantees' as a justification for overruling objections to the admissibility of cases on the ground that there had been a failure to exhaust domestic remedies. Although this justification has, subsequently, and with consistency, been applied in several other cases, the Court is yet to properly explain what the 'bundle' entails. This article is an assessment of the Court's jurisprudence dealing with the 'bundle of rights and guarantees'. It explores the possible existence of the 'bundle' approach in international human rights law, generally, after which it focuses on some of the issues that the Court's application of 'bundle of rights and guarantees' implicates. The article notes that the Court's failure to provide comprehensive justification for the 'bundle' approach creates an aura of mystery and undermines the transparency that normally ought to attach to judicial reasoning.

## TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

### Un faisceau de mystère? Évaluation de l'application du «faisceau de droits et garanties» dans la recevabilité des requêtes devant la cour africaine des droits de l'homme et des peuples

**RÉSUMÉ:** À partir de son arrêt *Alex Thomas c. Tanzanie*, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (la Cour) a introduit la notion de «faisceau de droits et garanties» pour justifier le rejet des exceptions à la recevabilité des requêtes au motif que les recours internes n'ont pas été épuisés. Bien que cette justification ait, par la suite, et avec constance, été appliquée dans plusieurs autres affaires, la Cour n'a pas encore pleinement expliqué ce qu'implique le «faisceau». Le présent article évalue la jurisprudence de la Cour relative au «faisceau de droits et garanties». Il explore la possibilité de l'existence d'une approche de «faisceau de droits et de garanties» en droit international des droits de l'homme en général, après quoi il s'attarde sur certaines des implications de l'application par la Cour de ladite approche. L'article note que le fait que la Cour n'a pas développé une justification approfondie de la notion de «faisceau» crée une aura de mystère et ne garantit la transparence que devrait normalement revêtir le raisonnement juridique.

\* LLB (Hons) (Malawi) PGCHE LLM LLD (Pretoria) Extraordinary Professor, Free State Centre for Human Rights, University of the Free State, South Africa; Principal Legal Officer, African Court on Human and Peoples' Rights; mwizankhata@gmail.com. The views expressed in this article are entirely those of the author and do not represent those of the African Union.

**KEY WORDS:** bundle of rights and guarantees, admissibility of applications, African Court on Human and Peoples' Rights, fair trial

**CONTENT:**

1	Introduction.....	193
2	A survey of the Court's 'bundle of rights and guarantees' jurisprudence ...	194
2.1	Judgments that explicitly rely on the 'bundle of rights and guarantees' .....	195
2.2	Judgments that implicitly rely on the 'bundle of rights and guarantees' .....	197
3	The right to fair trial and the 'bundle of rights and guarantees' in comparative jurisprudence.....	198
4	More than a mere metaphor? Unpacking the Court's adoption of the 'bundle of rights and guarantees' .....	203
4.1	The Court must explain the 'bundle of rights and guarantees'.....	203
4.2	The propriety of the assumption that matters covered under the 'bundle' ought to have been considered by domestic courts .....	205
4.3	Jurisprudential innovation or simply a convenient ruse?.....	208
4.4	Does the 'bundle of rights and guarantees' fit within article 56 of the Charter? .....	210
5	Conclusion.....	211

## 1 INTRODUCTION

In *Alex Thomas v Tanzania*,<sup>1</sup> the African Court on Human and Peoples' Rights (Court or African Court) for the first time invoked the notion of the 'bundle of rights and guarantees' to dismiss an objection to the admissibility of an application on the basis of non-exhaustion of domestic remedies. The Court's articulation of the 'bundle of rights and guarantees' was, however, not expansive and consists of a few terse sentences confirming that the applicant had exhausted domestic remedies. Subsequent to *Thomas v Tanzania*, the Court has relied on the 'bundle of rights and guarantees' in several other judgments. Although the list of cases that have adopted the 'bundle of rights and guarantees' approach has been growing, the Court is yet to more fully explain this approach. Predictably, clarity about the precise contours of this approach remains elusive.

The focus of the analysis in this article is the Court's jurisprudence dealing with the 'bundle of rights and guarantees'. Its aim is to unpack the Court's understanding of the 'bundle of rights and guarantees' and to highlight some of the issues that are implicated by the Court's adoption of the 'bundle of rights and guarantees'.

The article has five parts, of which this introduction is the first. The second part surveys the Court's judgments that have adopted the 'bundle of rights and guarantees' approach and, through this exercise, establishes what the Court has sought to convey by its incorporation of this approach. A survey of the other human rights systems for purposes of determining a similar recourse to the 'bundle of rights and guarantees' is conducted in the third part of the article. The fourth part explores some of the issues that are implicated by the Court's recourse to the 'bundle' approach. The conclusion is the final part of the article.

1 (2015) 1 AfCLR 465 (*Thomas v Tanzania*).

## 2 A SURVEY OF THE COURT'S 'BUNDLE OF RIGHTS AND GUARANTEES' JURISPRUDENCE

As earlier pointed out, *Thomas v Tanzania* is the first judgment in which the Court made reference to the 'bundle of rights and guarantees'. It is thus apposite that a quick reprise of this judgment be presented. The applicant was convicted of armed robbery by a district court and sentenced to 30 years' imprisonment. He subsequently unsuccessfully appealed against his conviction and sentence before the High Court and later the Court of Appeal. After the Court of Appeal dismissed his appeal, he lodged an application for review of its decision. The outcome of his application for review was still pending by the time he filed his case before the African Court.

Preliminarily, the Court had to deal with an objection by the respondent that the application was inadmissible due to the applicant's failure to exhaust domestic remedies. The respondent argued that although the applicant's appeal had been dismissed by the Court of Appeal, he should have waited for the outcome of his application for review of the Court of Appeal's decision. It was also argued that the applicant should have first filed a petition before the High Court, under the Basic Rights and Duties Enforcement Act of 1994, before approaching the African Court. In dismissing this objection, and finding that the applicant had exhausted domestic remedies, the Court held as follows:<sup>2</sup>

Regarding the Respondent's contention that the Applicant should have applied for a constitutional petition to vindicate his rights under the Basic Rights and Duties Enforcement Act, the Court finds that the Applicant was not under an obligation to do so. *The alleged non-conformity by the trial court, with the due process, with its bundle of rights and guarantees, formed the basis of his appeals to the High Court and Court of Appeal.* The Court of Appeal decided on the Applicant's appeal with finality therefore he accessed the highest Court in the Respondent State.

Strikingly, there is neither any attempt to further explain the 'bundle of rights and guarantees' nor any further mention of the 'bundle' anywhere else in the judgment.

Overall, however, two broad types of cases where recourse to the 'bundle of rights and guarantees' has been had are discernible. The first category involves cases like *Thomas v Tanzania* where the Court explicitly uses the expression 'bundle of rights and guarantees'. The second category are those cases where the Court does not explicitly use the expression 'bundle of rights and guarantees', but nevertheless employs the same reasoning as that which underlies the 'bundle' approach. In both instances, the cases have almost uniformly revolved around the right to a fair trial. In surveying the Court's jurisprudence, these two broad categories will be utilised for ease of presentation.

2 para 60 (emphasis added).

## 2.1 Judgments that explicitly rely on the ‘bundle of rights and guarantees’

Subsequent to *Thomas v Tanzania*, the first judgment dealing with the ‘bundle of rights and guarantees’ was *Kennedy Owino Onyachi and Charles John Njoka v Tanzania*.<sup>3</sup> In this case, the African Court conceded that six of the allegations made by the applicants had not been expressly raised by them during the domestic proceedings. Nevertheless, it dismissed the respondent’s objection that the applicants had not exhausted domestic remedies by finding that

[t]hese allegations happened in the course of the domestic judicial proceedings that led to the Applicants’ conviction and sentence to thirty (30) years’ imprisonment. They all form part of the ‘bundle of rights and guarantees’ that were related to or were the basis of their appeals. The domestic authorities thus had ample opportunities to address these allegations even without the Applicants having raised them explicitly. It would therefore be unreasonable to require the Applicants to lodge a new application before the domestic courts to seek redress for these claims.<sup>4</sup>

In *Onyachi and Njoka v Tanzania*, as contrasted to *Thomas v Tanzania*, an attempt was made, albeit a feeble one, to expound on the ‘bundle of rights and guarantees’. The Court, however, referred to *Thomas v Tanzania* as the authority bolstering its conclusion. This is perplexing considering that *Thomas v Tanzania*, insofar as the ‘bundle of rights and guarantees’ is concerned, is remarkable only for its lack of elaboration. The Court thus engaged in a form of circular reasoning by using a prior cryptic pronouncement to justify yet another similar finding without taking the effort to explain the basis of its position.

Once the ‘gates’ had been opened, subsequent endorsement of the ‘bundle of rights and guarantees’ approach has not been lacking. For example, in *Nguza Viking (Babu Seya) and Johnson Nguza (Papi Kocha) v Tanzania*<sup>5</sup> the Court, in a passage eerily similar to *Onyachi and Njoka v Tanzania*, found as follows:<sup>6</sup>

With regard to the issues that the Applicants did not raise during domestic procedures but chose to bring before the Court for the first time, the Court, in accordance with the Judgment rendered in *Alex Thomas v Tanzania*, affirms that these allegations happened in the course of the domestic judicial proceedings that led to the Applicants’ conviction and sentence to thirty (30) years’ imprisonment. They all form part of the ‘bundle of rights and guarantees’ in relation to the right to a fair trial that were related to or were the basis of their appeals. The domestic judicial authorities thus had ample opportunity to address these allegations even without the Applicants having raised them explicitly. It would therefore be unreasonable to require the Applicants to file a new application before the domestic courts to seek redress for these claims.

The judgment in *Thobias Mang’ara Mango and another v Tanzania*<sup>7</sup> followed the pattern of reasoning in *Onyachi and Njoka v Tanzania* but

3 (2017) 2 AfCLR 65 (*Onyachi and Njoka v Tanzania*).

4 para 54.

5 (2018) 2 AfCLR 287 (*Viking and another v Tanzania*).

6 para 53.

7 (2018) 2 AfCLR 314 (*Mango v Tanzania*).

it attempted to illustrate the contents of the bundle. In this judgment the Court reasoned as follows:<sup>8</sup>

[I]n *Alex Thomas v United Republic of Tanzania*, the Court also held that the Applicant was not required to exhaust domestic remedies in respect of alleged violations of fair trial rights which were occasioned in the course of his trial and appeals in the domestic court.

In the instant case, the Court notes that allegation relating to the denial of legal assistance, prolonged detention in police custody and illegality and harshness of the sentence imposed on the Applicants constitute part of the 'bundle of rights and guarantees' related to a fair trial which were not required to have been specifically raised at the domestic level. The Court consequently holds that the Applicants are deemed to have exhausted local remedies with respect to these claims.

Notwithstanding the attempt to illustrate some of the items that fall within the 'bundle of rights and guarantees', the Court, again, referred to *Thomas v Tanzania* as supporting its approach. This style of reasoning, especially the manner in which reference is made to a previous judgment, though replicated extensively in relation to the Court's adoption of the 'bundle' approach, is unconvincing. This is because although there has been constant reference to *Thomas v Tanzania*, this judgment never clarified the 'bundle of rights and guarantees' making it an unreliable authority for purposes of undergirding the approach. Unfortunately for the Court, clarity of judicial reasoning does not emerge simply by over-repetition of particular formulations but by deliberate articulation of reasons supporting a position.

In *Diocles William v Tanzania* the Court confirmed that 'legal aid forms part of the "bundle of rights and guarantees" in respect of the right to a fair trial'.<sup>9</sup> The Court thus found that the applicant's case was not inadmissible simply because he chose to plead a violation of the right to legal aid for the first time before it. A similar conclusion was reached in *Anaclet Paulo v Tanzania*<sup>10</sup> where the Court held that the applicant had given domestic courts an opportunity to interrogate various violations of his fair trial rights simply by challenging issues relating to the evidence and his sentence. According to the Court, 'when alleged violations of the right to a fair trial form part of the Applicant's pleadings before domestic courts, the Applicant is not required to have raised them separately to show proof of exhaustion of local remedies'.<sup>11</sup> The case of *Minani Evarist v Tanzania*<sup>12</sup> also involved the right to legal aid and it followed the reasoning in *William v Tanzania*.

The judgment in *Armand Guehi v Tanzania* followed the same pattern as the other judgments discussed above.<sup>13</sup> The Court reiterated its position that domestic remedies should be considered to have been exhausted if the applicant raised allegations covered by the 'bundle of rights and guarantees', which allegations domestic courts ought to have

8 para 45-46.

9 (2018) 2 AfCLR 426 (*William v Tanzania*) para 43.

10 (2018) 2 AfCLR 446 (*Paulo v Tanzania*).

11 para 42.

12 (2018) 2 AfCLR 402 (*Evarist v Tanzania*) para 35.

13 (2018) 2 AfCLR 477.

considered even if the applicant never expressly raised them.<sup>14</sup> Other cases confirming this position include *Ally Rajabu and others v Tanzania*,<sup>15</sup> *Jibu Amir alias Mussa and Saidi Ally alias Mangaya v Tanzania*,<sup>16</sup> *Livinus Daudi Manyuka v Tanzania*<sup>17</sup> and *Robert John Penesis v Tanzania*.<sup>18</sup>

It is notable that, to date, all judgments that have employed the ‘bundle of rights and guarantees’, have, without fail, always referenced *Thomas v Tanzania* as an authority. At the same time, however, the later judgments have done very little to clarify the cryptic formulations in *Thomas v Tanzania*.

## 2.2 Judgments that implicitly rely on the ‘bundle of rights and guarantees’

In some of its judgments, the Court has employed the reasoning underlying the ‘bundle of rights and guarantees’ without making express reference to it. For example, in *Mohamed Abubakari v Tanzania*,<sup>19</sup> in dismissing the objection that the application was inadmissible due to a failure to exhaust domestic remedies, the Court held that

all of these complaints essentially relate to one and the same right, i.e. the right to a fair trial, which the Applicant has repeatedly demanded before the national courts. It therefore follows that even if the complaints in question had not been submitted in detail to the national courts, the Respondent State would not be justified to argue that all the remedies or some of them have not been exhausted, whereas the Applicant submitted the issue of his right to a fair trial before the said national courts – a right that these courts are supposed to guarantee *proprio motu* in all its aspects, without the Applicant having to specify the particular aspects.<sup>20</sup>

Although no explicit reference to the ‘bundle of rights and guarantees’ was made in *Abubakari v Tanzania*, it is obvious that the reasoning adopted is the same as that underlying the ‘bundle’ approach. Similarly, in *George Maili Kemboge v Tanzania*,<sup>21</sup> the Court reasoned that the applicant had exhausted domestic remedies by accessing the highest court in the respondent state thus inviting consideration of all issues related to his complaint on fair trial. The same approach was also employed in *Dismass Bunyerere v Tanzania*.<sup>22</sup> In this case the Court concluded that by accessing the Court of Appeal, which is the highest court in Tanzania, the respondent had been given ‘the opportunity to

14 As above, para 50.

15 Application 7/2015, Judgment of 28 November 2019 (*Rajabu and others v Tanzania*) para 41.

16 Application 14/2015, Judgment of 28 November 2019 (*Jibu Amir and another v Tanzania*) para 37.

17 Application 20/2015, Judgment of 28 November 2019 (*Manyuka v Tanzania*) para 44.

18 Application 13/2015, Judgment of 28 November 2019, para 61.

19 (2016) 1 AfCLR 599 (*Abubakari v Tanzania*).

20 para 76.

21 (2018) 2 AfCLR 369 (*Kemboge v Tanzania*) para 32-35.

22 Application 31/2015, Judgment of 28 November 2019 (*Bunyerere v Tanzania*).

redress [the applicant's] violations'.<sup>23</sup> Perhaps as a reflection of the centrality of the judgment in *Thomas v Tanzania*, all the above-mentioned judgments refer to this authority. Given that the Court's invocation of the 'bundle of rights and guarantees' has always been in the context of the right to a fair trial, the next section of the article takes a comparative approach and explores the 'bundle' in other human rights systems using the perspective of the right to a fair trial.

### 3 THE RIGHT TO FAIR TRIAL AND THE 'BUNDLE OF RIGHTS AND GUARANTEES' IN COMPARATIVE JURISPRUDENCE

Although the Court's exposé of the 'bundle of rights and guarantees', this far, only makes an oblique reference to the right to a fair trial, it is within the conceptualisation of the right to a fair trial that a meaningful rendering of the 'bundle' can be found.

The right to a fair trial envisages a boundary beyond which judicial processes cannot go without compromising fairness and effectiveness.<sup>24</sup> It is one of the fundamental pillars meant to protect individuals from arbitrary treatment and ensure the proper administration of justice.<sup>25</sup> The right to a fair trial ensures that state authorities, in adjudicating on an individual's rights, 'will do so using a procedure that provides the necessary means to defend [his or her] legitimate interests and obtain duly reasoned rulings' in order that he or she 'is protected by the law and safeguarded from arbitrariness'.<sup>26</sup> The right to a fair trial, therefore, is central to the rule of law and works to uphold the due process of law.<sup>27</sup>

A number of international instruments provide for the right to a fair trial. For example, article 10 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention), article 8 of the American Convention on Human Rights (American Convention) and article 7 of the African Charter on Human

23 As above, para 37.

24 S Ismail 'The right to fair trial: Analysing the jurisprudence of member states of the ICCPR' [https://www.researchgate.net/publication/325946424\\_The\\_Right\\_to\\_Fair\\_Trial\\_Analysing\\_the\\_Jurisprudence\\_of\\_Member\\_States\\_of\\_the\\_ICCPR](https://www.researchgate.net/publication/325946424_The_Right_to_Fair_Trial_Analysing_the_Jurisprudence_of_Member_States_of_the_ICCPR) (accessed 2 June 2020).

25 L Doswald-Beck 'Fair trial, right to, international protection' <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e798> (accessed 20 May 2020).

26 Separate Opinion of Judge Garcia Ramirez, para 4 *Claude Reyes and others v Chile*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of Inter-American Court (ser C) No 151 (19 September 2006).

27 *Tadic Dusko* IT-94-1-A, Appeal Judgment 15 July 1999.

and Peoples Rights (Charter).<sup>28</sup> In all these international instruments, the right to a fair trial is often formulated to capture two components: a general one, with application in all relevant proceedings and a specific one involving the rights of the defence in criminal proceedings.<sup>29</sup> As acknowledged by the European Court of Human Rights (European Court), the right to a fair trial holds a prominent place in any democratic society such that there should be no reason for interpreting it restrictively.<sup>30</sup> Perhaps as a measure of its importance, it is generally accepted that this right does not permit derogations even in times of public emergencies.<sup>31</sup>

The right to a fair trial can be said to comprise of the following fundamental but non-exhaustive rights:<sup>32</sup> the right of access to courts which includes the right to be heard by a competent, independent and impartial tribunal; the right to equality of arms; the right to a public hearing; the right to be heard within a reasonable time; the right to legal assistance; the right to interpretation and the prohibition of *ex post facto* laws. Although many international human rights instruments expressly provide for guarantees meant to secure the right to a fair trial, the depth of the detail varies from one instrument to the other.<sup>33</sup> Additionally, across legal systems, provisions on the right to a fair trial have been the subject of sustained judicial construction which has resulted in the expansion of the protections that fall under the general umbrella of the right to a fair trial.<sup>34</sup> The central motif of the various fair trial guarantees is to ensure that individuals involved in proceedings are able to defend themselves and are treated fairly.<sup>35</sup>

Outside of the African Court's jurisprudence, express mention of the 'bundle of rights and guarantees', in the context of the right to fair trial, is not common. The rationale underlying the approach, however, does not seem to be that rare. Many courts seem quite alive to the fact that the right to a fair trial comprises several guarantees which must all be preserved. For example, in *Suarez-Rosero v Ecuador*,<sup>36</sup> the Inter American Court of Human Rights (Inter-American Court) held that

28 In many of these instruments, aspects of the right to a fair trial are also covered in other provisions within the same instruments. For example, article 15 ICCPR, article 7 European Convention, article 9 American Convention and article 26 of the Charter.

29 S Trechsel *Human rights in criminal proceedings* (2005) 85.

30 *Moreira de Azevedo v Portugal*, Judgment of 23 October 1990, para 66; *Belziuk v Poland* Judgment of 25 March 1998 para 37 and *Adolf v Austria*, Judgment of 26 March 1982 para 30.

31 *Civil Liberties Organisation v Nigeria* para 27 and C Medina *The American Convention on Human Rights: crucial rights and their theory and practice* (2016) 242.

32 P Leanza & O Pridal *The right to a fair trial: article 6 of the European Convention on Human Rights* (2014) 6.

33 T Antkowiak & A Gonza *The American Convention on Human Rights: essential rights* (2017) 174-177.

34 Leanza & Pridal (n 32) 6.

35 Medina (n 31) 324.

36 Judgment of 12 November 1997 (merits) para 51 and 77 - [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_ing.pdf) (accessed 5 August 2020).



some of the minimum guarantees for fair trial include adequate time and means for the preparation of one's defence, the right to conduct a defence in person or to be assisted by counsel of one's choice, the right to communicate freely and privately with counsel, and the right to be provided with counsel at the state's expense. This approach offers an indicative idea of the guarantees that together secure the right to a fair trial.

In the case of *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v Trinidad and Tobago*, the Inter-American Court held that

[i]n order to protect the right to effective recourse, established in Article 25 of the Convention, it is crucial that the recourse be exercised in conformity with the rules of due process, protected in Article 8 of the Convention, which include access to legal aid. Taking into account the exceptionally serious and irreparable nature of the death penalty, *the observance of due process, with its bundle of rights and guarantees*, becomes all the more important when human life is at stake.<sup>37</sup>

The Inter-American Court also alluded to the 'bundle of rights and guarantees' in an advisory opinion in respect of a request by Mexico.<sup>38</sup> According to the Inter-American Court, due process of the law requires that a defendant be allowed to exercise his rights and defend his interests effectively and in full procedural equality with other defendants. The judicial process, the Court argued, is a means to ensure, in so far as is possible, an equitable resolution of differences. The Court expressed the view that the body of procedures commonly referred to as due process are designed to serve this end and ensure that the rights of persons subject to judicial proceedings are adequately protected. The Court concluded that the due process of law, with all its rights and guarantees, must be respected regardless of the circumstances especially in cases where an individual is facing serious charges.<sup>39</sup>

In respect of the European Court, it is apt to begin by acknowledging that it has often used a standard phrase to stress the importance of the right to a fair trial.<sup>40</sup> According to the European Court, 'the right to a fair trial holds so prominent a place in a democratic society that there can be no justification for interpreting the guarantees of article 6(1) of the European Convention restrictively'.<sup>41</sup> In rejecting a restrictive interpretation of article 6 of the European Convention, the European Court has conceded that there are many guarantees falling under the umbrella of fair trial which must always be considered in assessing whether proceedings meet the protections in article 6.

37 Judgment of June 21, 2002 (Merits, Reparations and Costs) para 148 (emphasis added).

38 Inter-American Court Advisory Opinion OC-16/99 of 1 October 1999, Requested by the United Mexican States para 117-118.

39 para 135.

40 Trechsel (n 29) 82.

41 *AB v Slovakia*, Judgment of 4 March 2003, para 54 and *Delcourt v Belgium*, Judgment of 17 January 1970, para 25.

The European Court's approach to the right to fair trial often mentions two aspects and these are the principle of equality of arms and the right to adversarial proceedings.<sup>42</sup> These two aspects are applicable both in civil and criminal cases though states are given greater latitude in relation to civil cases.<sup>43</sup> Briefly put, equality of arms requires a comparative analysis of the treatment of litigants to determine if the one party was disadvantaged. The notion of adversarial proceedings requires, among other things, that accused persons be informed of the case against them, in the sense of knowing the evidence or arguments that the court will consider in the disposal of the case and also being accorded the opportunity to challenge the evidence and contradict the arguments.<sup>44</sup> In the jurisprudence of the European Court, it is clear that the right to a fair trial has been interpreted to include many other elements, some of which do not seem to have been expressly canvassed by article 6, for example, the right to a reasoned decision.<sup>45</sup> One of the clearest manifestations of this approach was in *Golder v United Kingdom*.<sup>46</sup> In this case, the European Court concluded that

... without needing to resort to 'supplementary means of interpretations' as envisaged at Article 32 of the Vienna Convention, that Article 6 para 1 (art 6-1) secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way the Article embodies the 'right to a court', of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only. To this are added the guarantees laid down by Article 6 para 1 (art 6-1) as regards both the organisation and composition of the court, and the conduct of proceedings. *In sum, the whole makes up the right to a fair hearing*.<sup>47</sup>

Concededly, the European Court, this far, does not seem to have explicitly incorporated the language of 'bundle of rights and guarantees'. Nevertheless, its jurisprudence under article 6 of the European Convention, supports the 'bundle' approach to understanding the right to a fair trial. While some of the guarantees in the right to a fair trial are expressly enumerated in article 6 of the European Convention, the European Court has further expounded on these guarantees through a case by case analysis.<sup>48</sup>

As for the Human Rights Committee (HRC), it has also adopted a wide interpretation of the right to a fair trial. For example, in *Yves Morael v France* it stated that the right to a fair trial includes 'equality of arms, respect for the principle of adversary proceedings, preclusion of *ex officio reformatio in perjus*, and expeditious procedure'.<sup>49</sup> It is

42 *Brandstetter v Austria*, Judgment of 28 August 1991, para 66; and *Jasper v United Kingdom*, Judgment of 16 February 2000, para 51.

43 Trechsel (n 29) 85.

44 *Laukkanen and Manninen v Finland*, Judgment of 3 February 2004, para 34.

45 Trechsel (n 29) 85.

46 [1975] ECHR 1.

47 para 36 (emphasis added).

48 P van Dijk and others *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (2006) 578-580.

49 Communication No 207/1986, UN Doc. Supp. No 40 (A/44/40) at 210 (1989) para 210.

General Comment 32, however, that offers a clear picture of the HRC's approach to understanding the right to a fair trial.<sup>50</sup> In this General Comment, the HRC begins by conceding that article 14 of the ICCPR is particularly complex in nature given that it combines various guarantees with different scopes of application. By way of illustration, General Comment 32 highlights various guarantees which together secure the right to a fair trial including the right to equality before courts and tribunals, the right to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal and the presumption of innocence. While the language of 'bundle of rights and guarantees' is not expressly mentioned in General Comment 32, it is clear that the 'bundle' approach underlies the conceptualisation of the right to a fair trial by the HRC.

The African Commission on Human and Peoples' Rights (Commission) has considerable jurisprudence on the right to a fair trial. For example, it has expounded on the right to be tried by an independent and impartial tribunal as well as the right of accused persons to have counsel.<sup>51</sup> The Commission has also addressed the right to be heard and the effect of laws that purport to oust the jurisdiction of courts.<sup>52</sup> It has also pronounced itself on the right to be tried in a language that one understands as well as the importance of the independence of courts and tribunals.<sup>53</sup> The Commission, however, has never referred to the 'bundle of rights and guarantees' in its jurisprudence. The most that can safely be concluded, about the Commission's fair trial jurisprudence in relation to the 'bundle' approach, is that its decisions also demonstrate that the right to fair trial is made up of several guarantees.

As demonstrated above, with the exception of the Inter-American Court, the European Court, the HRC and the Commission have not expressly used the terminology of 'bundle of rights and guarantees' in their exposé of the right to a fair trial. At the same time, however, it is clear that a common understanding permeates the articulation of the right to a fair trial and this is that the right coalesces around several guarantees which together ensure due process. It is in reference to these several guarantees, therefore, that the language of a 'bundle of rights and guarantees' becomes relevant. The next section the paper engages with some of the issues that the Court's adoption of the 'bundle of rights and guarantees' implicates.

50 <https://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html> (accessed 26 May 2020).

51 *Egyptian Initiative for Personal Rights and Interights v Egypt* (2011) AHRLR 42 (ACHPR 2011).

52 *Good v Botswana* (2010) AHRLR 43 (ACHPR 2010).

53 *Gunme and others v Cameroon* (2009) AHRLR 9 (ACHPR 2009).

## 4 MORE THAN A MERE METAPHOR? UNPACKING THE COURT'S ADOPTION OF THE 'BUNDLE OF RIGHTS AND GUARANTEES'

It is important to commence with a summary of the African Court's overall understanding of the 'bundle of rights and guarantees'. The African Court's view seems to be that for there to be a meaningful guarantee of the right to a fair trial, domestic proceedings which generate the cases that come before it, must adhere to all the requirements designed to protect due process. The 'bundle of rights and guarantees', therefore, is the full array of safeguards meant to ensure the realisation of the right to a fair trial. The African Court has thus assumed that litigants who accessed the highest court in a particular country will be deemed to have exhausted domestic remedies if they raised, before the domestic court, any aspect of the right to a fair trial and subsequently allege a violation of the right to a fair trial before it. According to the Court, it does not matter that the particular litigant raises before it new fair trial issues – which were never raised before any domestic court – because it is assumed that once a litigant raises issues pertaining to the right to a fair trial, the court *a quo* was under a duty to consider the entire 'bundle of rights and guarantees' inherent in the right to a fair trial. This is the reasoning established in *Thomas v Tanzania* which has subsequently been replicated in the other cases earlier referred to.

### 4.1 The Court must explain the 'bundle of rights and guarantees'

In so far as the application of the 'bundle of rights and guarantees' is concerned, the judgment in *Thomas v Tanzania* is pivotal as it marks the genesis of a rather emphatic line of authorities. As earlier pointed out, however, the judgment itself is surprisingly thin on elaboration, particularly in terms of unpacking the 'bundle' and explaining its applicability. As noted by Adjolahoun, the Court's failure to unpack the 'bundle of rights and guarantees' means that notwithstanding the fact that *Thomas v Tanzania* is the first judgment, in a now long line of authorities, it actually is not a 'principle setter'.<sup>54</sup> The judgment fails to expound and justify the approach that the Court adopted to dismiss the respondent's objection on non-exhaustion of domestic remedies. The gravest calamity, however, has been the failure, in successive judgments, to remedy the oversight in *Thomas v Tanzania*. The Court has chosen to blandly cross-reference the judgment in *Thomas v Tanzania* in all its subsequent judgments without offering any

54 S Adjolahoun 'Jurisdictional fiction? A dialectical scrutiny of the appellate competence of the African Court on Human and Peoples Rights' (2019) 6(2) *Journal of Comparative Law in Africa* 1, 18.

additional substantive clarity. Resultantly, although the Court's case law on the 'bundle of rights and guarantees' has been consistent 'it has remained unprincipled and diffuse'.<sup>55</sup>

The duty on the Court, when it is adjudicating on matters that will have a profound influence on the development of its jurisprudence, one would believe, is to employ clear and cogent reasoning.<sup>56</sup> The introduction of the 'bundle of rights and guarantees' was one such occasion requiring the Court to step up and demonstrate its deductive prowess. As may be recalled, the 'bundle approach' has been used to dismiss a preliminary objection that has been raised quite consistently by Tanzania. The nature of this objection is such that had the Court sustained it, the bulk of the Court's fair trial jurisprudence would never have come into existence. Additionally, the fact that the same objection has been raised by the same respondent over and over in different cases, even after the judgment in *Thomas v Tanzania*, should have prompted the Court to, at least, attempt a clarification of the 'bundle of rights and guarantees'.

In terms of explaining the 'bundle of rights and guarantees', and given that the Court has expressly linked it to the right to a fair trial, it is arguable that the intellectual resources for assisting the Court in unpacking the 'bundle' lie, first and foremost, within article 7 of the Charter. Article 7(1) of the Charter provides: '[e]very individual shall have the right to have his cause heard. This comprises ...'. The expression, 'this comprises' is a clear indication of the fact that there are other guarantees for fair trial which may not have been expressly stated in article 7. The protections listed in article 7, therefore, are not meant to be an exhaustive list of the fair trial guarantees. As the Court has acknowledged, in interpreting article 7, recourse can be had to, for example, article 14 of the ICCPR, which is more detailed in its fair trial guarantees.<sup>57</sup> The Court's failure to explain the 'bundle of rights and guarantees', therefore, has not been for want of intellectual grounding within its foundational instruments.

It should also be recalled that judgments, generally, tend to have a two-fold effect. First, as determinative of the rights of the particular litigants, and second, as a precedent shaping the future conduct of others. It, therefore, matters how conclusions are reached in a judgment.<sup>58</sup> Judges who, through their pronouncements, change or modify the law must always seriously consider the ramifications of their pronouncements on other patterns in the law. Any distinctions made should therefore be genuine, articulated and sufficiently acceptable.<sup>59</sup> Judicial discipline, in terms of adjudication, requires clear justification

55 As above.

56 S Adjolahoun 'The African Court: need for a system-based approach to jurisprudential affirmation' <https://africlaw.com/2017/11/16/the-african-court-need-for-a-system-based-approach-to-jurisprudential-affirmation/> (accessed 26 May 2020).

57 *Thomas v Tanzania* (n 1) para 89.

58 E Levi 'The nature of judicial reasoning' (1965) 32(3) *University of Chicago Law Review* 395, 396.

59 Levi (n 58) 403.

for all findings in a judgment. Good judicial reasoning must be transparent and its logic clear.

In relation to the ‘bundle of rights and guarantees’ as applied by the African Court, it is clear that the invocation of this approach necessitated further elaboration. For example, and as will be demonstrated later, although the approach has been used to dismiss objections to admissibility of cases yet the precise location of the ‘bundle’ within the admissibility conditions set out in article 56 of the Charter has never been clarified. Additionally, the Court has applied the ‘bundle’ approach only in cases involving claims related to the right to a fair trial, which begs the question as to whether the approach has applicability beyond cases involving the right to a fair trial. A failure to clarify these two issues, has meant that the ‘bundle of rights and guarantees’, though a constant feature in the Court’s jurisprudence, remains something of a mystery.

#### **4.2 The propriety of the assumption that matters covered under the ‘bundle’ ought to have been considered by domestic courts**

To understand the assumptions underlying the Court’s ‘bundle’ of rights jurisprudence, close attention must be paid to the reasoning so far adopted by the Court. For example, in *Rajabu and others v Tanzania*, the Court held that ‘[t]he Court notes that in the instant case, given that the Court of Appeal was in a position to examine several claims of the Applicants with respect to the manner in which the High Court conducted the proceedings, there was ample opportunity to assess whether the right to be heard was upheld by the lower court’.<sup>60</sup> Further, in *Jibu Amir and another v Tanzania*, the Court held:<sup>61</sup>

Regarding those allegations that have been raised before this Court for the first time, namely, the illegality of the sentence imposed on the Applicants and the denial of free legal assistance, the Court observes that the alleged violations occurred in the course of the domestic judicial proceedings. They accordingly form part of the ‘bundle of rights and guarantees’ that were related to or were the basis of their appeal, *which the domestic authorities had ample opportunity to redress even though the Applicants did not raise them explicitly.... The Applicants should thus be deemed to have exhausted local remedies with respect to these allegations.* (emphasis provided)

In *Manyuka v Tanzania*, the Court’s reasoning was expressed as follows:<sup>62</sup>

The Court also notes that the alleged violations of his rights relate to the domestic judicial proceedings that led to his conviction and sentence. The allegations raised by the Applicant, therefore, form part of the bundle of rights and guarantees that were related to or were the basis of his appeals and *which the domestic authorities had ample opportunity to redress even though the Applicant did not raise them explicitly.*

60 *Rajabu and others v Tanzania* (n 15) para 42.

61 Application No 14 of 2015, Judgment of 28 November 2019, para 37.

62 *Manyuka v Tanzania* (n 17) para 44 (emphasis added).

Central to the Court's deployment of the 'bundle of rights and guarantees' is the assumption that domestic courts had ample opportunity to resolve the fair trial grievances raised by an applicant as long as he or she questioned anything relating to his or her right to a fair trial. According to the Court, it does not matter that the applicants never raised, before any domestic courts, the specific issues which they raise before it, as long as the grievances fall within the fair trial 'bundle'. The Court's findings, it is argued, are premised on assumptions about the criminal procedure law in Tanzania – since Tanzania has been the only state so far affected by the 'bundle' approach.<sup>63</sup> Ironically, none of the Court's judgments dealing with the 'bundle of rights and guarantees' demonstrates an awareness of the possibilities and limitations within the Tanzanian criminal procedure law. The assumptions made by the Court are, in the circumstances, difficult to sustain.

To begin with, Tanzania, like many other common law jurisdictions, follows the adversarial legal tradition. The adversarial system is a two-sided structure under which criminal trials involve the prosecution and the defence.<sup>64</sup> The duty of the prosecution is to prove the accused guilty while the defence argues for the accused's acquittal. A decision in the case is made by the judge (or jury) who acts as an umpire. The role of the judge is to ensure that the trial proceeds in accordance with established rules.<sup>65</sup> In this system, the judge is supposed to be neutral and a passive fact finder who is, generally, uninvolved in the presentation of the parties' arguments.

The strictures of space permit only a cursory discussion of the applicable regime for criminal appeals in Tanzania. Although the High Court of Tanzania has power to hear appeals from, for example, subordinate courts, this discussion focuses on appeals before the Court of Appeal.<sup>66</sup> The framework for appeals is contained in the Appellate Jurisdiction Act and the Court of Appeal Rules (as amended in 2019). An appeal is instituted by the lodging of a notice of appeal within 30 days of the date of the decision complained of.<sup>67</sup> The notice of appeal must state briefly the 'nature of the acquittal, conviction, sentence, order or finding against which it is desired to appeal'.<sup>68</sup> A notice of appeal filed out of time or one that is otherwise defective by failing to state the nature of the conviction, sentence or order against which it is desired to appeal, is liable to be struck out.<sup>69</sup>

63 The Court has yet to directly invoke the 'bundle of rights and guarantees' in a case involving a country other than Tanzania. However, the Court may have adopted the indirect application of the 'bundle of rights' in a non-Tanzania case for the first time in *Sebastien Germain Ajavon v Republic of Benin*, Application 13/2017 (Judgment of 29 March 2019 - Merits) para 124.

64 I Oraegbunam 'The jurisprudence of adversarial justice' (2019) 15 *Ogirisi: A New Journal of African Studies* 27 at 29.

65 As above.

66 See section 4(1) Appellate Jurisdiction Act.

67 Rule 68(1) Court of Appeal Rules.

68 Rule 68(2) Court of Appeal Rules.

69 *Seleman Hassan Mauluka v The Republic*, Criminal Appeal No 7 of 2014 (Court of Appeal, Mtwara).

In Tanzania, while the filing of the notice of appeal institutes the appeal, it is the memorandum of appeal that defines the appeal. The appellant must file a memorandum of appeal within twenty one days of being served with the record of the appeal which 'shall set forth concisely and under distinct heads numbered consecutively, without argument or narrative, the grounds of objection to the decision appealed ...'.<sup>70</sup> Under rule 72(5) of the Court of Appeal Rules, an appeal can be dismissed if the memorandum of appeal is not lodged within the prescribed time. However, the court can grant a party leave to file a supplementary memorandum of appeal<sup>71</sup> and during the hearing a party may also be granted leave to argue any ground of appeal not specified in the memorandum of appeal.<sup>72</sup> On a first appeal from the high court, the proceedings take the form of a re-hearing and the Court of Appeal is entitled to re-assess the facts and form its own conclusions.<sup>73</sup> In the case of a second appeal to the Court of Appeal, for proceedings originating in a subordinate court which had been appealed to the High Court, a certificate on the points of law being appealed issued by the High Court is necessary before the Court of Appeal can hear the matter.<sup>74</sup> The absence of the certificate is fatal to the appeal.<sup>75</sup> This brief presentation exposes some of the nuances in the Tanzanian criminal appeals procedure.

Given the above context, a few observations can be made. First, in Tanzania, true to the adversarial tradition, it is the appellants that determine the grounds of their appeal. This is done through the memorandum of appeal. An appellant wishing to enlarge his grounds of appeal can file a supplementary memorandum or even ask the Court of Appeal for leave to address matters not covered in the memorandum. The assumption routinely made by the African Court, that the Court of Appeal would somehow, of itself, address matters not raised by an appellant is, therefore, rather shaky and runs the risk of tainting the role of the Court of Appeal as a neutral arbiter between litigants. Admittedly, the Court of Appeal does have the power to consider some matters *suo motu* but this is limited to matters of law only.<sup>76</sup> This, arguably, does not extend to findings in relation to whether or not there was a violation of a right since this is a mixed question of law and fact.

Second, many of the litigants that took their cases to the Court of Appeal before filing their cases before the African Court had the benefit of counsel in arguing their appeals. Given these litigants access to counsel, they, arguably, would have had a good opportunity to present

70 Rule 72(1) and 72(2), Court of Appeal Rules.

71 Rule 73(1) Court of Appeal Rules.

72 Rule 81 Court of Appeal Rules.

73 *Samwel Marwa @Ogonga v The Republic*, Criminal Appeal 74 of 2013 (Court of Appeal, Mwanza) and *Faki Said Mtanda v The Republic*, Criminal Appeal No 249 of 2014 (Court of Appeal, Dar es Salaam).

74 Section 6(7)(b) Appellate Jurisdiction Act.

75 *Shangwe Mjema v Friday Salvatory and Hamisi Mrisho Mbonde*, Criminal Appeal No 103 of 2017 (Court of Appeal, Dar es Salaam).

76 See *M/s Tanzania - China Friendship Textile Co. Ltd. v Our Lady of the Usambara Sisters* Civil Appeal 84 of 2002 (Court of Appeal, Dar es Salaam).



their appeals before the Court of Appeal. To assume, without taking the time to disaggregate the quality of the service provision, for example, that whatever was never presented by the appellants ought to have been automatically considered by the Court of Appeal is dangerous. For one, counsel may have, as part of his appellate strategy, deliberately left out some matters in a bid to enhance a client's case. To blandly blame the Court of Appeal for not having considered issues that were never raised by an appellant, is rather specious, especially since this may include matters which the appellant deliberately never raised.

Third, the African Court ought to have been slow and deliberate in its consideration of the new issues raised by applicants. The key question here would be to determine whether by reason of the new issues that the applicant has brought to the Court a different case from the one filed before the local courts has been presented to the African Court. If this inquiry were systematically conducted, the African Court would have to reject all fresh issues which have the result of creating a new case for the respondent since, in principle, the applicant would not have exhausted domestic remedies on those issues.<sup>77</sup> As the Court has consistently stated, it is not an appellate court in respect of domestic courts.<sup>78</sup> This means that the African Court, like other supra national courts, has limited leverage to interfere with evidential findings by domestic courts. To avoid converting itself into a 'fourth instance court', the African Court must conscientiously limit its interference with evidence-based findings made by domestic courts. In practice, and despite the Court's refrain that it is not an appellate court, it has struggled to navigate this line in a principled manner.<sup>79</sup> For the reasons highlighted in this section, therefore, the assumptions made by the African Court about domestic appellate procedures in Tanzania, especially in relation to the application of the 'bundle of rights and guarantees', seem rather unfounded.

### **4.3 Jurisprudential innovation or simply a convenient ruse?**

Lawyers conversant with property law are likely to be familiar with the 'bundle of rights' or 'bundle of sticks'. This is an approach that evolved to help define property. The 'bundle of rights' or the 'bundle of sticks' serves to explain that property is a collection of rights in relation to others rather than a right to a 'thing'.<sup>80</sup> As a legal construct, the 'bundle' of rights describes the rights and responsibilities that inhere in property ownership irrespective of the 'thing' that is owned. In the context of property law, the 'bundle of rights' also explains how property ownership can be divided among several subjects even in

77 See *Radomilja and others v Croatia* [2018] ECHR 254 para 116-117.

78 *Ernest Mtingwi v Malawi* (2013) 1 AfCLR 190.

79 See Adjolohoun (n 54).

80 D Johnson 'Reflections on the bundle of rights' (2007) 32 *Vermont Law Review* 247-272 and J Baron 'Rescuing the bundle-of-rights metaphor in property law' (2014) 82(1) *University of Cincinnati Law Review* 57-45.

respect of the same object.<sup>81</sup> One way in which this division is possible is by vesting various incidents of property in different people. For example, in respect of the same object of property, one person may have the nominal title while another may have the control and yet another the beneficial interest. In property law, the novelty of the 'bundle of rights' is that it allows considerable versatility in property ownership. For example, an individual may still be the owner of property even if not all incidents of property are simultaneously vested in him or her thus allowing such an owner to share interests in property without forsaking his or her ownership. Within the domain of property law, therefore, the 'bundle of rights' is fairly well established as a jurisprudential approach for understanding property ownership.

The 'bundle of rights and guarantees' which has been adopted by the Court, and the 'bundle of rights' from property law, though similar in nomenclature, are very different. The similar terminology, however, may be a source of confusion. The similarity between the two approaches provides another compelling reason why the Court should have taken time to deliberately explain its approach, if only to eliminate confusion with the property law approach.

Further, a question may be posed as to whether or not the Court inducted a jurisprudential innovation by having recourse to the 'bundle of rights and guarantees'. The relationship between the 'bundle of rights and guarantees', and the rules on admissibility of applications under the Charter, is addressed in the next section of the article, at the moment it suffices to note that the effect of the Court's adoption of this approach is to admit cases which would otherwise have been inadmissible. This is because admissibility conditions in article 56 of the Charter are cumulative.<sup>82</sup>

In further considering whether the Court is the progenitor of a jurisprudential innovation or not, it may be useful to consider one possible discrepancy. As earlier demonstrated, the 'bundle' approach to the right to a fair trial is fairly common and well-grounded in international human rights law, even if other systems do not consistently adopt the same terminology. Comparative jurisprudence, however, suggests that the 'bundle of rights' approach, in respect of the right to a fair trial, is relevant to resolving claims at the merits and not admissibility stage. In incorporating the 'bundle' approach at the admissibility stage, therefore, the Court was under a duty to justify its choice of approach. Again, the Court seems to have faltered. As must now be clear, there are several dimensions to the failure by the Court to provide proper justification for the adoption of the 'bundle of rights and

81 M Nkhata 'The social trust and leadership roles: revitalising duty bearer accountability in the protection of social and economic rights in Malawi and Uganda' Unpublished LLM thesis, University of Pretoria, 2005, 43-45.

82 *Dexter Johnson v Ghana* (2017) 2 AfCLR 155 para 57.

guarantees' approach.<sup>83</sup> If the adoption of this approach was an attempt at innovation, the rather loose manner in which it was implemented has undermined any value that was meant to be conveyed.

#### 4.4 Does the 'bundle of rights and guarantees' fit within article 56 of the Charter?

The Court has utilised the 'bundle of rights and guarantees' for purposes of establishing that a litigant exhausted domestic remedies. As conceded by the Court, the rule on exhaustion of domestic remedies is an exigency of international law and not a matter of choice for litigants.<sup>84</sup> This means that all litigants must exhaust or at least endeavour to exhaust domestic remedies. The Court is, therefore, bound to consider whether an application lodged before it complies with the requirement for exhaustion of domestic remedies irrespective of whether the respondent raises an objection or not.<sup>85</sup>

As a result, domestic mechanisms get the first option in investigating and dealing with probable human rights violations.<sup>86</sup> This is important because the Court, like many other supra-national courts, does not have the power or resources to be the first line of recourse in cases of alleged human rights violations. The suggestion by Viljoen that article 6(2) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples Rights' on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights may be read as suggesting that there is no prescription for the Court to comply with all the conditions listed in article 56 of the Charter is probably incorrect.<sup>87</sup> Rule 50 of the Rules of Court,<sup>88</sup> and the practice of the Court, confirm that the conditions in article 56 are all mandatory. Specifically in relation to the rule on exhaustion of domestic remedies, two broad exceptions are permitted. Litigants are excused from exhausting domestic remedies if the remedies are not available, effective or sufficient, and if the procedure for obtaining them is unduly prolonged.<sup>89</sup>

It is not clear, from the Court's 'bundle of rights' jurisprudence, where exactly, within article 56 of the Charter, the Court has located the

83 It has been argued that the failure to substantiate its positions is a consistent occurrence on the part of the African Court rather than a random one, see H Adjolohoun 'A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples' Rights' (2020) 20 *African Human Rights Law Journal* 1, 30.

84 *Diakite Couple v Mali* (2017) 2 AfCLR 118 para 53.

85 *Urban Mkandawire v Malawi* (2013) 1 AfCLR 283 para 37.

86 FIDH 'Admissibility of complaints before the African Court: Practical guide' <https://www.refworld.org/pd/fid/577cd89d4.pdf> (accessed 28 May 2020).

87 F Viljoen *International human rights law in Africa* (2007) 448.

88 Formerly Rule 40 under the Rules of Court, 2010.

89 *Beneficiaries of late Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema Alia Ablasse, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo and Mouvement Burkinabe de Droits de l'Homme et des Peuples v Burkina Faso* (2013) 1 AfCLR 197 and *Lohe Issa Konate v Burkina Faso* (2014) 1 AfCLR 314.

'bundle' approach. To be certain, the Court has not stated that it has carved out a new exception to the rule on the exhaustion of domestic remedies, for example. In all cases where the Court has found the 'bundle' to be applicable, applicants have been deemed to have exhausted domestic remedies even when they have raised fresh issues which were never before any domestic court. As demonstrated earlier, what the 'bundle of rights and guarantees' achieves, in practice, is to allow the Court to make a leap and conclude on the exhaustion of domestic remedies without proof of specifics. The propriety of this leap is questionable given that the exhaustion of domestic remedies is a mandatory requirement under the Charter.<sup>90</sup> Given the mandatory nature of this requirement, and the leap that the Court has been making, it is doubtful whether the respondents have benefited from having the first option for redressing alleged human rights violations domestically. By tackling issues that were never pleaded before domestic courts, and on which no domestic pronouncement was made, the African Court may have allowed itself to wade into matters that should otherwise have been left for domestic courts.

There is another possibility. Almost all cases in which the African Court has adopted the 'bundle' approach involve litigants that had been to the Court of Appeal in Tanzania or at least those who attempted to trigger its jurisdiction. Could it be, therefore, that the African Court has been 'persuaded' to admit some of these cases to rectify manifest violations of human rights where it would have been difficult for the litigants to pursue remedies domestically? This is a complex question and the judgments themselves offer no definite clues as to the answer. However, it is probable that the Court may have been swayed to apply the 'bundle' approach with one eye aimed at fixing possible injustices occasioned to litigants. In this sense, therefore, perhaps the 'bundle of rights and guarantees' has been used by the Court as a means of allowing it to deal with the substantive issues between the parties unfettered by procedural guarantees. Whatever the ultimate merits of this approach, questions of propriety persist especially given the sparse reasoning that the Court has used to support the 'bundle' approach.

## 5 CONCLUSION

The African Court has converted the 'bundle of rights and guarantees' into a consistent foundation on which to base its decisions on admissibility, especially in cases involving the right to a fair trial. Regrettably, and notwithstanding the constant recourse to this approach, the Court has not taken the time to unpack this bundle. The result has been the insertion of a vague dimension to the resolution of objections to admissibility of cases.

Good jurisprudential developments are not created simply by the repetition of certain formulations but by deliberately justifying conclusions in a process of systematic reasoning. As demonstrated in

90 *Peter Joseph Chacha v Tanzania* (2014) 1 AfCLR para 142.

this article, the Court's articulation of the 'bundle of rights and guarantees' fails seriously on this score. Although a broader theory of the 'bundle of rights and guarantees', in respect of the right to a fair trial, may be identified in international human rights law, on the basis of the Court's jurisprudence alone, it is impossible to state with clarity what this approach comports especially in the context of the requirements for admissibility of applications under the Charter. In the circumstances, the Courts adoption of the 'bundle of rights and guarantees' seems to be mere casuistry especially given the persistent failure to unpack what the 'bundle' entails.

# La question homosexuelle en Afrique: entre droit, politique et éthique

*Ousmanou Nwachock\**

<https://orcid.org/0000-0003-2680-6873>

*Abdoulaye Sylla\*\**

<https://orcid.org/0000-0001-6805-3289>

**RÉSUMÉ:** Cette contribution cherche à savoir si, en Afrique, l'homosexualité est perçue comme faisant partie des droits de l'homme ou si, au contraire, elle est considérée comme une pratique contre-nature. Après avoir parcouru et analysé certains ordres juridiques nationaux des États africains à cet effet, nous avons constaté que 37 d'entre eux, sur 55, incriminent l'homosexualité, en la qualifiant globalement de «pratique contre-nature». Ceci signifie que la majorité des États africains ne reconnaissent pas la pratique des relations intimes entre personnes de même sexe comme un droit naturel. Paradoxalement, les homosexuels sont persécutés au sein même de la minorité d'États qui reconnaît cette pratique sexuelle. Au plan continental, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 n'a pas consacré, de manière explicite, l'homosexualité. Le droit à la famille, qu'elle consacre en son article 18, est généralement compris dans le sens du couple hétérosexuel, considéré comme «l'élément naturel et la base de la société». En conséquence, les ordres juridiques africains perçoivent l'homosexualité comme une déviation à la loi de la nature, relative à la pratique sexuelle, et à la procréation assurant la survie de l'espèce humaine. L'homosexualité est-elle un droit ou simplement un acte contre-nature? Telle est la question fondamentale que cette contribution tente d'analyser.

## TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

### **Homosexuality in Africa: between law, politics and ethics**

**Abstract:** This contribution examines whether homosexuality in Africa is perceived as a human right or whether, on the contrary, it is regarded as an unnatural practice. After a review and analysis of the national legal orders of African states to this effect, the article finds that 37 out of 55 states criminalise homosexuality as an 'unnatural practice'. This means that the majority of African states do not recognise the practice of intimate relations between persons of the same sex as a natural right. Paradoxically, homosexuals are persecuted even within the minority of states that recognise this sexual practice. At the continental level, the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights did not recognise homosexuality. The right to family, enshrined in article 18, is generally understood to apply to heterosexual couples who are considered

\* Ousmanou Nwachock, Docteur en science politique, Enseignant à l'Institut des relations internationales du Cameroun, Chercheur au CLESID (Lyon) et au CARPADD (Montréal). [ousmanoubirema7@yahoo.fr](mailto:ousmanoubirema7@yahoo.fr)

\*\* Abdoulaye Sylla, Doctorant en droit international public, double Master 2 en droit de l'homme respectivement à l'IDHL et à l'Université Pierre-Mendès-France de Grenoble, Master 2 recherche en droit international public (Université Jean Moulin - Lyon 3), Enseignant à l'Université Paris Nanterre, Membre du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN). [syllajuriste@gmail.com](mailto:syllajuriste@gmail.com)

as ‘the natural element and basis of society’. Thus, the African legal system perceives homosexuality as a deviation from the law of nature relating to sexual practice and procreation that ensures the life of the human species over time. Is homosexuality a human right or merely an unnatural practice? This is the key question which this article seeks to address.

**MOTS CLÉS:** homosexualité, hétérosexualité, Afrique, droits de l’homme, pratique contre-nature, éthique, politisation de l’homosexualité, religion

**SOMMAIRE:**

1	Introduction.....	214
2	Les différents régimes juridiques de l’homosexualité en Afrique .....	216
2.1	De la non-consécration juridique à l’interdiction de fait de l’homosexualité .....	217
2.2	De la pénalisation de l’homosexualité en Afrique.....	219
2.3	De la rarissime libéralisation de l’homosexualité en Afrique .....	221
3	Les différentes formes de résistance à la libéralisation de l’homosexualité en Afrique .....	222
3.1	Les écueils d’ordre politique à l’adoption de l’homosexualité en Afrique .....	223
3.2	Les aspects religieux de réfutation de l’homosexualité en Afrique.....	226
3.3	La dimension anthropo-culturelle de la marginalisation de l’homosexualité en Afrique.....	227
4	Propos conclusifs .....	229

**1 INTRODUCTION**

*Ubi societas ibi jus*: partout où il existe une société, il y a un droit qui la régit. Ce droit est binaire: une partie, le droit positif, est secrétée par chaque société selon ses propres réalités,<sup>1</sup> et l’autre partie, le *jus cosmopolitanicum*,<sup>2</sup> est commune à toutes les sociétés. Il s’agit d’une articulation entre relativisme et universalisme juridiques. Alors, sous l’emprise de quel type de droit peut-on aborder la question homosexuelle en Afrique? De prime abord et, par définition, l’homosexualité désigne une pratique sexuelle entre personnes de même sexe. Elle constitue l’une des pratiques marginales du désir sexuel, au sein des sociétés humaines, largement dominées par l’hétérosexualité (relations intimes entre personnes de sexes opposés).<sup>3</sup>

Certes, l’analyse de ce sujet ne saurait exclure l’hétérosexualité car, globalement, c’est elle qui relève du droit coutumier des peuples africains: elle est la référence de base dans les pratiques sexuelles en Afrique. Mais, l’interrogation majeure concerne surtout le traitement réservé à l’homosexualité (incluant la bisexualité) dans les ordres juridiques respectifs des États africains, puisque depuis plus de deux

1 Cependant, le contenu du droit positif est, parfois, imposé ou dicté par des acteurs étrangers: il en est ainsi quand le droit positif est issu d’une occupation ou d’une colonisation.

2 A Pellet ‘Constitutionnalisation du droit des Nations Unies ou triomphe du dualisme?’ (2009) *Revue du marché commun et de l’Union européenne* 415; voir aussi AA Cançado Trindade ‘Quelques réflexions sur l’humanité comme sujet du droit international’ in D Alland et autres (dir) *Unité et diversité du droit international/Unity and diversity of international law* (2014) 157-173; O De Frouville ‘Qu’est-ce que le cosmopolitisme juridique?’ in O De Frouville (dir) *Le cosmopolitisme juridique* (2015) 51.

3 Au-delà de l’homosexualité et de l’hétérosexualité, il y a la bisexualité (relations sexuelles aussi bien avec des hommes que des femmes) et l’asexualité (désintérêt pour la sexualité ou absence d’attrance ou de désir ou sexuels).

décennies déjà, les promoteurs de l'homosexualité invoquent celle-ci sous l'angle des droits de l'homme.<sup>4</sup> Or, on a fait valoir, à l'intérieur et à l'extérieur de la Commission du droit international des Nations unies que «les obligations relatives aux droits de l'homme ont une nature *erga omnes*».<sup>5</sup> D'ailleurs, en tant que normes impératives du droit international, «les obligations *erga omnes*, règles intransgressibles, formeraient un ordre public international».<sup>6</sup>

Dans son ouvrage sur *La biologie de l'homosexualité*, Balthazar affirme qu'«on naît homosexuel, on ne choisit pas de l'être»,<sup>7</sup> une manière pour lui de trancher péremptoirement le débat sur le rangement catégoriel de l'homosexualité comme un «droit naturel»<sup>8</sup> ou une pratique contre-nature. De là, les défenseurs des droits homosexuels soutiennent que chaque personne a la liberté de choisir son partenaire et son orientation sexuelle. Au contraire, les pourfendeurs de cette pratique la présente comme contraire à la loi de la nature, c'est-à-dire, la loi de la procréation et de la survie de l'espèce humaine. Comment les ordres juridiques africains, nationaux et continentaux, ont-ils tranché cette problématique? La liberté des peuples de choisir le contenu matériel de leurs ordres juridiques prime-t-elle sur celle de chaque individu de disposer de son corps comme il l'entend, et ce, indépendamment de toute contrainte sociétale? L'intérêt des réponses apportées à ces questionnements est qu'elles vont nous permettre de procéder à une sorte d'état des lieux des régimes juridiques applicables à l'homosexualité en Afrique, et de sortir ainsi des traditionnels registres sociologiques, religieux et anthropologiques<sup>9</sup> d'analyse de la question homosexuelle sur ce continent. Pour ce faire, notre réflexion commencera par apporter un éclairage sur les différents régimes juridiques qui encadrent l'homosexualité en contexte africain (2), avant de poser un regard sur les diverses formes de résistance (politiques, éthique, culturelle notamment) auxquelles cette pratique sexuelle est confrontée sur le continent (3).

- 4 M Selim 'Des droits sexuels? Polysémie d'une libération fluide' (2018) 206 *L'homme et la société* 97: 'Érigés au statut de droits humains, les droits sexuels ont, en effet, peu à peu envahi tout l'espace occupé antérieurement par ces derniers dans leur diversité au point de se présenter comme une clef quasi unique de lecture des antagonismes'.
- 5 L Condorelli 'L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique' dans J-F Flauss (dir) *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales* (2003) 21.
- 6 J-F Flauss 'Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique' in Flauss (n 5) 48.
- 7 J Balthazar *La biologie de l'homosexualité. On naît homosexuel, on ne choisit pas de l'être* (2010) 9-10.
- 8 Un droit naturel est un droit originaire et inhérent à tout être humain.
- 9 Voir par exemple AMM Menyengue 'Discours religieux et homosexualité au Cameroun' (2016) *Journal des anthropologues* 67-86; C Gueboguo 'L'homosexualité en Afrique: sens et variations d'hier à nos jours' (2006) 1 *Socio-Logos. Revue française de sociologie* disponible sur <https://journals.openedition.org/socio-logos/37> (consulté le 19 septembre 2020).



## 2 LES DIFFÉRENTS RÉGIMES JURIDIQUES DE L'HOMOSEXUALITÉ EN AFRIQUE

La sexualité est tellement taboue en Afrique que «tout regard scientifique sur l'homosexualité pose problème».<sup>10</sup> Ces dernières années, on assiste même à l'émergence d'une homophobie populaire au Cameroun, au Sénégal, en Ouganda, en Afrique du Sud, entre autres. Contrairement à l'occident, le débat public sur l'homosexualité est récent en Afrique:<sup>11</sup> jusque-là, la controverse sur sa légitimité était non seulement suivie de loin, mais aussi, considérée comme une «affaire de Blancs».<sup>12</sup> Cependant, les médias, les lobbies et les organisations non-gouvernementales (ONGs) ont réussi à mondialiser la question de l'homosexualité sous l'angle des droits humains, de sorte que l'Afrique est désormais au cœur de ce débat. En outre, la mondialisation des industries culturelles et sa consommation de masse (les films, l'internet, les Google-Amazon-Facebook-Apple (GAFA)) produit un impact certain sur les identités et les pratiques sexuelles locales en Afrique.<sup>13</sup> C'est à l'aide de tous ces outils, et surtout des mouvements accrus de personnes, que l'homosexualité a récemment émergé dans l'espace public de plusieurs États africains.<sup>14</sup> Sa publicisation relève essentiellement d'un double phénomène de défense et de condamnation.

En 1995, l'annonce de la participation de l'association *Gays and Lesbians of Zimbabwe* (GALZ) à la Foire internationale du livre, organisée à Harare, avait provoqué les premières déclarations hostiles du président (d'alors) Robert Mugabe. Au Ghana aussi, les déclarations du président de l'association *Gays and Lesbians* y déclenchèrent une première controverse en 2006.<sup>15</sup> Tout ceci pour dire que l'homosexualité suscite (encore) de vives oppositions en Afrique: sa désapprobation, sa stigmatisation et son incrimination sont assez répandues dans de nombreux États africains.<sup>16</sup> Grosso modo, trois différents régimes juridiques lui sont appliqués: le régime de sa non-consécration formelle, celui de sa pénalisation et celui de sa libéralisation.

10 AMM Menyengue 'Discours religieux et homosexualité au Cameroun' (2016) *Journal des anthropologues* 67.

11 Gueboguo (n 9).

12 L Lado 'L'homophobie populaire au Cameroun' (2011) *Cahiers d'études africaines* 921.

13 Lado (n 12) 921.

14 C Broqua 'L'émergence des minorités sexuelles dans l'espace public en Afrique' (2012) 126 *Politique africaine* 5-23.

15 Broqua (n 14) 16.

16 C Vézina 'La vulnérabilité au VIH des homosexuels en Afrique: une analyse basée sur le droit à la santé' (2009) 40 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 133.

## 2.1 De la non-consécration de droit à l'interdiction de fait de l'homosexualité

Certains États de l'Afrique subsaharienne, en dépit de quelques évolutions législatives ces dernières années, n'ont jamais véritablement incriminé l'homosexualité. C'est le cas notamment du Burkina Faso, du Congo, de la Côte d'Ivoire, de Madagascar, du Mali, du Niger, de la République centrafricaine, de la République démocratique du Congo, de la Namibie, de Djibouti, du Rwanda et du Tchad.<sup>17</sup> D'autres États, comme le Gabon, l'ont désormais dépenalisée.<sup>18</sup> D'ailleurs, la Constitution djiboutienne du 4 septembre 1992 est souvent interprétée comme reconnaissant l'homosexualité.<sup>19</sup>

En Afrique, l'absence de législations nationales relatives à l'homosexualité ne signifie pas qu'il y a un vide juridique en la matière, car, à défaut du droit moderne (droit écrit), les pratiques coutumières font office de loi. La pratique coutumière de l'hétérosexualité, généralisée et répandue en Afrique, désapprouve implicitement l'homosexualité.<sup>20</sup> À Djibouti par exemple, les 94% de la population étant musulmans, le gouvernement a tendance à adhérer davantage à la loi islamique qu'à la loi constitutionnelle. Ce qui rend l'homosexualité illégale *de facto*,<sup>21</sup> puisque les versets coraniques 165 et 166 de la sourate *Les poètes* posent l'homosexualité comme une abomination en ces termes: «Allez-vous accomplir l'acte sexuel avec les mâles de ce monde? Et vous délaissez les épouses que votre Seigneur a créées pour vous? Mais vous êtes plutôt un peuple de transgresseurs!». Cela est valable pour d'autres États africains tel que le Mali et le Cameroun, où on entend souvent que l'homosexualité est un comportement spécifique aux États d'Europe et d'Amérique du Nord; et n'est en réalité que la conséquence de la «fascination de l'Occident».<sup>22</sup> Dès lors, comment un tel désir peut-il naître, puis se développer, dans un contexte où la catégorie homosexuelle est réputée largement minoritaire et marginale?<sup>23</sup>

17 Amnesty International 'Quand aimer devient un crime: la criminalisation des relations entre les personnes de même sexe' (2013) Rapport Afrique 17.

18 En effet, le Parlement gabonais a voté une dépenalisation des relations sexuelles entre personnes de même sexe, mettant ainsi fin à la loi pénale antérieure qui considérait l'homosexualité comme une 'atteinte aux mœurs', passible de six mois de prison et d'une amende de cinq millions de Fcfa.

19 L'article 3 de la Constitution djiboutienne du 4 septembre 1992 dispose à cet effet que: '[l]a République de Djibouti est composée de l'ensemble des personnes qu'elle reconnaît comme membres et qui en acceptent les devoirs sans distinction de langue, de race, de sexe, ou de religion'.

20 Dans certaines sociétés africaines, la stérilité d'une femme est mal perçue et peut être cause de divorce, *a fortiori* un couple homosexuel incapable de procréer.

21 Voir <https://www.globalgayz.com/gay-life-in-djibouti-africa/2047/> (consulté le 16 juillet 2020).

22 EN Mouelle *De la médiocrité à l'excellence: essai sur la signification humaine du développement* (1970) 44.

23 C Broqua 'La socialisation du désir homosexuel masculin à Bamako' (2010) *Civilisations* 39.

En effet, le christianisme et l'islam n'ont fait que renforcer les pratiques coutumières de l'Afrique ancestrale, qui accordait une place de choix au mariage hétérosexuel et à la procréation, tout en reléguant l'homosexualité à une simple parade «jouissive» et «occasionnelle». <sup>24</sup> N'étant pas procréatrice, l'homosexualité est globalement perçue, par les populations africaines, comme une menace pour la survie même de l'espèce humaine.

Sur le plan continental, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée en juin 1981 (Charte africaine), n'a pas consacré, explicitement, l'homosexualité. Pourtant, l'article 18 de cette Charte a fait allusion à la famille comme «l'élément naturel et la base de la société». <sup>25</sup> La même disposition charge les États africains «d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté», et de protéger la femme et l'enfant conformément aux déclarations et conventions internationales. <sup>26</sup> Or, naturellement, il ne peut avoir d'enfant sans hétérosexualité. C'est ainsi qu'en 2001, sur le fondement des articles 17 et 18 de la Charte africaine, une femme namibienne et sa compagne allemande, Elisabeth Frank, ont intenté un procès pour faire reconnaître leur relation de lesbiennes, afin qu'Elisabeth Frank puisse résider en Namibie en tant que membre de la famille de sa partenaire. <sup>27</sup> Dans sa décision, la Cour suprême namibienne précise que «le gouvernement namibien a [...] officiellement reconnu la Charte africaine aux termes de l'article 143, lu dans le contexte de l'article 63 de la constitution namibienne. Les dispositions de la Charte sont, par conséquent, devenues opposables à la Namibie et font partie du droit namibien aux termes de l'article 143, lu dans le contexte de l'article 144 de la constitution namibienne». Par contre, la Cour suprême a réfuté catégoriquement l'interprétation très élastique qui était faite des articles 17 et 18 de la Charte africaine par ces lesbiennes: <sup>28</sup>

... l'institution familiale, aux termes de la Charte africaine, de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la constitution namibienne, prévoit une relation officielle entre un homme et une femme, où des relations sexuelles vécues dans le contexte familial constituent le mode de procréation et assurent ainsi la perpétuation et la survie de la nation et de la race humaine.

Par ailleurs, sur le plan continental, on peut noter que sous l'effet de la pression du Conseil de l'Union africaine, la Commission africaine des droits de l'homme a dû retirer, en septembre 2018, le statut d'observateur à la Coalition des lesbiennes africaines (*Coalition of African Lesbians* – CAL), en estimant que la propagande de cette

24 Gueboguo (n 9).

25 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée en juin 1981, art 18(1).

26 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée en juin 1981, art 18(3)-(4).

27 F Viljoen 'L'application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples par les autorités nationales en Afrique australe et orientale' in J-F Flauss & E Lambert-Abdelgawad (dir) *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (2004) 82.

28 Viljoen (n 27) 83.

dernière ne promeut, ni ne protège, les droits humains proclamés par la Charte africaine.<sup>29</sup> Tout de même, la Commission africaine, à travers sa Résolution 275, adoptée lors de sa 55<sup>ème</sup> session ordinaire du 28 avril au 12 mai 2014 à Luanda (Angola), a réitéré son attachement au respect des droits humains des personnes homosexuelles, en «prient» les États à «mettre un terme aux actes de violation et d'abus» contre cette catégorie de personnes, et plus largement les «personnes de sexe féminin»,<sup>30</sup> pouvant inclure les lesbiennes et les femmes transsexuelles. Malgré les assouplissements apportés par cette résolution, la pratique homosexuelle reste incriminée dans de nombreux États africains.

## 2.2 De la pénalisation de l'homosexualité en Afrique

L'émergence de la cause homosexuelle, sa médiatisation et la logique de sa diffusion du Nord vers le Sud, ont suscité un «nationalisme sexuel» de nombreux États du Sud:<sup>31</sup> il s'agit, en quelque sorte, d'une résistance locale à la reconnaissance mondiale de l'homosexualité. Dans le monde, 86 États incriminent l'homosexualité. En Afrique précisément, 38 États sur 55 prévoyaient des sanctions pénales à cet effet.<sup>32</sup> Cependant, depuis le 23 juin 2020, il ne reste plus que 37 États, car le Gabon a révisé l'article 402 de son code pénal qui incriminait l'homosexualité.<sup>33</sup>

Au Cameroun, les relations sexuelles entre personnes du même sexe restent «punies»<sup>34</sup> d'une peine de cinq ans d'emprisonnement.<sup>35</sup> Il en est ainsi au Sénégal:<sup>36</sup> dans cet État, dont la population est à 95% musulmane, l'homosexualité est punie par la loi d'une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement.<sup>37</sup> En 2007, la publication des photos d'un mariage *gay*, dans un journal (*people*), provoqua la colère des imams sénégalais qui créèrent un Front islamique pour la défense des valeurs éthico-religieuses, en général, et de l'islam en particulier. Dans cette dynamique, un projet de loi visant à durcir les peines contre l'homosexualité fut déposé à l'Assemblée nationale. En janvier 2009,

29 Voir <https://www.dailymaverick.co.za/article/2018-09-07-withdrawal-of-lgbtibodys-observer-status-threatens-to-cloud-continental-rights-commissions-sa-visit/> (consulté 16 octobre 2020).

30 Terminologie de l'article 1(g) du Protocole de Maputo sur les droits des femmes en Afrique de juillet 2003.

31 C Broqua, O Fillieule & MR Escoda 'Sur le façonnement international des causes liées à la sexualité' (2016) *Critique internationale* 16.

32 Amnesty International 'Quand aimer devient un crime: la criminalisation des relations entre les personnes de même sexe' (2013) 9.

33 Loi No 042/2018 du 05 juillet 2019 portant Code pénal de la République Gabonaise, modifiée le 23 juin 2020.

34 Voir l'article 347 du Code pénal camerounais du 12 juin 1967.

35 Ladô (n 12) 931.

36 C Vézina 'La vulnérabilité au VIH des homosexuels en Afrique: une analyse basée sur le droit à la santé' (2009) 40 *Revue de droit de Université de Sherbrooke* 142.

37 Au Sénégal, c'est l'article 319(3) du Code pénal du 21 juin 1965 qui criminalise les rapports homosexuels.

neuf homosexuels avaient été condamnés à huit ans de prison ferme pour «acte impudique, contre-nature et association de malfaiteurs».<sup>38</sup>

Au Nigéria, les articles 214 et 217 du chapitre 21 du code pénal criminalisent l'homosexualité, et les perceptions sociales sont extrêmement négatives à l'égard de celle-ci. En 2009, les autorités nigérianes ont affirmé devant le Conseil des droits de l'homme que les minorités sexuelles étaient invisibles dans le pays.<sup>39</sup> Pourtant, le 20 janvier 2009, la Chambre basse avait voté une loi interdisant le mariage homosexuel et toute association ou manifestation homosexuelle.<sup>40</sup> En Algérie, «lorsque l'outrage public à la pudeur a consisté en un acte contre-nature avec un individu du même sexe, la peine est un emprisonnement de six mois à 3 ans».<sup>41</sup> En Égypte, les peines contre l'homosexualité peuvent aller jusqu'à 17 ans d'emprisonnement.<sup>42</sup> Le système judiciaire soudanais, fondé sur la Charia, autant d'ailleurs que la Mauritanie, la Somalie et une partie du Nigeria, prévoit la peine de mort pour les cas de récidive en matière d'homosexualité. Le Maroc, quant à lui, sanctionne l'homosexualité d'une peine allant de six mois à trois ans d'emprisonnement.<sup>43</sup>

Dans d'autres pays africains, la criminalisation de l'homosexualité est consolidée par la conviction des chefs d'État qui se sont farouchement opposés à celle-ci. Par exemple, Robert Mugabe, ancien président du Zimbabwe, dans une déclaration teintée de racisme, affirmait: «[l]'homosexualité est une tare blanche qui ne s'applique pas aux Africains. [...] Elle porte atteinte à la dignité humaine. Elle est contre-nature et il ne sera jamais question de permettre à ces gens de se comporter pire que des chiens et des porcs». Dans cette même optique, Yahya Jammeh, ancien président gambien, avait accordé, en 2008, un entretien à un journal de Banjul dans lequel, au nom des valeurs islamiques, il menaçait de décapiter tous les homosexuels qu'il arrêterait dans son pays. Il menaçait aussi de faire fermer les hôtels qui accueilleraient ce «genre d'individus».<sup>44</sup> En Ouganda où l'homosexualité est passible de la prison à vie, le président Yoweri Museveni est connu pour ses attaques contre la communauté *gay* et

38 Ladô (n 12) 931.

39 Voir le lien suivant: <https://www.un.org/africarenewal/fr/magazine/april-2007/les-homosexuels-en-campagne-contre-les-pr%C3%A9jug%C3%A9s>. (consulté 16 octobre 2020).

40 Vézina (n 36) 177.

41 Articles 333 et 338 du code pénal algérien du 8 juin 1966.

42 En mai 2001, 52 hommes accusés de débauche furent arrêtés dans le *Queen Boat* ou '*Cairo 52*' (bateau aménagé en boîte de nuit au Caire). Cette affaire bénéficia d'une couverture médiatique considérable tout au long du procès et provoqua la réaction de nombreux acteurs internationaux, dont des membres de gouvernements européens et des artistes de renom. Le musicien Jean-Michel Jarre, connu en Égypte pour avoir donné un concert devant les Pyramides, avait initié une pétition signée par des milliers de personnes, dont des personnalités telles que Catherine Deneuve, avant que d'autres célébrités en Angleterre en lancent une à leur tour en 2002. Voir C Broqua 'L'émergence des minorités sexuelles dans le débat public africain en Afrique' (2013) *Politique africaine* 9.

43 L'article 489 du code de procédure pénale marocain punit '[l]es actes licencieux ou contre-nature avec un individu du même sexe'.

44 *Ibid.*

lesbienne. En avril 2009, le président burundais, Pierre Nkurunziza, malgré une énorme pression internationale, a promulgué une loi criminalisant l'homosexualité au nom de la «culture» et de la «coutume». <sup>45</sup> Cette promulgation avait été précédée à Bujumbura par une manifestation de plus de 10 000 personnes organisée par le parti présidentiel, et soutenue aussi par plusieurs églises évangéliques et pentecôtistes qui gagnent du terrain dans ce pays. En 1998, le vice-président zambien, Christon Tempo, avait déclaré devant le parlement que: «[si] certains continuent de promouvoir les droits des homosexuels après cette déclaration, la loi sera appliquée. Nous devons protéger la moralité publique. Les droits humains ne s'appliquent pas sans repères». Ces propos ont alors servi de base pour la répression policière qui s'en était suivie. Le groupe d'autodéfense appelé *Zambie contre les personnes ayant des comportements sexuels anormaux* (ZAPASA) s'est créé par la suite. <sup>46</sup> Cependant, sous l'influence des États étrangers, des organisations intergouvernementales et non-gouvernementales, certains États africains ont cédé à la pression, en libéralisant la pratique des relations sexuelles entre personnes de même sexe.

### 2.3 De la rarissime libéralisation de l'homosexualité en Afrique

Malgré que la grande majorité des États africains est, de fait et de droit, hostile à l'homosexualité, une minorité d'États a néanmoins adopté une législation ou des attitudes libéralisant l'homosexualité. En Afrique du Sud par exemple, la Constitution de 1996 interdit, expressément, et pour la première fois en Afrique, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le gouvernement sud-africain a d'ailleurs promulgué, en 2002, une loi autorisant les couples homosexuels à adopter des enfants issus de couples hétérosexuels. Une loi de reconnaissance des couples de même sexe y intervint en 2004 et, en 2006, le mariage homosexuel est autorisé. <sup>47</sup> En 2004, le Cap-Vert aussi a dépénalisé les relations entre personnes de même sexe. Le 31 janvier 2011, dans le cadre de son examen périodique universel devant le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Sao Tome-et-Principe s'était engagé à dépénaliser l'homosexualité lors de la future révision de son Code pénal. <sup>48</sup> En 2008, l'Île Maurice a interdit la discrimination à l'emploi, fondée sur l'orientation sexuelle. <sup>49</sup> De

45 C'est la loi No 1/05 du 22 avril 2009 portant révision du code pénal. Elle dispose en son article 567 que 'quiconque fait des relations sexuelles avec la personne de même sexe est puni d'une servitude pénale de trois mois à deux ans et d'une amende de cinquante mille francs à cent mille francs ou de l'une de ces peines seulement'.

46 Amnesty International 'Quand aimer devient un crime: la criminalisation des relations entre les personnes de même sexe' (2013) 21.

47 Amnesty International (n 46) 16.

48 Amnesty International (n 46) 16.

49 Par contre, la sodomie, qu'elle soit pratiquée dans des rapports hétérosexuels ou homosexuels est interdite. Voir la section 250 du code pénal de 1838.

même, le 4 mai 2011, les Seychelles se sont engagées à abroger toutes les dispositions de leur droit national qui criminalisent les relations sexuelles consenties entre personnes de même sexe.<sup>50</sup> Le Mozambique et le Botswana ont aussi adopté, respectivement en 2007 et 2010, des lois interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le code pénal mozambicain de 2014 a dépénalisé «la pratique sexuelle non naturelle».<sup>51</sup>

Ces nombreuses libéralisations de l'homosexualité cachent tout de même un paradoxe: celui de la permanence des persécutions subies par les personnes homosexuelles, y compris dans les États qui l'ont déjà légalisée. Cela s'explique par le fait que la «culture africaine» n'est pas (encore) suffisamment perméable à la pratique et à la publicité du phénomène homosexuel.<sup>52</sup> C'est pourquoi, en dépit du fait qu'une bonne part de l'aide internationale anciennement dédiée au développement est désormais octroyée aux femmes et aux groupes *Lesbiennes, Gays, Transsexuels et Transgenres* (LGBT) qui affichent des revendications homosexuelles,<sup>53</sup> celle-ci peine à progresser sur le continent africain. L'appartenance culturelle et religieuse, ainsi que les traditions ancestrales sont, plus ou moins, revendiquées par les États africains pour mettre fin à la sédition générale qu'amorcent les droits des homosexuels.<sup>54</sup> En outre, les timides avancées sur le front de sa légalisation témoignent d'une prudence collective, adossée à une méfiance quant aux effets sociaux et humains de cette pratique sexuelle. Sa libéralisation est dès lors confrontée à une véritable résistance dont les repères sont à la fois politiques, culturels et éthiques.

### **3 LES DIFFÉRENTES FORMES DE RÉSISTANCE À LA LIBÉRALISATION DE L'HOMOSEXUALITÉ EN AFRIQUE**

Après cet exposé sur les différents régimes juridiques appliqués à l'homosexualité, on en déduit que cette dernière n'est pas un «droit de l'homme» comme les autres, bien qu'elle se retrouve intimement rattachée à la personne de ceux qui la pratiquent. Ainsi, tout autant

50 Amnesty International (n 46) 16.

51 Amnesty International (n 46) 17.

52 Selon les études effectuées sur l'homosexualité en Afrique, le désir homosexuel se trouve enchâssé dès son émergence dans des relations de pouvoir. Le plus souvent, les premiers rapports homosexuels procèdent d'une initiative extérieure. Le rôle de la contrainte apparaît dans les entretiens de manière récurrente. Les auteurs de l'enquête sénégalaise indiquent que 43% des hommes (homosexuels) interrogés disent avoir été violés au moins une fois 'hors du foyer familial'. Ce qui, dans les deux cas, suggère une fréquence tacitement reconnue du phénomène. Au Cameroun, les résultats d'une enquête plus récente montrent eux aussi la place importante de la contrainte lors du premier rapport sexuel, confirmant les observations antérieures de Charles Gueboguo. Voir Broqua (n 23) 37-57.

53 M Selim 'Des droits sexuels? Polysémie d'une libération fluide' (2018) 206 *L'homme et la société* 98.

54 Selim (n 53) 100.

qu'elle relève fondamentalement de la liberté individuelle et surtout de la liberté reconnue à toute personne de disposer librement de son corps, l'homosexualité peine à agréger les consciences collectives en Afrique. Elle suscite encore des récriminations sociales et institutionnelles, ainsi que des imaginaires dont les sens et les variations impactent profondément les initiatives de sa légalisation d'un pays à l'autre. En dépit de son rattachement à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, à la Convention européenne des droits de l'homme et au Traité d'Amsterdam de 1997 (qui recommande aux pays européens de favoriser la diversité dans les pratiques sexuelles), l'homosexualité ne parvient pas véritablement à bénéficier du «darwinisme normatif»<sup>55</sup> pouvant naître des effets du mimétisme juridique dans la circulation des normes entre l'occident et l'Afrique, tel qu'il est traditionnellement réalisé dans «la fabrique du droit» en Afrique.<sup>56</sup>

En réalité, l'homosexualité est présentée en Afrique comme une «sexualité dissidente»<sup>57</sup> et ses appropriations par le droit rencontrent des résistances qui prennent sens dans la mobilisation du fait culturel, religieux et moral, dont la finalité est de relativiser le «droit à l'usage différencié du sexe», dans un contexte largement dominé par l'hétérosexualité et l'asexualité. L'on nie dès lors toute prétention à l'universalité de l'homosexualité, et justifie les refus de légalisation par son inadéquation à la culture africaine, l'impréparation des peuples à cette «chose»<sup>58</sup> et le caractère vicieux et immoral de ceux qui portent sa vulgarisation en Afrique. Nous allons ainsi analyser les obstacles à la légalisation de l'homosexualité en Afrique sous trois angles: politique, religieux et anthropo-culturel.

### 3.1 Les écueils d'ordre politique à l'adoption de l'homosexualité en Afrique

Les considérations politiques, à l'instar des pressions politiques ayant abouti au retrait par la Commission africaine des droits de l'homme du statut d'observateur à la *Coalition of African Lesbians* en 2018, constituent les premières limites à la légalisation de l'homosexualité en Afrique. En dépit de quelques ouvertures mentionnées plus haut, il reste que la question homosexuelle est rarement abordée en termes de droits individuels ou de jouissance intime. Le débat se pose très souvent en termes de «ressentiment populaire», dans une perspective de calcul coûts-avantages politiques de sa légalisation. Ce faisant, l'on minore et

55 J Commaille 'Les vertus politiques du droit. Mythes et réalités' (2010) 76 *Droit et Sociétés* 695-713.

56 B Latour *La fabrique du droit. Une ethnographie du conseil d'État* (2002).

57 D Borillo 'Droit et homosexualités: une réconciliation fragile' (2008) 56(2) *Droit et cultures-Revue internationale interdisciplinaire* 35.

58 Expression utilisée par le président Paul Biya du Cameroun pour désigner l'homosexualité, au sortir d'une audience avec le président français, François Hollande le 30 janvier 2013.



marginalise volontairement les éventuels «bénéfices érotiques»<sup>59</sup> de la pratique homosexuelle au profit d'une exploitation politicienne de la chose. Cette politisation du fait homosexuel se fait sur deux plans principaux: en interne; c'est-à-dire dans les transactions habituelles et régulières entre les acteurs politiques nationaux engagés dans la conquête du pouvoir, et en externe, dans les relations que les pays africains entretiennent avec ceux occidentaux qui ont érigé cette question comme fondamentale dans la promotion internationale des droits de l'homme.<sup>60</sup>

Dans le premier cas, les politiques utilisent la question homosexuelle comme un argument de mobilisation des foules (en temps de campagne notamment), et de confortation d'une image sociale favorable à la préservation de l'identité humaine à l'échelle nationale.<sup>61</sup> Les hommes politiques n'hésitent pas dès lors à inscrire l'homosexualité dans le discours électoraliste, avec l'intention inavouée de définir des lignes de démarcation entre des partis politiques, des hommes et femmes politiques et des programmes de société défendus par ces derniers dans la conquête des suffrages populaires. Ainsi, dans des contextes comme celui du Cameroun, même si la loi pénale et celle civile restent très claires sur la condamnation de l'homosexualité et l'interdiction de mariages de personnes de même sexe, les principaux *leaders* politiques sont régulièrement interpellés sur la question homosexuelle; avec pour finalité de rappeler au peuple leur position sur le sujet et les éventuelles évolutions que la législation en la matière pourrait subir dans l'hypothèse de l'arrivée au pouvoir de l'un quelconque des opposants au pouvoir du président Biya. De même, au Burundi ou au Zimbabwe, la question homosexuelle a fait partie de la chronique électorale, aboutissant même à ériger les présidents Nkurunziza et Mugabe en héros de la défense des «valeurs africaines» par leur opposition obsessionnelle à la légalisation de l'homosexualité.

Dans le second cas, la légalisation de l'homosexualité est entravée par une laborieuse politisation du débat par les divers acteurs institutionnels africains. Les politiques et les institutionnels utilisent l'argumentaire homophobe pour exprimer leur différenciation fondamentale d'avec les occidentaux, globalement présentée comme les agents de vulgarisation de l'homosexualité.<sup>62</sup> Il naît dès lors un processus de collision d'intérêts et une bataille éthique sur le sens de la «civilisation de l'universel» souvent présente dans le discours d'internationalisation des droits de l'homme. L'homosexualité va ainsi accroître l'altérité axiologique entre un «Nous» (Africains anti-homosexuels) et un «Eux» (occidentaux pro-homosexualité) dans la défense ou la désapprobation de l'homosexualité, surtout que la

59 Broqua (n 23) 38.

60 Sur cette politisation de l'homosexualité, voir N Hoad *African intimacies. Race, homosexuality, and globalization* (2007) XIV.

61 C'est l'exemple au Cameroun à l'occasion de l'élection présidentielle de 2018 où les principaux candidats de l'opposition, Cabral Libii du PCRN et Maurice Kamto du MRC, étaient régulièrement interpellés par les journalistes sur la question homosexuelle au Cameroun.

62 Hoad (n 60) XI et ss.

mécanisme de diffusion de cette «chose»<sup>63</sup> s'opère dans un schéma vertical, de l'Occident vers l'Afrique. En cela, les États africains réfractaires tentent de présenter leur homophobie, non seulement comme un indicateur de la valeur morale de leurs dirigeants, mais aussi comme un déterminant de leur opposition à l'axiologie libertaire portée par l'Occident et soutenue par un conglomérat d'organisations de la société civile dont la moralité est suffisamment questionnée en Afrique aujourd'hui.

Par ailleurs, la question homosexuelle est exploitée à des fins de réaffirmation de la souveraineté par de nombreux pays africains. Ceux-ci l'interprètent comme l'un des derniers avatars de la domination occidentale, et présentent son rejet comme une modalité de renforcer la souveraineté de leurs différents peuples, et surtout de matérialiser le traditionnel «droit à l'autodétermination des peuples».<sup>64</sup> En prenant ainsi l'homosexualité comme le résultat du «façonnement international d'une cause sexuelle» à travers des luttes collectives transnationales, l'on renouvelle le questionnement sur la circulation des normes sexuelles et leur transfert d'une société à une autre, dans une logique de législation.

En tout état de cause, la résistance des nombreux États africains à la légalisation de l'homosexualité démontre que la «démocratie sexuelle» n'est pas universelle, et que ses appropriations africaines ne sont pas qu'une affaire de droit, mais davantage de culture et de civilisation.<sup>65</sup> D'ailleurs, l'ancien président zimbabwéen, Robert Mugabe avait opportunément utilisé la tribune onusienne pour réitérer qu'il condamne.<sup>66</sup>

... les tentatives d'ajouter de nouveaux droits qui sont contraires à nos normes, nos croyances, nos valeurs et nos traditions. Nous ne sommes pas gays! [...] Nous avons besoin de perpétuer notre race, et cela vient de la femme, et non de l'homosexualité.

À son image, d'autres dirigeants africains comme l'ancien président gambien, Yaya Djameh, les présidents ougandais (Yoweri Museveni), sénégalais (Macky Sall) et camerounais (Paul Biya) ont réussi à se positionner comme des défenseurs des valeurs traditionnelles, coutumières et religieuses africaines, en affichant leur opposition ferme à la légalisation de l'homosexualité. D'où leur recours constant à un lexique aussi erratique qu'imprécis pour nommer l'homosexualité: «rapports charnels contre nature», «cette chose-là», «malédiction», «folie».

63 Expression utilisée par le président Paul Biya du Cameroun pour désigner l'homosexualité.

64 C'est essentiellement l'argumentaire soutenu par le président sénégalais Macky Sall, le 25 octobre 2015, sur la chaîne de télévision française 1-Télé. Voir le lien suivant: <https://www.youtube.com/watch?v=rMpNdZ4mAOc> (consulté le 16 octobre 2020).

65 E Fassin 'La démocratie sexuelle et le conflit des civilisations' (2006) 26 *Multitudes* 123-131.

66 Extrait du discours du président zimbabwéen devant l'Assemblée générale des Nations unies le 28 septembre 2015.

### 3.2 Les aspects religieux de réfutation de l'homosexualité en Afrique

Le deuxième axe de résistance à la légalisation de l'homosexualité en Afrique est d'ordre religieux.<sup>67</sup> Il se fonde sur le mythe d'une Afrique traditionnellement incompatible avec les pratiques homosexuelles, en raison précisément du substrat religieux de l'ensemble de ses communautés. Or, bien que de nombreuses études démontrent que la pratique homosexuelle est très ancienne en Afrique, l'«effervescence religieuse»<sup>68</sup> que l'on y vit favorise la popularisation du discours homophobe et accélère «la croisade contre l'homosexualité».<sup>69</sup>

En effet, de nombreux pays africains tels que le Maroc, l'Égypte, la Somalie, le Soudan, la Zambie, l'Angola, la Côte d'Ivoire, la Mauritanie, le Tchad, érigent la religion et les livres religieux comme des fondements de leur droit positif ou les repères de la ventilation institutionnelle de leurs services publics. Ils s'y réfèrent pour justifier leur opposition à l'homosexualité, en relevant notamment sa prohibition à la fois dans la «bible chrétienne»<sup>70</sup> et le coran musulman.

Cette stigmatisation du fait homosexuel en Afrique par le référent religieux est aussi le produit d'une affiliation très variable des Africains aux religions dites «traditionnelles». Ici, autant que dans les religions importées que sont l'Islam et le christianisme, l'homosexualité est présentée comme une dérive, un acte de mécréance et parfois même de «malédiction».<sup>71</sup> Étant donné que le droit positif est aussi inspiré par les modes de vie des communautés, il devient difficile de faire prospérer l'idée d'une légalisation de l'homosexualité dans des contextes où les lois, la vie institutionnelle et les «valeurs ancestrales» sont influencées et irriguées par les livres (coran et bible) et rituels religieux. Ce type de repères finit par détruire le principe de laïcité, et accentue les postures d'intolérance à l'égard des personnes homosexuelles.

À titre d'exemple, lors de la 51ème Assemblée générale de l'Église presbytérienne du Cameroun (EPC) du 10 au 17 décembre 2007, les pasteurs et les anciens d'église avaient, dans un communiqué final, dénoncé «l'apostasie et l'hérésie qui ébranlent la foi des fidèles, l'homosexualité et les déviations comme la pédophilie et autres pratiques qui constituent un blocage à la procréation». Bien avant eux, l'Archevêque métropolitain de Yaoundé, Monseigneur Victor Tonye Bakot, dans une homélie en 2005, martelait que «l'homosexualité reste un complot contre la famille et le mariage, [...] une infamie [qui] mérite d'être condamnée».<sup>72</sup> Cette même tendance est relevée au Sénégal, où

67 Voir S Greenberg *Wrestling with God and men. Homosexuality in the Jewish tradition* (2004) 3.

68 G Séraphin *L'effervescence religieuse en Afrique* (2004).

69 AMM Menyengue 'Discours religieux et homosexualité au Cameroun' (2016) *Journal des anthropologues* disponible sur <https://journals.openedition.org/jda/6494> (consulté le 2 novembre 2020) 74.

70 WM Swartley *Homosexuality. Biblical interpretation and moral discernment* (2003) 18-19.

71 Swartley (n 70) 18-19.

l'on note qu'en août 2008, la justice sénégalaise condamnait, à deux ans de prison ferme, un Belge et un Sénégalais, accusés de «mariage homosexuel et actes contre-nature». <sup>73</sup> Et plus tard en janvier 2009, neuf autres «homosexuels» avaient écopé de huit ans de prison ferme pour «acte impudique, contre-nature et association de malfaiteurs». Dans cette dernière affaire, le juge d'appel de Dakar avait prononcé l'annulation de la procédure judiciaire en avril 2009, et demandé la libération des personnes concernées, au point de provoquer la création d'un Front islamique pour la défense des valeurs éthiques et religieuses par un cercle de dignitaires musulmans, frustrés par une telle «tolérance» de la justice étatique. <sup>74</sup> On peut prolonger la liste avec les dénonciations récurrentes de l'homosexualité par les mouvements pentecôtistes de Côte d'Ivoire, celles des dignitaires religieux au Bénin ou encore en Gambie et en Ouganda.

Ce rejet de l'homosexualité, sur des fondements religieux, prend davantage de l'importance lorsque l'on réussit à agrémenter sa dénonciation par le rattachement de l'homosexualité aux cercles ésotériques comme la Rose-Croix et la Franc-maçonnerie dans lesquels le rituel homosexuel semble être l'une des phases initiatiques. <sup>75</sup> Seulement, cet argumentaire religieux pour limiter la légalisation de l'homosexualité en Afrique rentre en contradiction avec de nombreux textes internationaux, en particulier les articles 2 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui établissent la non-discrimination et le respect de la vie privée; et les articles 2, 3 et 28 de la Charte africaine qui traitent des mêmes droits.

### 3.3 La dimension anthropo-culturelle de la marginalisation de l'homosexualité en Afrique

Le troisième registre de réprobation de l'homosexualité en Afrique est d'ordre anthropologique et culturel. Ce registre est largement exploité par les théories sociologiques d'explication de l'homophobie en Afrique. <sup>76</sup> Celles-ci commencent par coïncider l'homosexualité avec l'arrivée des «Blancs» en Afrique. L'idée est de démontrer que l'homosexualité est une affaire de «civilisation», et s'avère être le «propre des cultures très civilisées et très policées des peuples blancs», <sup>77</sup> lesquels ont usé de l'œuvre coloniale pour apprendre cela

72 Extrait de l'homélie de Monseigneur Victor Tonye Bakot, Archevêque métropolitain de Yaoundé, le 25 décembre 2005.

73 Ladô (n 12) 932.

74 Voir l'article suivant en ligne: 'Sénégal: des religieux créent un Front islamique contre l'homosexualité' *Jeune Afrique* 29 avril 2009, disponible sur <https://www.jeuneafrique.com/depeches/116369/politique/senegal-des-religieux-creent-un-front-islamique-contre-lhomosexualite/> (consulté le 17 septembre 2020).

75 Voir J Tonda *La guérison divine en Afrique centrale (Congo, Gabon)* (2002) 51; T Edzoa *Méditations de prison* (2012) 67.

76 C'est l'exemple de D Borillo *L'homophobie* (2001).

77 T Kouoh-Moukoury *Les couples dominos. Aimer dans la différence* (1983) 89.

aux colonisés.<sup>78</sup> Ensuite, ces thèses mettent l'homosexualité dans un duel avec l'hétérosexualité, et la présente comme une menace pour la «norme hétérosexiste»<sup>79</sup> durablement établie, et garante des identités individuelle et collective en Afrique.

Dans cette perspective, l'on met en lumière la valeur stabilisatrice de l'hétérosexualité qui, par son mécanisme de hiérarchisation sociale des sexes, promeut une hégémonie stabilisatrice de l'homme sur la femme. En établissant la confusion de genre dans les unions sexuelles, l'homosexualité tombe sous le coup de la résistance au changement dans les habitudes sexuelles en Afrique.<sup>80</sup> En même temps, elle semble trahir la fonction sociale de l'acte sexuel qui est, non seulement de procurer du plaisir jouissif, mais aussi de favoriser la pérennisation de l'espèce humaine à travers la procréation. L'on défend par là le «dogmatisme hétérosexiste» africain qui suppose que «l'hétérosexualité est l'unique forme de sexualité légitime».<sup>81</sup> D'ailleurs, de nombreux activistes de la société civile, tels que les militants des *Urgences panafricaines* du franco-béninois Kemi Seba, n'ont cessé de présenter la propagande homosexuelle comme une arme occidentale pour limiter la démographie africaine, sous l'effet d'une crainte de voir sa population s'accroître davantage et devenir une «charge» pour un Occident en perte de vitesse économique et démographique.

En outre, il n'est pas rare de voir qu'en Afrique l'on «assimile d'emblée l'homosexualité à la sorcellerie»,<sup>82</sup> avec le rejet qu'une telle allusion peut susciter et la relégation sociale qui en découle. Ainsi, Lucien Toulou,<sup>83</sup> à travers un parallèle avec le mythe de Sodome et Gomorrhe, insiste sur le «lien physique et spirituel» qui caractérise la pratique homosexuelle, avant de fustiger le fait que l'homosexualité en Afrique soit souvent un véritable «pacte néo-traditionnel de soumission» entre une élite politique prédatrice et des jeunes de la classe moyenne, souvent attirés par la gloire et le prestige social.

Cette perspective permet de considérer l'homosexualité en Afrique, non pas comme un «état», mais davantage comme un «rôle historiquement et culturellement situé», à l'instar de ce qu'elle était dans la société britannique des années 1960, tel qu'il ressort des travaux de Mary McIntouch.<sup>84</sup> À ce titre, l'argumentaire tend à expliquer qu'il est inutile de s'engager dans la voie de la légalisation de l'homosexualité car ceux qui y recourent n'ont véritablement pas besoin d'une reconnaissance légale, puisque leur engagement homosexuel paraît plutôt dicté par des calculs rentiers que par une réelle disposition naturelle à l'homosexualité. Cette posture, plus caricaturale que

78 Kouoh-Moukoury (n 77) 89.

79 N Hoad 'Introduction' in *African intimacies: race, homosexuality, and globalization* (1966) XI-XXXIII.

80 D McGhee *Homosexuality, law and resistance* (2001) 62-63.

81 P-A Ngomo 'L'hétérosexisme comme moralisme: défense de l'autonomie sexuelle' (2007) 1-2 *Terroirs* 45-54.

82 S-C Abega *Contes d'initiation sexuelle* (1995) 104.

83 L Toulou 'Des Scènes dignes de Sodome et Gomorrhe?' (2007) 1-2 *Terroirs* 89.

84 M McIntosh 'The homosexual role' (1968) 16 *Social Problems* 182-192.

réaliste, non seulement comporte un risque de banalisation du rôle protecteur des règles de droit en faveur des minorités, mais aussi est susceptible de laisser prospérer des abus multiformes en raison du vide juridique qu'il promet.

#### 4 PROPOS CONCLUSIFS

La protection des droits de l'homme est l'une des pierres angulaires de toutes les civilisations modernes qui ont, par rapport aux siècles passés, la particularité de puiser, dans un fond commun, une sorte de «patrimoine normatif commun», consacrant les droits fondamentaux.<sup>85</sup> Ainsi, et selon Kamto, le débat sur l'opposition entre l'universalisme et les particularismes nous paraît dès lors vain, parce que stérile. L'Afrique a montré, sur le plan normatif, qu'il est possible de partager des valeurs communes universelles tout en les enrichissant de ses valeurs propres.<sup>86</sup> Par contre, à la lecture des régimes juridiques actuellement applicables à l'homosexualité sur le continent africain, on comprend aisément que dans la conception de la grande majorité d'Africains, les relations intimes entre personnes de même sexe ne sont pas un droit naturel.<sup>87</sup> Ce droit naturel, conçu en termes de *jus naturale*, renverrait à la liberté qu'a chacun d'user de son pouvoir pour préserver sa propre nature ou sa propre vie et, en conséquence, de faire tout ce qu'il considérera, selon son jugement et sa raison, comme le moyen le mieux adapté à cette fin. Il s'agirait dès lors d'un programme génétique à retrouver et à actualiser en soi, pour chaque individu, et qui vaut, non seulement à l'échelle d'une communauté humaine, mais aussi à celle universelle, et qui vise la sociabilité.<sup>88</sup>

Autant le dire, la libéralisation de l'homosexualité à l'échelle africaine dépend(ra) du rythme de socialisation des peuples à cette sexualité «nouvelle». Elle ne saurait être le seul fait d'une démarche décrétale ou législative, mais davantage d'un élan collectif des sociétés africaines, lentement sensibilisées, non pas forcément à l'approbation unanime de l'homosexualité, mais davantage à la tolérance et au traitement humain de ceux qui s'y engagent. La crainte est de voir que les postures hégémoniques et moralisatrices qui accompagnent la diffusion de la cause homosexuelle en Afrique ne conduisent les peuples à la radicalisation et à un repli identitaire, motivé davantage par le rejet de «tout ce qui vient de l'extérieur» que par un réel mépris

85 M Kamto 'Charte africaine, instruments internationaux de protection des droits de l'homme, constitutions nationales: articulations respectives' in J-F Flauss & E Lambert-Abdelgawad (dirs) *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (2004) 46.

86 Kamto (n 85) 46.

87 La Charte africaine ainsi que les autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme ne consacrent pas l'homosexualité comme étant un droit de l'homme, en ce sens que, si ces instruments juridiques avaient intégré l'homosexualité, les 86 États au monde (dont 38 en Afrique) qui incriminent l'homosexualité, ne les ratifieraient pas.

88 V Laurand 'Le cosmopolitisme cynique et stoïcien' in O De Frouville (dir) *Le cosmopolitisme juridique* (2015) 61.

des homosexuels. Il appartient alors aux États, aux organisations de la société civile et aux partenaires internationaux de procéder par une pédagogie sur la dignité humaine, sans mettre en péril les équilibres culturels des peuples d'Afrique. C'est certainement ce que défend l'Union africaine lorsqu'elle établit dans la Charte africaine des droits de l'homme que «[l]a promotion et la protection de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté constituent un devoir de l'État dans le cadre de la sauvegarde des droits de l'homme». <sup>89</sup>

89 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, art 17.

# Social media and the prohibition of ‘false news’: can the free speech jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples’ Rights provide a litmus test?

Aaron Olaniyi Salau\*

<https://orcid.org/0000-0002-6703-7794>

**ABSTRACT:** Based on free speech theories, international human rights law, opinions of human rights mechanisms and scholars, this article argues that the African Commission on Human and Peoples’ Rights (African Commission) should expand its ‘traditional’ free speech jurisprudence to meet the exigencies of adjudicating emergent cybercrime laws in Africa that criminalise ‘fake news’ on social media. While social media’s expansion of opportunities to exercise the right to free speech and power to challenge dominant discourses deepen Africa’s democratisation, its propensity for abuse must nonetheless be addressed. Consequently, many African governments have interfered with internet access either during public protests or election periods and resorted to ill-conceived cybercrime laws that criminalise the communication of so-called ‘fake news’ on social media. Around 23 African states have cybercrime laws in place that contain provisions criminalising ‘fake news’. These states include Botswana, Burkina Faso, the Democratic Republic of Congo, Egypt, Ethiopia, Gabon, Kenya, Malawi, Nigeria, Tanzania, Togo and Uganda. Despite being unduly protective of high-ranking government officials, these criminal libel laws present many conceptual and legal difficulties. Nonetheless, the African Commission can resolve these challenges and effectively tackle disinformation on social media through a creative interpretation of article 9 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights.

## TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

**Interruption d’accès aux réseaux sociaux et interdiction des «fausses informations»: la jurisprudence de la Commission africaine des droits de l’homme et des peuples sur la liberté d’expression peut-elle fournir un test décisif?**

**RÉSUMÉ:** En se fondant sur les théories relatives à la liberté d’expression, sur le droit international des droits de l’homme ainsi que sur les opinions des mécanismes des droits de l’homme et la doctrine, le présent article soutient que la Commission africaine des droits de l’homme et des peuples (Commission africaine) devrait étendre sa jurisprudence «traditionnelle» sur la liberté d’expression pour répondre aux exigences du contentieux sur les lois émergentes relatives à la cybercriminalité en Afrique qui criminalisent la publication de «fausses informations» sur les réseaux sociaux. Si l’élargissement des possibilités offertes par les médias sociaux pour exercer le droit à la liberté d’expression et le pouvoir de contester les discours dominants est une valeur ajoutée à la démocratisation en Afrique, sa propension aux abus doit néanmoins être abordée. Par conséquent, de nombreux gouvernements africains ont interféré avec l’accès à internet pendant les manifestations publiques ou les périodes

\* PhD (UCT), LLB, LLM (OAU, Ile Ife), Senior Lecturer, Faculty of Law, Department of Jurisprudence & International Law, Olabisi Onabanjo University (OOU), Ago Iwoye, Nigeria; niyisalau@yahoo.co.uk



électorales et ont recouru à des lois mal conçues sur la cybercriminalité qui criminalisent la communication des fameuses «*fake news*» sur les réseaux sociaux. Cette question concerne plus de la moitié des 23 lois africaines sur la cybercriminalité, notamment celles du Kenya, de l'Éthiopie, du Malawi, du Nigéria, de la Tanzanie, de l'Ouganda, de l'Égypte, de la Rd Congo, du Gabon, du Togo, du Botswana et du Burkina Faso. Bien qu'elles protègent indûment les hauts fonctionnaires du gouvernement, ces lois sur la diffamation comme délit présentent de nombreuses difficultés conceptuelles et juridiques. Néanmoins, la Commission africaine peut résoudre ces défis et lutter efficacement contre la désinformation sur les réseaux sociaux grâce à une interprétation innovante de l'article 9 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

**KEY WORDS:** African Commission on Human and Peoples' Rights, article 9 of the African Charter, criminal defamation, 'false news', online free speech, social media

**CONTENT:**

1	Introduction.....	232
2	Free speech, 'false news' and social media: a conceptual framework .....	235
2.1	Dynamics of free speech justifications in a digital age .....	235
2.2	Criminalising online 'false news': African context and international perspectives .....	239
2.3	Criminal defamation in Africa: emerging national jurisprudence.....	243
3	Emerging African cyberlaws, and 'false news' criminalisation: an analysis .....	245
3.1	Nigeria's PIFM Bill 2019 .....	246
3.2	Ethiopia's CCP 2016 .....	247
4	'False news' restriction on social media: the African Commission's free speech jurisprudence as litmus test? .....	249
4.1	The African Commission's 'traditional' free speech jurisprudence .....	249
4.2	The African Commission's free speech 'limitation analysis' .....	250
4.3	Adjudicating the reasonableness of social media-related criminal libel laws.....	253
5	Conclusion and recommendations.....	254

## 1 INTRODUCTION

The Internet and Social Networking Sites (SNS) or social media<sup>1</sup> boom has revolutionised communication and provides for new opportunities to challenge dominant political narratives in the public sphere.<sup>2</sup> Social media plays vital roles as alternative news sources to official media.<sup>3</sup> Digital technologies have also allowed the rapid creation, dissemination and findability of news and information and expanded opportunities to exercise the right to free speech.<sup>4</sup> Nonetheless, social media use comes with great opportunity to share propaganda and

1 Defined as 'a group of Internet-based applications that ... allow the creation and exchange of User Generated Content', see AM Kaplan & M Haenlein 'Users of the world, unite! The challenges and opportunities of social media' (2010) 53 *Business Horizons* 59-61. As such, social media platforms include content aggregation (YouTube), social networking (Facebook), microblogging (Twitter), photo messaging services (Snapchat), and reputation systems (Yelp).

2 L Dahlberg 'Rethinking the fragmentation of the cyberpublic: from consensus to contestation' (2007) 9 *New Media & Society* 827 at 834-836.

3 B Jukwa 'Citizen journalism on Facebook and the challenges of media regulation in Zimbabwe' in NA Mhiripiri & T Chari (eds) *Media law, ethics, and policy in the digital age* (2017) chapter 7.

4 Used interchangeably in this paper with freedom of expression and freedom of speech.

disinformation to mislead audiences, defame individuals and harm vital state interests.<sup>5</sup> As Tompros and others correctly observe, the anonymity of social media interactions and users' casual disregard for objectivity has bred 'a cavalier attitude to the truth'.<sup>6</sup> The growth of mobile telephony, the affordable access to social media occasioned by competition among tech companies and the fact that Africa has the fastest growing mobile Internet penetration,<sup>7</sup> illustrate the extent of the social media boom on the continent.<sup>8</sup> As research shows, 'when Africans go online (predominantly with their mobile phones)' they spend ample time on social media platforms.<sup>9</sup>

Lately, social media has become susceptible to politically motivated interference during elections and political crisis, especially in Africa.<sup>10</sup> Consequently, many African regimes have appropriated the term 'fake news' to restrict access to social media and justify wholesale Internet shutdowns. Currently, in addition to draft e-communication and cybercrimes legislation,<sup>11</sup> not less than 23 African states have adopted new cybercrime laws that criminalise the communication of false information on social media and the Internet.<sup>12</sup> These laws duplicate

- 5 H Allcott and others 'Trends in the diffusion of misinformation on social media' (2019) 6 *Research & Politics* 205 at 210.
- 6 LW Tompros and others 'The constitutionality of criminalizing false speech made on social networking sites in a post-Alvarez, social media-obsessed world' (2017) 31 *Harvard Journal of Law & Technology* 65 at 108.
- 7 Digital 2020 'Digital 2020 global overview report' <https://wearesocial.com/blog/2020/01/digital-2020-3-8-billion-people-use-social-media> (accessed 16 July 2020).
- 8 André-Michel Essoungou 'A social media boom begins in Africa' *Africa Renewal* December 2020 <https://www.un.org/africarenewal/magazine/december-2010/social-media-boom-begins-africa> (accessed 16 July 2020).
- 9 As above.
- 10 J Conroy-Krutz 'The squeeze on African media freedom' (2020) 31 *Journal of Democracy* 96 at 108.
- 11 Eg Nigeria – Protection from Internet Falsehood and Manipulation Bill 2019; Zimbabwe – Cybersecurity and Data Protection Bill 2019.
- 12 These include Republic of Benin – Code du Numérique (Code Act) 2017, see Committee to Protect Journalists 'Journalist Ignace Sossou convicted of false news in Benin' <https://cpj.org/2019/08/journalist-ignace-sossou-convicted-of-false-news-i.php> (accessed 15 October 2020); Cameroon – Law No 2010/012 of 21 December 2010 on Cybersecurity and Cybercrime; Mali – Law No 2019-056 on the Suppression of Cybercrime; Chad – law No 009/PR/2015 on Cybersecurity; Niger – Cybercrime Act 2019; Kenya – Information and Communication Act 2009, sec 29 (now repealed), see 'Bake condemns the arrest and intimidation of Kenyans online' <https://www.blog.bake.co.ke/2016/01/24/bake-condemns-the-arrest-and-intimidation-of-kenyans-online/> (accessed 15 October 2020) and Computer Misuse and Cybercrimes law 2018, sec 26, which criminalises abuses on social media and proposes a fine of \$50,000 (£37,000) and/or two years in prison for publishing false information, but suspended by the High Court in Petition 206 <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/159286> (accessed 23 July 2020); Malawi – Malawi Electronic Transactions and Cyber Security Act <http://www.macra.org.mw/wp-content/uploads/2014/07/E-Transactions-Act-2016.pdf> (accessed 15 October 2020); Rwanda's ICT Law No 24/2016 of 18/06/2016; Tanzania – Cybercrime Act 2015, sec 16 (prohibition of false information or data with intent to defame), see 'Tanzania's Cybercrime Act Makes It Dangerous to "Insult" the President on Facebook' <https://advox.globalvoices.org/2016/04/18/tanzanias-cybercrime-act-makes-it-dangerous-to-insult-the-president-on-facebook/> (accessed 15 October 2020); Uganda – Computer Misuse Act 2011, sec 25

existing criminal and penal code sanctions for defamation.<sup>13</sup> African governments' claim to tackle disinformation and protect national interest is ostensibly aimed at online content regulation.<sup>14</sup> This proves difficult as state or private regulation of media content carries significant risks as it may incentivise over removal or over retention of disputed content or give undue weight to vested interests in restricting comment and encourage censorship.<sup>15</sup> Moreover, the nascent nature of African democracies raises the spectre of a slide to authoritarianism and unconscionable restraints on free speech,<sup>16</sup> particularly through criminal libel laws. While freedom of expression is enshrined in international and regional human rights instruments and national constitutions divergent national laws on online 'fake news' regulation hold sway. Efforts internationally to tackle disinformation and other cyber interference in elections and online political discourse are still emergent. Fortunately, free speech jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples' Rights' (African Commission) provides a sound analysis of the impermissibility of the criminalisation of 'false news' as applied to print and broadcast media. A permissible limitation must (a) be prescribed by law, (b) achieve a legitimate aim, and (c) be reasonably necessary and proportionate in a democratic society. Interestingly, most African regional courts and human rights bodies have shown a proclivity to follow suit.

However, libel laws that criminalise 'false news' or information on social media present some conceptual and legal difficulties. For instance, can 'false news' be acceptably defined? Are digital intermediaries liable for the publication of defamatory user-generated content? What constitutes 'publication' online? Would the criminalisation of false news on social media be a permissible limitation of free speech? The emergent international and African regional norms on online content regulation therefore requires elaboration. Using free speech theories, analysis of evolving international standards, commentaries of human rights mechanisms, and scholarly works, this paper explicates how the African Commission could expand its 'traditional' free speech jurisprudence to adjudicate

(offensive communication); Egypt – Supreme Media Regulatory Council's Directive of March 2019 allows it to block websites and accounts for 'fake news' and impose fines up to \$14,400 without prior court order; DRC (Telecoms Law); Ethiopia – Computer Crime Proclamation 2016; Botswana – Cybercrime and Related Crimes Act, sec 16 (on defamation); Mauritius – Information and Communication Technologies Act 2001, sec 46.

- 13 See, for instance, Zimbabwe's Criminal Law (Codification and Reform) Act of 2004; section 132 of the Kenyan Penal Code declared a vague and unconstitutional limitation of free speech by the Kenyan High Court, see *Robert Alai v The Hon Attorney General & Another* [2017] eKLR <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/135467/> para 56 (accessed 15 October 2020).
- 14 YE Ayalew 'The Internet shutdown muzzle(s) freedom of expression in Ethiopia: competing narratives' (2019) *Information & Communications Technology Law* 1 at 2.
- 15 K Jones 'Online disinformation and political discourse: applying a human rights framework' (2019) 1 at 19 (footnotes omitted).
- 16 Technological University Singapore 'Online disinformation and the African firm' (2020) 17 *African Current Issues* 1 at 3.

the permissibility of social media-related criminal libel laws. Consequently, aside this introduction, part two of this paper draws from free speech theories as conceptual framework. Part three analyses emerging ‘false news’ ‘cyberlaws’ from Nigeria’s Protection from Internet Falsehood and Manipulations Bill 2019 (PIFM Bill 2019) to Ethiopia’s Computer Crime Proclamation 2016 (CCP 2016) as problematic to free speech. Part four attempts a synthesis of evolving international standards on ‘false news’ restrictions to free speech on social media and related traditional jurisprudence and soft laws of the African Commission as curative solutions to challenges encountered in part three. Part five concludes that the African Commission can effectively tackle false news in the digital era through a creative and purposeful interpretation of the African Charter’s article 9.

## **2 FREE SPEECH, ‘FALSE NEWS’ AND SOCIAL MEDIA: A CONCEPTUAL FRAMEWORK**

This part draws from free speech theories developed by scholars and judicial authorities as a framework to conceptualise the connection between free speech, ‘false news’ and social media as part of the dynamics of a democratic society. It appraises the justifications for free speech, the limitations thereto, particularly the political speech versus ‘fake’ speech conundrum, and then critiques criminal defamation from offline and online perspectives including the peculiar challenges of regulating online free speech in Africa.

### **2.1 Dynamics of free speech justifications in a digital age**

Wide-ranging philosophical and empirical inquiries have been conducted on the constitutional value of free speech in a democratic society.<sup>17</sup> As Barendt argues in his seminal work, *Freedom of speech*,<sup>18</sup> free speech merits special protection on four basic rationales: truth-seeking; self-governance; the functioning of democracy; and its checking value.<sup>19</sup> Other authors generally agree, subtract from or make some additions to these rationales,<sup>20</sup> which are overlapping and cross-

17 E Barendt *Freedom of speech* (2007) 1 18-21; V Zeno-Zencovich *Freedom of expression: a critical and comparative analysis* (2008).

18 Barendt (n 17).

19 Barendt (n 17) 9-23.

20 V Blasi ‘Holmes and the marketplace of ideas’ (2004) 2004 *The Supreme Court Review* 1 (substitutes ‘functioning of democracy’ with ‘the promotion of good character’).

cutting.<sup>21</sup> Overall, leading scholars agree on the values of free speech in a democracy.<sup>22</sup>

First, the truth-seeking rationale, derived from JS Mill,<sup>23</sup> but popularised by Holmes,<sup>24</sup> is essentially that, save for threat of harm, countering speech in an atmosphere of open discussions will engender truth, better deliberation or political legitimacy<sup>25</sup> or that 'it is only by the free flow of ideas and discussion that error is exposed, truth vindicated and liberty preserved'.<sup>26</sup> Consequently, government may not be the arbiter of truth while statutes that criminalise 'false' speech, regardless of harm, face the presumption of unconstitutionality.<sup>27</sup> A similar view was expressed in *Obbo and Another v Attorney General*.<sup>28</sup> However, the pseudonymous characteristics that facilitate disinformation, 'clickbait' and echo chambers on social media and the use of algorithms for 'crowd-sourcing' have radically altered the conditions for free speech in the digital era. In addition, digital intermediaries exercise governance, surveillance and co-opted private power as 'they can block, censor, or take down content from their end users unilaterally or under pressure from governments'.<sup>29</sup>

Second, the belief in mature individuals as equal, rational moral agents capable of independent action, choice or thought underlies the argument from self-government. This function of free speech makes for the proper exercise of individual agency and autonomy and hence the full development of the individual through the ability to make meaningful life choices. Currie and De Waal argue that the right to speak irrespective of speech content is a 'constitutive feature of a just political society' in which a government treats 'all its members ... as responsible moral agents'.<sup>30</sup> Indeed, the 'prospect for relatively private

- 21 SJ Brison 'The autonomy defense of free speech' (1998) 108 *Ethics* 312 321; RC Post 'Managing deliberation: the quandary of democratic dialogue' (1993) 103 *Ethics* 654 at 666.
- 22 See A Meiklejohn *Free speech and its relation to self-government* (1948) (the public's interests in receiving information needed for informed opinion on public policy is a core norm of First Amendment); CR Sunstein *Democracy and the problem of free speech* (1993); O Fiss 'Free speech and social structure' (1986) 71 *Iowa Law Review* 1405 1420; TI Emerson 'Toward a general theory of the First Amendment' (1963) 72 *Yale Law Journal* 877 at 879-886.
- 23 JS Mill *On liberty* (1859) <http://www.utilitarianism.com/ol/one.html> (accessed 22 May 2020).
- 24 See *Abrams v United States* 250 US 616 (1920) 630 ('[T]he best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market'.) (Holmes J).
- 25 TD Jones 'Human rights: freedom of expression and group defamation under British, Canadian, Indian, Nigerian and United States law – a comparative analysis' (1995) 18 *Suffolk Transnational Law Review* 427 at 585.
- 26 *NPP v GBC* (2000) 20 WRN 163 181 (Anua-Sekyi JSC) (Ghana).
- 27 *New York Times Co v Sullivan* 376 US 254 (1964) 280.
- 28 Petition 15 of 1997 [2000] UGCC 4 (21 July 2000) (Constitutional Court, Uganda) (*Obbo* case).
- 29 JM Balkin 'Free speech is a triangle' (2018) 118 *Columbia Law Review* 2011 2044. See also Manila Principles on Intermediary Liability <https://www.manilaprinciples.org/> (accessed 15 October 2020).
- 30 I Currie & J De Waal *Bill of rights handbook* (2013) 339.

and anonymous communication', which social media creates, has been considered a hallmark of democratic expression and deliberation.<sup>31</sup> Social media platforms now mediate democratic participation. For instance, Facebook's 'Statement of Rights and Responsibilities' provides that its users cannot post content that amounts to 'hate speech, threatening, or pornographic; incites violence' or 'do anything unlawful, misleading, malicious, or discriminatory'.<sup>32</sup> These rules sound innocuous but Facebook uses its discretion to remove content which in its opinion violates its policy.

Third, the functioning of democracy argument posits that free speech sustains uninhibited public discourse, which is required for the formation of public opinion. The opportunity to peacefully ventilate public grievances against the state and hold authorities accountable thus constitutes a mechanism for orderly change in society without resort to violence. This rationale is demonstrated in the judgments from two African courts, which quoted extensively from European Court of Human Rights (European Court), as follows:<sup>33</sup>

Because the freedom of expression is one of the fundamental pillars of any democracy, by allowing the public to share information and to engage in public discourse helps to expose misdemeanors and malpractices by public officials. By virtue of the fact that there is an inherent value to the individual and society as a whole when there is diversity of ideas and opinions, freedom of expression "is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society..."

The United States (US) Supreme Court uphold similar views on the First Amendment to the US Constitution,<sup>34</sup> which embodies a

commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open', which 'may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials'.<sup>35</sup>

The implication then is that 'erroneous statements' are 'inevitable in free debate' and must be protected so as to allow freedom of speech and of the press to have the 'breathing space' they need to survive.<sup>36</sup> This does however not allow *carte blanche* posting of disinformation or propaganda on social media.

31 JM Balkin 'The future of free expression in a digital age' (2009) 36 *Pepperdine Law Review* 427-444.

32 [https://web.facebook.com/legal/terms/previous?\\_rdc=1&\\_rdr](https://web.facebook.com/legal/terms/previous?_rdc=1&_rdr) (accessed 16 October 2020); for Twitter, see 'The Twitter Rules' Twitter <http://support.twitter.com/groups/33-report-a-violation/topics/121-guidelines-best-practices/articles/18311-the-twitter-rules> (accessed 15 October 2020).

33 *Peta v Minister of Law, Constitutional Affairs and Human Rights* (CC 11/2016) [2018] LSHC 3 (18 May 2018) <https://lesotholii.org/ls/judgment/high-court-constitutional-division/2018/3-0> para 8 (accessed 15 October 2020) (*Peta* case); *Mokone v Attorney General* 2018 All Bots 186 (CA).

34 Providing that 'Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech'.

35 *New York Times v Sullivan* (n 27) (Brennan J).

36 *Hustler Magazine and Larry C Flynt v Falwell* 485 US 46 (1988) 51 52 (Rehnquist CJ).

Lastly, free speech informs public opinion and empowers the public to rein in and check the excesses of government.<sup>37</sup> This rationale underlines the link between free speech and political accountability, because citizens' engagement with information exchange and participation in public debate helps to expose misdeeds and misconduct by public officials. Nowadays, the mobile Internet, social media and digitisation of news sources have redefined news by enabling citizen journalism with attendant online dissemination of falsehood, rumours, and hateful speech which obfuscate public debate.

However, freedom of expression is neither absolute nor open to prior censorship but may be restricted as appropriate. Hence, democracies do balance the exercise of free speech against other societal interests.<sup>38</sup> In the United States, some forms of harmful speech are protected.<sup>39</sup> Concerning criminalisation of 'false' speech, the US Supreme Court has said repeatedly:<sup>40</sup>

The First Amendment recognizes no such thing as a 'false idea', but 'they are nevertheless inevitable in free debate and a rule that would impose strict liability on a publisher for false factual assertions would have an undoubted 'chilling' effect on speech relating to public figures that does have constitutional value.

According to American 'special protection' exponents then, speech, even when 'offensive or morally repugnant', is immune from government restrictions.<sup>41</sup> While social media has opened new avenues for the evolution of democratic culture it affords new vista for the regulation of harmful content.<sup>42</sup> Accordingly, the criminalisation of 'false' speech or 'fake news' on social media calls for interrogation considering the importance of public discourse. Generally, public discourse, 'speech on matters of public concern' or expressions in democratic self-governance 'settings' such as social media, receives a high level of protection.<sup>43</sup> The European Court confirms the foregoing in a long line of cases that it is incumbent on the mass media 'to impart information and ideas concerning matters ... of public interest. ...

37 Application 4/2013, *Lohé Issa Konaté v Burkina Faso* (5 December 2014) (holding that 'criticism of public officials enjoys protection under the right to freedom of expression'); *Peta* (n 33 above); Petition 397 of 2016, *Okuta and Another v Attorney General and Others* EkLR (6 February 2017) (Kenyan High Court).

38 RE Howard-Hassmann 'Canadians discuss freedom of speech: individual rights versus group protection' (2000) 7 *International Journal on Minority and Group Rights* 109 at 110-113.

39 RC Post 'Participatory democracy and free speech' (2011) 97 *Vanderbilt Law Review* 477 at 478; Brison (n 21).

40 *Hustler Magazine and Larry C Flynt v Falwell* (n 36 above); *Schenck v United States* 249 US 47 (1919) 52 (But the State may proscribe speech which present a 'clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent'.) (Holmes J).

41 F Schauer *Free speech: a philosophical enquiry* (1984) 7-8; K Greenawalt 'Free speech justifications' (1989) 89 *Columbia Law Review* 119 at 120.

42 J Thomas 'Free speech in the digital age' in Australian Human Rights Commission *Free speech symposium papers* (2014) 25; JM Balkin 'Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society' (2004) 79 *New York University Law Review* 1.

43 RC Post 'Recuperating First Amendment doctrine' (1995) 47 *Stanford Law Review* 1249 at 1276.

[which] the public also has a right to receive ...'.<sup>44</sup> This also affords one of the best means of forming opinion on the attitudes of political leaders.<sup>45</sup> Accordingly, scholars and human rights mechanisms have confirmed the utility of Internet-based communication.<sup>46</sup> Moreover, free speech is not about factual information alone; it covers sarcasm, satire, exaggeration and similar genres which media freedom accords a wide margin,<sup>47</sup> and it protects opinions, commentaries and value judgments the truth of which is not demonstrable.<sup>48</sup> From the foregoing perspective, it is crucial to analyse the 'fake news' contextualisation in Africa, the legal responses thereto and how these impinge on free speech protection.

## 2.2 Criminalising online 'false news': African context and international perspectives

'Fake news' as a term of art in the field of 'political manipulation' only gained global prominence in 2017.<sup>49</sup> In a widely-influential article, Allcott and Gentzkow define 'fake news' broadly as 'news articles that are intentionally and verifiably false, and could mislead readers'.<sup>50</sup> Also, 'fake news' or its various synonyms (post-truth, alternative news, etc) is just one aspect of a growing ecosystem of information disorder which consists of propaganda, disinformation (false information shared intentionally to harm), misinformation (false information shared without harm), malinformation (true information shared to cause harm).<sup>51</sup> Western narratives have however been remarkably predominant, particularly after the 2016 US presidential elections. False news reporting is a widespread problem across Africa, and predates the advent of digital technologies; historically, it has manifested itself through state propaganda and information

44 See eg, *Sunday Times v United Kingdom* (1979) 2 EHRR 245 [65]; *Ligens v Austria* (1986) 6 EHRR 407 para 38.

45 *Sunday Times* case (n 44).

46 Tompros (n 6) 94-95; J Rowbottom 'To rant, vent and converse: protecting low level digital speech' (2012) 71 *Cambridge Law Journal* 355 383; General Comment 34, Article 19: Freedoms of Opinion and Expression (CCPR/C/GC/34) 12 September 2011 para 15.

47 *Nlkowitz and Verlagsgruppe News GmbH v Austria* European Court Application 5266/03 paras 25-26.

48 See MA Einhorn 'Miss Scarlett's license done gone!: parody, satire, and markets' (2002) 20 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 589 603.

49 AP News "'Fake news' is Collins Dictionary's word of the year 2017" <https://apnews.com/article/47466c5e260149b1a23641b9e319fda6> (accessed 12 July 2020).

50 H Allcott & M Gentzkow 'Social media and fake news in the 2016 election' (2017) 31 *Journal of Economic Perspectives* 211 at 236.

51 C Wardle & H Derakhshan 'Information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making' Council of Europe Report (2017) 1 20.



manipulation by ruling elites.<sup>52</sup> Theoretically grounded empirical research suggests a complexity of reasons why 'fake news' and 'cyber-propaganda' cannot be divorced from Africa's peculiar socio-political and economic conditions. First, in 'closed' African societies, individuals and communities lacking 'the requisite access to verifiable information' or skills, ability and means of accessing news sources resort to rumours and half-truths.<sup>53</sup> Even where there is relatively good access to digital news sources, limited digital literacy, sheer ignorance and lackadaisical attitude to verification of information allow for the sharing of false and unverifiable information. Second, the digitisation of news sources encouraged the commercialisation of news and gave rise to the mushrooming of online news organisations which circulate sensational news to gain attention. Third, 'fake news' has been weaponised in African elections particularly through Facebook, Twitter, WhatsApp, etc., by cyber-troops of politicians and easily feeds into political partisanship underscored by ethnic and sectional rivalries.<sup>54</sup> Fourth, state monopolies over information services which enables divergent levels of censorship coupled with resource constraints by journalists drive fake news across Africa.<sup>55</sup>

'Fake news' is 'fabricated' information published as factual news ostensibly to harm.<sup>56</sup> However, this understanding is problematic since 'false news' also covers a broad spectrum of false but non-injurious hoaxes, lies, fiction, satire, and parody.<sup>57</sup> Combating disinformation can also be daunting; it often spreads uncontrollably and is easily exploited for ideological gains.<sup>58</sup> Hence, African governments reflexively resort to ill-conceived legal mechanisms like criminal defamation and Internet clampdown, purportedly to prevent breaches of the peace or public order or preserve state security,<sup>59</sup> albeit contrary to international treaties which guarantee free speech.<sup>60</sup>

52 B Mutsvairo & S Bebawi 'Journalism educators, regulatory realities, and pedagogical predicaments of the "fake news" era: a comparative perspective on the Middle East and Africa' (2019) 74 *Journalism & Mass Communication Educator* 143 at 148.

53 A Mare, HM Mabweazara & D Moyo "'Fake news" and cyber-propaganda in Sub-Saharan Africa: recentring the research agenda' (2019) 40 *African Journalism Studies* 1 1-12.

54 A Mare & T Matsilele 'Hybrid media system and the July 2018 elections in "post-Mugabe" Zimbabwe' in MN Ndlela & W Mano *Social Media and Elections in Africa* Volume 1 (2020) 147-176.

55 Mare, Mabweazara & Moyo (n 53).

56 DO Klein & JR Wueller 'Fake news: a legal perspective' (2017) 20 *Journal of Internet Law* 1 at 6.

57 See Allcott & Gentzkow (n 50) 214.

58 C Nwaodike 'False information and free speech' *Atlas Corps* <https://atlas Corps.org/false-information-and-free-speech/> (accessed 11 October 2020).

59 H Matfess 'More African countries are blocking internet access during elections' *Ouartz Africa* 1 June 2016 <https://qz.com/africa/696552/more-african-countries-are-blocking-internet-access-during-elections/> (accessed 16 October 2020).

60 Nwaodike (n 58).

Criminal libel law, abolished in England in 2009, and under article 36 of the related French Law on Freedom of the Press 1881, has been rightly described as ‘arcane’ and a vestige of European colonialism,<sup>61</sup> hence unjustifiable in a democratic setting.<sup>62</sup> In classical terms, ‘defamation’ is the ‘publication’ of a statement that tends to lower a person’s reputation in the opinion of right-thinking members of the community or to make them shun or avoid him.<sup>63</sup> ‘Publication’ means bringing the defamatory matter to the notice of a third person other than the plaintiff.<sup>64</sup> So, aside the author and publisher, printers, distributors and sellers of offline publications are not liable for defamation if unaware of a publication’s libellous content. Under the common law, ‘libel’ is defamation involving written or printed statements while ‘slander’ involves oral statements<sup>65</sup> but ‘substantially true’ statements if published for public benefit, and those made in privileged circumstances, are not actionable. Historically, state prosecution was considered vital to prevent anarchy should citizens resort to self-help to avenge themselves of reputational damage.<sup>66</sup> As several African courts found: criminal defamation inhibits critical speech through fear of threatened or actual prosecution, conviction, prison sentence and fines; it occasions self-censorship for fear of these penalties;<sup>67</sup> and chills free speech.<sup>68</sup> The civil remedies of damages, injunction, retraction and apology should therefore prove adequate to assuage reputational injury.<sup>69</sup> Defamation on social media can occur through users’ posts, tweets, uploads, comments, etc.,<sup>70</sup> but what constitutes ‘publication’ online requires some refinements considering the dilemma it poses concerning criminal responsibility.<sup>71</sup> Some jurisdictions have developed ‘a single publication rule’, which ‘provides that a cause of action accrues when material is first published not when it is read or subsequently accessed online, sold, or a copy otherwise provided to a reader’.<sup>72</sup> Generally, digital intermediaries are recognised

61 L Eko ‘Globalization and the diffusion of media policy in Africa: the case of defamation of public officials’ (2016-2017) 22 *Africa Policy Journal* 1 17 19.

62 *Peta* (n 33) paras 14-24.

63 *Black Law’s Dictionary* (1990).

64 J Burchell & J Milton Burchell *JM Principles of criminal law* (2005) 774.

65 *American Restatement (Second) of Torts* (1977) para 568.

66 D Pember & C Calvert *Mass media law* (2005).

67 ‘The case against criminal defamation’ *Mail & Guardian Online* 23 September 2015 <https://mg.co.za/article/2015-09-23-the-case-against-criminal-defamation/> (accessed 17 July 2020); PEN International Report ‘Stifling dissent, impeding accountability: criminal defamation laws in Africa’ 47 [www.peninternational.org](http://www.peninternational.org) (accessed 12 July 2020).

68 *Okuta* (n 37); *Peta* (n 33).

69 As above.

70 See J Elkin ‘Cybersmears: dealing with defamation on the Net’ (2000) 9 *Business Law Today* 22.

71 R Spano ‘Intermediary liability for online user comments under the European Convention on Human Rights’ (2017) 17 *Human Rights Law Review* 665.

72 B Jordan ‘The modernization of English libel laws and online publication’ (2011) 14 *Journal of Internet Law* 3 at 6.

as 'mere conduits'<sup>73</sup> or non-publishers,<sup>74</sup> hence they do not bear criminal liability if they perform no editorial role on online content. However, at the international level, there is no gainsaying the fact that, until very recently, human rights law has struggled to mediate the altered conditions and new challenges posed to freedom of expression by misinformation on social media. The UN Human Rights Committee (UNHRC) has observed as follows:<sup>75</sup>

The free communication of information and ideas about public and political issues between citizens, candidates and elected representatives is essential. This implies a free press and other media able to comment on public issues without censorship or restraint and to inform public opinion.

The UN Special Rapporteur on Freedom of Expression has also stated that criminal sanctions for offline defamation are unnecessary and disproportionate.<sup>76</sup> The UN Human Rights Council has expressed concerns about online misinformation and propaganda and has consistently affirmed that 'the same rights that people have offline must also be protected online'.<sup>77</sup> The Human Rights Committee has also stated: 'Regulatory systems should take into account the differences between the print and broadcast sectors ... while also noting the manner in which various media converge'.<sup>78</sup>

Nonetheless, digital platforms do have extensive control over user-generated content based on the algorithms used, hence the need for more transparency in their operations. Consequently, several pronouncements of various special rapporteurs on freedom of expression address the issues surrounding intermediary liability for 'fake news' and propaganda online.<sup>79</sup> Regarding the Joint Declaration on 'fake news' 2017, Principle 1 thereof reiterates the three-part test of limitation of free speech. Principle 2(a) and (b) affirm that criminal defamation and '[g]eneral prohibitions on the dissemination of information based on vague and ambiguous ideas, including "false news" ... are incompatible with free speech standards and 'should be

73 Directive No 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 (EU e-commerce directive 2000); Manila Principles on Intermediary Liability 2014 <https://www.manilaprinciples.org/> (assessed 27 July 2020); Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks 2017 (Network Enforcement Act or *NetzDG*) (company obligation to remove 'illegal' content without prior judicial review).

74 See Joint Declaration 2011, para 2(a); Spano (n 71).

75 General Comment 34 para 13.

76 Report of the UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression A/HRC/17/27/Add.1 (16 May 2011); Report of the UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression A/66/290 (10 August 2011) para 28.

77 UN Human Rights Council Resolutions (2012-2018), The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, UN Doc A/HRC/RES/38/7 (5 July 2018), A/HRC/RES/32/13 (1 July 2016), A/HRC/RES/26/13 (26 June 2014), A/HRC/RES/20/8 (5 July 2012).

78 General Comment 34 para 39.

79 See eg, Joint Declaration on media independence and diversity in the digital Age 2018 para 7; Joint declaration on 'freedom of expression and 'fake news', disinformation and propaganda' in March 2017 FOM.GAL/3/17 3 March 2017 (Joint declaration on 'fake news') paras 5-6; Joint declaration on the right to freedom of expression and universality 2014, para 2(c).

abolished'. Under Principle 1, intermediaries must follow due process before engaging in content deletion or moderation while liability for inappropriate online content is determined by editorial functions and non-compliance with a duly made content removal order. ARTICLE 19 and other international non-governmental organisations (NGOs) have also denounced criminal defamation and concur that content regulation must respect free speech principles.<sup>80</sup> Despite this rising international condemnation of the use of criminal defamation to suppress freedom of expression,<sup>81</sup> Nyane observes that it is still retained in the statute books of many African countries.<sup>82</sup> In this regard, some jurists argue that there can be no justification for the publication of untruths, hence, members of the press should not be left with the impression that they have a licence to do so. More so, the press occupies a powerful position and large sections of the community tend to accept what they read in the newspapers as true.<sup>83</sup> Nevertheless, some courts in Africa have developed transformative jurisprudence in line with national constitutions and the African Charter to declare criminal defamation and false news publishing as unjustifiable free speech limitations.<sup>84</sup>

### 2.3 Criminal defamation in Africa: emerging national jurisprudence

In *Madanhire and Another v Attorney General*,<sup>85</sup> decided by the Zimbabwean Constitutional Court, a newspaper editor and reporter were alleged to have knowingly published false statements with

- 80 See Written comments of Open Society Justice Initiative and Article 19 (December 2008) paras 22 and 39 in *Kasabova v Bulgaria* App no 22385/03 (European Court 19 April 2011); ARTICLE 19, 'Regulating social media: we need a new model that protects free expression' <https://www.article19.org/resources/regulating-social-media-need-new-model-protects-free-expression/> (accessed 12 July 2020) (arguing that an independent Social Media Council offers the best regulatory approach); *Da Cunha v Yahoo de Argentina* SRL, March 2014 paras 48 & 68 (SC, Argentina) (Amicus curiae submission of the Open Society Justice Initiative).
- 81 JM Pasqualucci 'Criminal defamation and the evolution of the doctrine of freedom of expression in international law: comparative jurisprudence of the InterAmerican Court of Human Rights' (2006) 39 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 379 394; Declaration of Principles on Freedom of Expression, Inter-Am. Comm. Human Rights. Res., 108th Sess., Principle 11 (2000) <http://www.cidh.oas.org/Relatoria/showarticle.asp?artID=26&1ID=1> (accessed 12 July 2020).
- 82 H 'Nyane 'Abolition of criminal defamation and retention of scandalum magnatum in Lesotho' (2019) 19 *African Human Rights Law Journal* 743-62. See also O Anku-Tsede 'The media and the offence of criminal libel in Ghana' (2013) 9 *Journal of Law, Policy and Globalisation* 26 (criminal defamation statutory abolished).
- 83 *Mokone* (n 33) para 55.
- 84 A Meerkotter 'Judicial independence is critical to protecting press freedom in Africa' *SALC* 29 May 2018 <https://southernafricalitigationcentre.org> (accessed 15 October 2020).
- 85 Judgment No CCZ 2/14 (12 June 2014), and the follow-up case of CCZ/07/15 *Misa Zimbabwe-and others v Minister of Justice and others* (6 February 2016).

intention to defame under section 96 of Zimbabwe's Criminal Code. The Court found as follows:<sup>86</sup>

The fact that investigative journalism may on occasion involve the publication of erroneous or inaccurate information does not detract from the reciprocal rights to receive and impart information and ideas without interference.

Following *Madanhire*, the Lesotho Constitutional Court in *Peta v Minister of Law, Constitutional Affairs and Human Rights*<sup>87</sup> dealt with the vagueness of section 104 of the Lesotho Penal Code on which hinged prosecution for criminal defamation for a satirical article posted on social media concerning the Lesotho Defence Force's former Commander. While stating that '[p]ublic figures ... should display a high degree of tolerance to criticism', the Court confirmed satire to be a protected form of expression:

[Criminalising satire] seems to be premised on the idea that deliberate lies, exaggeration and distortion of reality cannot serve any usefulness connected to the purposes of freedom of expression. Because satire by its nature distorts and exaggerates reality .... Satirical expression, notwithstanding the fact that it distorts and exaggerates reality, assists individuals in attaining self-fulfilment and fostering political participation.

The Court held that the defence of truth and publication for 'public benefit' available in a defamation charge was vague, liable to abuse by political powers to silence legitimate criticism 'and chilling of truth-searching and the concomitant undermining of the purposes of guaranteeing freedom of expression'.

*Madanhire* was similarly followed by the Kenya High Court in *Okuta & Another v Attorney General & 2 Others*,<sup>88</sup> where a charge of criminal defamation based on a Facebook comment under section 194 of the Kenyan Penal Code was held to be a proportionate punishment to restrict freedom of expression in a democratic society. Similar results were achieved in *Chipenzi and Others v The People*.<sup>89</sup> In *Obbo and Another v Attorney General*,<sup>90</sup> which dealt with publishing false information 'likely to cause fear and alarm to the public' under section 50(1) of the Ugandan Penal Code, the Ugandan Constitutional Court stated:

Exaggeration – even clear falsification – may arguably serve a useful social purpose linked to values underlying freedom of expression. ... All of this expression arguably has intrinsic value in fostering political participation and individual self-fulfilment.

However, in *GPU and Others v Attorney General*,<sup>91</sup> the Gambia's Supreme Court refused to follow the ECOWAS Court decision in *Federation of African Journalists & Others v The Republic of the Gambia* (2019) (describing the legislative definitions of 'false news' and criminal defamation in sections 59 & 181A(1) of the Gambia Criminal Code as 'expressions of inexactitude' and 'so broad as to be capable of

86 Judgment No CCZ 2/14, 11.

87 *Peta* case (n 33).

88 Petition 397 of 2016 (n 37).

89 HPR/03/2014 [2014] ZMHC 112 (3 December 2014) (setting aside Zambian Penal Code, sec 67).

90 *Obbo* case (n 28).

91 Suit 1/2014 (9 May 2018).

diverse subjective interpretations'.<sup>92</sup> In a recent judgment, *The Incorporated Trustees of Laws and Rights Awareness Initiative v Nigeria*,<sup>93</sup> the ECOWAS Community Court held that section 24 of the Nigerian Cybercrime Act 2015 contains vague concepts that allow for arbitrary interpretation in violation of the right to freedom of expression protected under article 9 of the African Charter.<sup>94</sup>

Considering the foregoing, criminal defamation provisions in emergent 'cyberlaws' in Africa constitute a 'step backward in the evolution of human rights in Africa'<sup>95</sup> as they are often vague and overbroad. Case studies from Ethiopia and Nigeria, two troubling African legal landscapes, justify the foregoing assertion.

### 3 EMERGING AFRICAN CYBERLAWS, AND 'FALSE NEWS' CRIMINALISATION: AN ANALYSIS

Viral misinformation is becoming ever more sophisticated, hence, governments are increasingly turning to legislation without necessary safeguards.<sup>96</sup> False news statutes evince a tension 'between a government's desire to control access to public information and the media's right to inform citizens of matters vital to the public interest'.<sup>97</sup> Consequently, this part, using Nigeria and Ethiopia's cybercrime laws as case studies, highlight problems associated with the criminalisation of 'fake news' on social media under emergent African cybercrimes laws.

92 See Criminal Code of The Gambia's, The Federal High Court, Lagos, in Suit No FHC/L/CS/937/2017 *Solomon Okedara v Attorney-General of the Federation* (7 December 2017) also refused to declare that the Nigerian Cybercrimes Act 2015, s 24 infringed freedom of expression. Cf. *Geoffrey Andare v Attorney-General*, where identical provision, section 29 of Kenya's Information and Communications Act 2018, was set aside by Kenya High Court.

93 ECW/CCJ/APP/53/18, 10 July 2020.

94 See Ecowas Community Court of Justice Blog 'Nigerian government ordered to repeal or amend its law on cybercrime' [prod.courtecowas.org/2020/07/10/nigerian-government-ordered-to-repeal-or-amend-its-law-on-cybercrime/](http://prod.courtecowas.org/2020/07/10/nigerian-government-ordered-to-repeal-or-amend-its-law-on-cybercrime/) (accessed 17 July 2020). See also Reference No 7 of 2013 East African Court of Justice: *Burundi Journalists Union v Attorney General of Burundi* (2015) paras 82-88.

95 Application 4/2013, *Konaté* (n 37) (Elsie Thompson, Sophia Akuffo, Bernard Ngoepe, and Duncan Tambala JJ, separate minority opinion) paras 4-5.

96 *The Guardian* 'Global crackdown on fake news raises censorship concerns' <https://www.theguardian.com/media/2018/apr/24/global-crackdown-on-fake-news-raises-censorship-concerns> (accessed 17 July 2020).

97 A Mason 'Violence, criminal defamation, and censorship laws: threatening freedom of expression in Chile and Ecuador' (2012) 18 *Law & Business Review of the Americas* 369 at 369.

### 3.1 Nigeria's PIFM Bill 2019

Nigerian law favours state regulation of online free speech,<sup>98</sup> hence a potpourri of colonial style Criminal and Penal Codes first enacted respectively in 1902 and 1960<sup>99</sup> and new cybercrimes laws police online activities. Section 373 of the Criminal Code Act,<sup>100</sup> which defines a 'defamatory matter' as a 'published' matter (expression) injurious to the reputation of any person whether 'living or dead', can arguably be used to criminalise social media content. Additionally, section 24(1)(b) of the Cybercrime (Prevention) Act 2015, which criminalises the intentional sending of false, intimidating or hateful messages via computer networks, is already being used to arrest journalists who criticise officials on social media.<sup>101</sup> Against this background, the PIFM Bill 2019, which aims to suppress Internet falsehoods on social media platforms, was introduced in the National Assembly on 5 November 2019. This six-part 36-section Bill, dubbed the 'anti-social Media Bill' by media organisations, but its sponsor, Senator Mohammad Musa, says it is intended to 'mitigate the propaganda or 'fake news' that travels at the 'speed of light.'<sup>102</sup> Part 2 thereof creates the offences of Internet and malicious falsehood and re-enacts common law requirements therefor. It criminalises the transmission of 'false statements of fact', making or altering bots or providing services for such transmission within or outside Nigeria 'knowingly' and 'likely to' have caused financial loss or personal injury to a person.<sup>103</sup> Individual offenders face up to N300 000.00K (\$787 USD) fine or two years' jail term or both while corporate offenders face fines up to N10 million fine (\$26 323 USD). This applies to the use of an 'inauthentic account' or bot and to statements even when 'untrue and not defamatory'.<sup>104</sup> False statements likely to influence an election or referendum are also criminalised.<sup>105</sup> By a circular definition, a statement is false 'if it is false or misleading, whether wholly or in part, and whether on its own or in the context in which it appears'.<sup>106</sup> Other objectionable portions of the

98 T Ilori 'A socio-legal analysis of Nigeria's protection from internet falsehoods, manipulations and other related matters bill' *AfricLaw* 5 December 2019 <https://africlaw.com/2019/12/05/asocio-legal-analysis-of-nigerias-protection-from-internet-falsehoods-manipulations-and-other-related-matters-bill/> (accessed 24 July 2020).

99 'Nigeria: why Nigeria needs to review its criminal, penal codes' <https://allafrica.com/stories/201911200525.html> *allAfrica* 20 November 2019 (accessed 16 October 2020).

100 Cap. C38 Laws of the Federation of Nigeria (LFN) 2004.

101 J Rozen 'An attempt to gag the media': Journalists on Nigeria's proposed social media bill *Committee to Protect Journalists* 1 April 2020 <https://cpj.org/2020/04/an-attempt-to-gag-the-media-journalists-on-nigeria/> (22 July 2020).

102 T Fadare 'Why I sponsored bill to stop the spread of fake news – Sen. Musa' Order Paper 6 November 2019 <https://www.orderpaper.ng/why-i-sponsored-bill-to-stop-spread-of-fake-news-sen-musa/> (accessed 25 July 2020).

103 PIFM Bill 2019, secs 3(1)(3) & (4), 4(1)(2) & (3)(f), 5(1)(2) & (3)(f) and 6B(4).

104 PIFM Bill 2019, sec 6B(1)(i).

105 PIFM Bill 2019, sec 3(1)(b).

106 PIFM Bill 2019, sec 35(2)(b).

Bill include: hefty fines and/or imprisonment against tech companies for non-compliance with orders to disable access to online content;<sup>107</sup> powers of law enforcement agencies to regulate tech intermediaries;<sup>108</sup> and the online transmission of false statements – to order Internet intermediaries to disclose the source or retract or correct false information,<sup>109</sup> and designate online platform/accounts as ‘fake’;<sup>110</sup> the extraterritorial application of the law,<sup>111</sup> etc., all which are likely to put pressure on media platforms to police content. The Bill’s vague definition of ‘false statement’ and the provisions of sections 3-6B pose risks of prior restraint and self-censorship concerning the exercise of online speech. Interestingly, media organisations have termed it ‘plagiarised’ because ‘Musa only changed some terms from that of Singapore [Protection from Online Falsehoods And Manipulation Act (POFMA) 2019] to give his bill a feel of originality’ considering several striking resemblances between the Bill and the Act.<sup>112</sup> Moreover, section 39 of the amended Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999 (CFRN 1999)<sup>113</sup> guarantees freedom of expression and press freedom. Nigeria also ratified the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and domesticated the African Charter.<sup>114</sup> Consequently, content regulation based on the Bill must satisfy the three-part test under international standards.

### 3.2 Ethiopia’s CCP 2016

Similar to Nigeria, the Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia 1995<sup>115</sup> provides for freedom of expression and the press and access to information, and though it prohibits censorship, the right is not absolute as provided for under article 29(6).<sup>116</sup> The Freedom of the Mass Media and Access to Information Proclamation No 590/2008 also affirms such constitutional safeguards. Nevertheless, the latter has provisions problematic to free expression such as complex registration processes for media outlets and high fines for defamation. The Criminal Code Proclamation No 414/2004 also penalises defamation with a fine

107 PIFM Bill 2019, sec 32.

108 PIFM Bill 2019, secs 17 (Targeted Correction Regulation – e.g. to publish online location of false statement), 18 (Disabling Regulation – to disable users’ access to false content) & 19 (General Correction Regulation).

109 PIFM Bill 2019, secs 7 & 8.

110 PIFM Bill 2019, sec 27.

111 PIFM Bill 2019, sec 9.

112 *TheCable* ‘From title to content, Nigeria’s “social media bill” is a “replica” of Singapore’s act’ <https://www.thecable.ng/fact-check-is-nigerias-social-media-bill-truly-a-replica-of-singapores-act> (accessed 22 July 2020).

113 (Promulgation) Act 24 of 1999 Cap C23 Vol 3 LFN 2004.

114 1966, 999 UNTS 171 (entered into force 23 March 1976); African Charter on Human and Peoples’ Rights (Enforcement and Ratification) Act of 1999, Cap A9 LFN 2004.

115 Federal Negarit Gazette, Addis Ababa, 21 August 1995, art 29.

116 DY Messele ‘Rethinking Ethiopia’s Computer Crime Proclamation’ *International Youth Journal* <https://youth-journal.org/rethinking-ethiopiarsquos-computer-crime-proclamation-scr> (accessed 24 July 2020).



or up to one-year imprisonment. As regards government disruption to the Internet in Africa 'Ethiopia isn't an anomaly'.<sup>117</sup> Censorship is rife, particularly since the aftermath of violence attendant upon the controversial May 2005 general elections.<sup>118</sup> Moreover, government often blames Facebook and Twitter for fake news used to incite 'ethically tinged violence leading to deaths and displacements'.<sup>119</sup> Consequently, Ethiopia's new Hate Speech and Disinformation Prevention and Suppression Proclamation 2020<sup>120</sup> targets 'false and misleading information'.<sup>121</sup> Under article 8, government reserves the right to order providers to remove disinformation on social media accounts with more than 5,000 followers within 24 hours of notification or face harsh penalties. The CCP 2016 also reinforces this hostile regulatory ambience; it extends the reach of criminal defamation and gives government regulatory powers that will impact heavily on the right to online free speech in Ethiopia.<sup>122</sup> The Proclamation consists of six parts and 46 articles towards the control and prosecution of computer crimes including online criminal defamation. Article 13 punishes defamatory speech as 'illegal content' disseminated through a computer system with 3 years' jail term or Birr 30,000 fine or both.<sup>123</sup> Relatedly, it legalises content policing – a Service Provider shall be criminally liable for illegal content disseminated through its computer systems by third parties by being directly involved in its dissemination and failure to remove or disable access after actual knowledge or administrative notice.<sup>124</sup> Furthermore, it permits the concurrent application of any special law or criminal code.<sup>125</sup>

117 AL Dahir 'Ethiopia's tech startups are ready to run the world, but the internet keeps getting blocked' (*Quartz Africa* 18 June 2019) <https://qz.com/africa/1646789/ethiopia-tech-startups-hurt-by-social-media-block-internet-shutdown/> (accessed 23 July 2020).

118 CIPESA 'State of internet freedom in Africa 2019: mapping trends in government internet controls, 1999-2019' (2019) 22.

119 S Ebatamehi 'Ethiopian council of ministers approve computer crime proclamation bill' *The African Exponent* 11 November 2019 <https://www.africanexponent.com/post/4474-ethiopia-approves-bill-against-fake-news-and-hate-speech> (accessed 20 July 2020).

120 Federal Negarit Gazette of The Federal Democratic Republic of Ethiopia No 83 of 7 July 2016, 9104-9131.

121 E Wanyama 'Ethiopia's new hate speech and disinformation law weighs heavily on social media users and internet intermediaries' *CIPESA* 21 July 2020 <https://cipesa.org/2020/07/ethiopias-new-hate-speech-and-disinformation-law-weighs-heavily-on-social-media-users-and-internet-intermediaries/> (accessed 16 October 2020).

122 ARTICLE 19 'Ethiopia: computer crime proclamation' (2016) 12.

123 CCP 2016, art 13(3).

124 CCP 2016, art 16(1)(2)(3).

125 CCP 2016, art 19.

## 4 'FALSE NEWS' RESTRICTION ON SOCIAL MEDIA: THE AFRICAN COMMISSION'S FREE SPEECH JURISPRUDENCE AS LITMUS TEST?

This part assesses how the African Commission could expand its traditional jurisprudential analysis of criminal defamation to adjudicate the reasonableness of emergent cyberlaws that criminalise 'false news' on social media Africa-wide. It highlights the free speech principles, explores the scope of available safeguards against criminal defamation in relevant cases, and ultimately synthesises evolving human rights-centred international, comparative and African regulatory standards.

### 4.1 The African Commission's 'traditional' free speech jurisprudence

Freedom of expression is a fundamental right protected by international and regional human rights instruments,<sup>126</sup> including article 9 of the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter),<sup>127</sup> which provides as follows:

- (1) Every individual shall have the right to receive information.
- (2) Every individual shall have the right to express and disseminate his opinions within the law.

The African Commission<sup>128</sup> has interpreted the African Charter holistically, contextually,<sup>129</sup> consonant with its object and purpose<sup>130</sup> and international human rights standards, and through doctrinal innovations, has developed a free speech jurisprudence including a 'limitation analysis' using comparative international and regional jurisprudence as interpretive aids. The African Commission has connected article 9 with the underlying values of free speech. In *Constitutional Rights Project and Others v Nigeria*,<sup>131</sup> the African

126 Universal Declaration of Human Rights, GA Res 217 (III) UN Doc A/810 (1948) art 19; ICCPR, art 19(2); European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (opened for signature 4 November 1950, entered into force 3 September 1953) 213 UNTS 221 (ECHR) art 10(1); American Convention on Human Rights (opened for signature 22 November 1969, entered into force 18 July 1978) 1144 UNTS 143 (American Convention) art 13.

127 Adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986; 21 ILM 59 (1981).

128 Established under African Charter, art 30, with a mandate 'to promote human and peoples' rights and ensure their protection in Africa'.

129 *Umuhoza v Rwanda* (merits) (2017) 2 AfCLR 165 paras 143-158.

130 JC Nwobike 'The African Commission on Human and Peoples' Rights and the demystification of second and third generation rights under the African Charter: *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and the Center for Economic and Social Rights (CESR) v Nigeria*' (2005) 1 *African Journal of Legal Studies* 129.

131 (2000) AHRLR 227 (ACHPR 1999).

Commission held that 'freedom of expression is a basic human right, vital to an individual's personal development and political consciousness, and participation in the conduct of the public affairs of his country'.<sup>132</sup> The African Commission also underscored the importance of media freedom to greater public accountability and the strengthening of democracy since 'it is the widest possible circulation of news, ideas and opinions as well as the widest access to information by society as a whole, that ensures public order'.<sup>133</sup> The Commission found that political speech deserves special protection and a higher degree of tolerance especially when directed towards the government or persons acting in public capacity.<sup>134</sup> Moreover, the importance of freedom of expression as 'a means of ensuring respect for all human rights and freedoms' is also recognised by the Commission.<sup>135</sup> However, the significance of permissible limits to free speech are also well articulated.

#### 4.2 The African Commission's free speech 'limitation analysis'

The Commission draws inspiration from international human rights law under articles 60 and 61 of the African Charter 'as benchmarks for the application and interpretation of the African Charter'.<sup>136</sup> The Commission also relies on Resolutions and elaborations on the provisions of article 9 in individual communications<sup>137</sup> and deploys its Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information for on-the-field enforcement and supervisory activities. In this regard, the African Commission is considered more progressive than other international and regional bodies.<sup>138</sup> When read together with the African Court on Human and Peoples' Rights' landmark *Lohé Issa Konaté v The Republic of Burkina Faso* decision,<sup>139</sup> the recent

132 para 36; see also *Amnesty International Others v Sudan* (2000) AHRLR 297 (ACHPR 1999) para 46.

133 *Scanlen and Holderness v Zimbabwe* (2009) AHRLR 289 (ACHPR 2009), followed in Case Reference 7 of 2013, *Burundian Journalists' Union v Attorney General* (15 May 2015) para 95; *Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan (I)* (2003) AHRLR 134 (ACHPR 2003).

134 *Kenneth Good v Botswana* (2010) AHRLR 43 (ACHPR 2010) para 198; *Law Office of Ghazi Suleiman* (n 133); See also *Umuhoza* (n 128) para 141.

135 *Good case* (n 134).

136 *Open Society Justice Initiative (on behalf of Pius Njawe Noumeni) v Cameroon* para 138.

137 S Gumedze 'Bringing communications before the Commission' (2003) 3 *African Human Rights Law Journal* 118 124-125.

138 See T Mendel 'The UN Special Rapporteur on freedom of opinion and expression: progressive development of international standards relating to freedom of expression' in T McGonagle & Y Donders (eds) *The United Nations and freedom of expression and information* (2015) 265.

139 The majority (7 judges) found criminal defamation not necessarily bad in principle, but held custodial sentences, banning of newspapers, disproportionate fines and damages as inappropriate. The separate minority opinion that the crime be abolished is preferable (n 66).

judgment of the Economic Community of West African States' Community Court (ECOWAS Court) on Nigeria<sup>140</sup> and East African Court of Justice's (EACJ) jurisprudence,<sup>141</sup> the African criminal defamation analysis constitutes a corpus of law developed against the background of the enduring legacy of colonial penal codes in Africa.<sup>142</sup>

In determining whether criminal defamation is a justifiable interference with freedom of expression secured in article 9, the Commission proceeds with an assessment of whether there has indeed been an 'interference', and if so, whether such fulfils a cumulative three-part test of legality, legitimacy, and necessity and proportionality.<sup>143</sup> First, the interference (criminal defamation) must not only be provided for in domestic law which conforms with the state's international human rights obligations.<sup>144</sup> Furthermore, the law providing for the restriction must have foreseeable effects, limit discretion and be amenable to judicial review. Hence, states cannot rely on article 9(2) to pass national law or impose prior restraints (like censorship)<sup>145</sup> to override international free speech standards.<sup>146</sup>

Second, the criminal defamation restriction (imprisonment, fine, etc) must also serve a legitimate aim (protection of reputation) corresponding to one of the aims in the Charter's article 27(2). Third, the restriction must be necessary in a democratic society, which requires that the right to free speech be proportionate to (balanced against) the legitimate aim pursued<sup>147</sup> (honour and reputation).<sup>148</sup> This is achieved when a direct/rational relation exists between the impugned expression and protected interest; there are sufficient reasons to justify the restriction, no less intrusive solution to achieve the same result exists, and the restriction does not render the right

- 140 *Federation of African Journalists and Others v Republic of Gambia* (13 February 2018) (criminalised libel and publication of false news are 'inacceptable instances of gross violation of free speech' and emphasising that 'wide or vague speech-restricting provisions forces self-censorship.').
- 141 Case 2 of 2017 *Media Council of Tanzania v. Attorney General* (28 March 2019); Case No 7 of 2016 *Mseto v Attorney General* (21 June 2018); *Burundi Journalists Union* (n 100) paras 82 - 88.
- 142 A Meerkotter 'Judicial Independence is Critical to Protecting Press Freedom in Africa' (2018) <https://www.southernafiralitigationcentre.org/2018/05/29/judicial-independence-is-critical-to-protecting-press-freedom-in-africa/> (accessed 16 July 2020).
- 143 *Open Society* (n 136) paras 138-139.
- 144 See, eg, *Amnesty International* (n 131 above) para 79; *Civil Liberties Organisation (in respect of Bar Association) v Nigeria* (2000) AHRLR 188 (ACHPR 1995) para 15.
- 145 *Open Society* (n 136) para 167-170 (differentiating the standard of acceptable prior restraint in print media from radio broadcasting).
- 146 *Media Rights Agenda and Others v Nigeria* (2000) AHRLR 200 (ACHPR) 1998.
- 147 *Media Rights Agenda* (n 146) para 69; *Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Another (on behalf of Meldrum) v Zimbabwe* (2009) AHRLR 235 (ACHPR 2009) paras 176-78 (closure of newspaper held a disproportionate violation of free speech).
- 148 *Open Society Justice* (n 136) para 137; *Good* (n 133) paras 219 224 ('if the aim sought cannot be identified and justified ... then it means that the means employed was not proportional').

illusory.<sup>149</sup> Consequently, the Commission has not found it difficult to hold that harsh penalties (interferences) imposed through criminal libel such as imprisonment, heavy fines, proscriptions, etc., are disproportionate. Moreover, vague and overly broad restrictions based on illegitimate grounds and disproportionate restrictions that hollow out free speech are impermissible.<sup>150</sup> Hence, the African Commission has pronounced that stakes are higher within the context of public debate and criticisms of public figures in a democratic society.<sup>151</sup> Concerning the important role of the media in sustaining public debate, the African Commission has repeatedly stated: '[P]olitical expression demands special attention and legal protection'.<sup>152</sup> In *Media Rights Agenda and Others v Nigeria*,<sup>153</sup> *TELL*, a weekly magazine of Nigeria reported a story seen as insulting to the then President Abacha entitled: 'The return of tyranny – Abacha bares his fangs'. The Commission drew a distinction between criticism of a public official and private citizen and condemned punitive action for criticisms against government as a violation of article 9(2).<sup>154</sup> In *Scanlen and Holderness*,<sup>155</sup> the Commission attached great importance to the 'public watchdog' role of the press to ensuring the proper functioning of a democracy as counterbalanced by the press' duty to act responsibly. It admitted that occasions will arise when journalists might 'publish or disseminate information, opinion or ideas, which will contravene other persons' reputation or interests', but in such circumstances, 'it is sufficient if journalists have made a reasonable effort to be accurate and have not acted in bad faith'.<sup>156</sup> The foregoing legal exposition accords with efforts to decriminalise defamation by UN treaty bodies,<sup>157</sup> special mechanisms,<sup>158</sup> and regional bodies.<sup>159</sup>

149 *Zimbabwe Lawyers* (n 146) para 176.

150 In *Zimbabwe Lawyers* (n 146) (holding section 80(1)(b) of the Access to Information and Protection of Privacy Act (AIPPA) which criminalises the reckless publication of falsehoods to be overbroad).

151 *Konaté* case (n 37) para 155.

152 See *Article 19 v Eritrea* (2007) AHRLR 73 (ACHPR 2007); *Media Rights Agenda* (n 146); *Ouko v Kenya* (2000) AHRLR 135 (ACHPR 2000) paras 27-28; *Amnesty International* (n 131) paras 77-80.

153 *Media Rights Agenda* (n 146).

154 *Media Rights Agenda* (n 146) paras 73-75.

155 *Scanlen* case (n 133).

156 *Scanlen* case (n 133) para 120.

157 General Comment 34 para 47.

158 The United Nations Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression 'Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression UN Doc E/CN 4/2001/64 (26 January 2001); Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, UN Doc E/CN 4/2000/63 (18 January 2000) para 52 (calling on States to repeal criminal defamation laws in favour of the use of civil remedies); Joint Declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression (10 December 2002).

159 M Pasqualucci 'Criminal defamation and the evolution of the doctrine of freedom of expression in international law: comparative jurisprudence of the InterAmerican Court of Human Rights' (2006) 39 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 379.

Moreover, the (Revised) FoE Declaration 2019<sup>160</sup> and several resolutions are clear on this issue. A 2010 resolution urged member states to repeal criminal defamation laws.<sup>161</sup> Moreover, the FoE Declaration recalls that freedom of expression is an indispensable component of democracy while stating that no one should 'be found liable for true statements, expressions of opinion, or statements which are reasonable to make in the circumstances'.<sup>162</sup> Accordingly, as the FoE Declaration 2019 affirms, states shall require Internet intermediaries to enable equal access to the Internet and shall not interfere with the free flow of information.<sup>163</sup> Again, '[s]tates shall not require Internet intermediaries to proactively monitor content',<sup>164</sup> but shall require Internet intermediaries to incorporate human rights standards, transparency and effective remedies into content removal processes though such removals shall not be required without due process and safeguards against unjustifiable restrictions on free speech online.<sup>165</sup> This soft-law guidance is crucial to mediate intermediary liability in a state-dominated regulatory environment as demonstrated by the case studies in part 3.

### 4.3 Adjudicating the reasonableness of social media-related criminal libel laws

The African Internet governance landscape is yet to acquire the sophistication of government-private sector regulation similar to Western nations. The African Commission would, sooner or later, have to adjudicate the problem of content regulation on social media. Its free speech jurisprudence would be of considerable assistance. First, such laws meet the necessity test only when 'drafted with sufficient clarity to enable an individual to adapt his behaviour' accordingly, and 'cannot give persons who are in charge of its application unlimited powers of decision'.<sup>166</sup> Second, to achieve legitimate purpose and be proportionate to and absolutely necessary for its benefits call for answers to the following: Are there sufficient reasons to justify the action? Is there a less restrictive solution? Does the action destroy the essence of the rights guaranteed by the Charter?<sup>167</sup> Since the African Commission is duty bound to adapt the Charter's provisions, as a living instrument, to new media or digital media, the answers must accord with free speech standards suited to article 9 purposes.

160 Adopted by the African Commission at its 65th Ordinary Session, 21 October to 10 November 2019, Banjul, The Gambia.

161 African Commission 'Resolution ACHPR/Res.174 (XLV111)10: Repealing Criminal Defamation Laws in Africa' 48th Ordinary Session, Banjul, The Gambia, 10-24 November 2010; 'Decriminalization of Expression (DOX) Campaign 2012'.

162 Principle 21(1)(a).

163 Principle 39(1).

164 Principle 39(2).

165 Principles 39(3) & (4).

166 *Malawi African Association v Mauritania* (2000) AHRLR 149 (ACHPR 2000).

167 *Zimbabwe Lawyers* (n 147 above) paras 176 & 178; *Constitutional Rights Project* (n 130) para 44 69; FoE 2019, Principle 21(1)(a) - (c) ('Protecting reputations').

The FoE Declaration 2019 also comes in handy. The FoE Declaration 2019 enjoins states to 'repeal laws that criminalise sedition, insult and publication of false news', and 'amend criminal laws on defamation and libel in favour of civil sanctions' while noting that custodial sentences for criminal defamation violate the right to freedom of expression.<sup>168</sup> Based on these principles, the Commission should not find it difficult to identify vague and overbroad provisions in Ethiopia's CCP 2016 and Nigeria's PIFM Bill 2019 (if passed as it is) and pronounce their harsh penalties for criminal libel as disproportionate restrictions on free speech.

## 5 CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS

This article analyses the criminalisation of defamatory misinformation on social media and its chilling effects on freedom of expression, particularly the imperative of an Africa-wide adjudicatory safeguard. Criminal defamation is a serious interference with freedom of expression and impedes the media's watchdog role. Consequently, a free, independent and diverse communications environment, including media diversity, which states have a positive obligation to promote, are key means of addressing falsehoods and misinformation online. While journalistic freedom allows for exaggeration and provocation it ought not to be at the expense of responsible reporting, good faith, and journalistic ethics. It is hereby recommended that instead of recourse to retrogressive laws, African governments must, through rigorous engagement with tech companies, endeavour to influence SNS' content policies within the context of public debate. Government-backed news organisations should endeavour to counter false news through fact-based reporting and release accurate and timely information. Cybercrime legislation must be diligently drafted in compliance with international free speech standards on proportionality and not used to silence legitimate speech while criminal and penal codes and cybercrimes laws on defamation must be repealed. States have a duty to develop rules on digital intermediaries' liability which must conform with freedom of expression principles. Content regulation must, as much as reasonable, be made amenable under a system of independent regulatory, administrative or judicial review.

168 Principles 22(2)(3) & (4).

# Perspectives africaines des droits de l'homme en droit international des investissements

*Randianina Radilofe\**

<https://orcid.org/0000-0001-9049-3256>

**RÉSUMÉ:** Pendant longtemps, le droit international des investissements ne s'est intéressé qu'à la promotion et à la protection des investissements étrangers sur le territoire d'un État. Or, la globalisation de l'économie a pu conduire à des dérives, et notamment des violations graves des droits de l'homme et du droit de l'environnement notamment la pollution massive des eaux, déplacements de population, travail des enfants et esclavage moderne. Si le droit international des investissements contribue à la croissance économique en attirant les capitaux étrangers, il ne doit pas couvrir les violations graves des droits fondamentaux des populations vulnérables. Cette contribution analyse les perspectives africaines de protection des droits de l'homme à la lumière du droit international des investissements. En effet, l'étude des traités d'investissements récemment conclus par les États permettra de démontrer qu'il existe une évolution dans la prise en compte de ces considérations. Outre les aspects substantiels, les aspects procéduraux ont également permis une meilleure appréhension des problèmes relatifs aux droits de l'homme et droit de l'environnement par le juge de l'investissement qu'est l'arbitre. Enfin, l'État d'origine de l'investisseur s'est progressivement saisi de la question en règlementant les activités de ses opérateurs économiques à l'étranger. La mise en œuvre de leur responsabilité fait encore aujourd'hui face à des difficultés. Malgré les difficultés de l'entreprise, ce travail de recherche met ainsi en perspective l'évolution des droits de l'homme dans la pratique africaine du droit international des investissements: la pratique des États au niveau régional et continental, la pratique des organisations non-gouvernementales, la pratique des juridictions régionales africaines qui peuvent avoir une influence indirecte sur la pratique des juridictions arbitrales impliquant les États africains.

## TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

### **African perspectives on human rights in international investment law**

**Abstract:** For years, international investment law was merely interested in the promotion and protection of foreign investment in a state's territory. However, globalisation of the economy have caused abuses, particularly serious violations of human rights and environmental law: massive water pollution, displacement of population, child labour, modern slavery, etc. Although international investment law contributes to economic growth by attracting foreign capital, it should not be an

\* Enseignant-chercheur contractuel de droit public de l'Université de Picardie Jules Verne; Docteur en droit (Université Côte d'Azur) (2019) et Titulaire d'un Master 2 en Droit économique et des affaires (2013) et d'un Master 2 en droit international et européen spécialité sécurité internationale (2014) de l'Université Côte d'Azur; [randiradilofe@yahoo.fr](mailto:randiradilofe@yahoo.fr)



excuse for serious violation of the rights of vulnerable populations. This article therefore analyses African perspectives on human rights under international investment law. Indeed, the study of recently concluded investment treaties will show that there is an evolution in the way these considerations are addressed. In addition to the treaties, procedural aspects have led to a better understanding of the human rights and environmental law issues by the arbitrator. Finally, the investor's home state has gradually taken up the issue by regulating the activities of its economic operators abroad. The implementation of their responsibility still faces difficulties nowadays. Despite the difficulties, this research puts into perspective the evolution of human rights in the African practice of international investment law: the practice of states at the regional and continental level, the practice of NGOs and associations, the practice of African regional courts which may have an indirect influence on the practice of arbitration courts involving African states.

**MOTS CLÉS:** droit des investissements internationaux, droits de l'homme, arbitrage transnational, peuples autochtones

**SOMMAIRE:**

1	Introduction.....	256
2	L'incorporation progressive des droits de l'homme dans la pratique conventionnelle du droit des investissements.....	258
3	Les droits de l'homme dans la pratique des tribunaux d'investissement ..	262
3.1	L'admission des demandes reconventionnelles.....	262
3.2	La pratique des <i>amici curiae</i> .....	267
4	La saisine d'entités tierces à l'État hôte .....	270
4.1	Les instruments contraignants et non-contraignants régionaux de protection des droits de l'homme.....	271
4.2	Le rôle des juridictions étrangères dans l'application des droits fondamentaux dans l'État hôte de l'investissement .....	273
5	Conclusion .....	275

**1 INTRODUCTION**

La libéralisation du commerce international a été suivie d'une forte compétition entre les pays d'Afrique, d'une concurrence entre les systèmes juridiques<sup>1</sup> pour attirer les investissements étrangers. Cette logique d'attractivité a pu amener à des abus sur les conditions de travail, les droits sociaux, les libertés démocratiques des populations locales dont les autorités nationales et les entreprises multinationales auraient pu être à l'origine.<sup>2</sup>

De plus, les règles nationales, régionales voire transnationales en matière sociale et environnementale évoluent disproportionnellement à la vitesse du marché globalisé. De fait, les relations entre droit des investissements et droits de l'homme sont tumultueuses, et mêmes opposées. En effet, cela s'explique par une logique contradictoire qui les anime. D'une part, une logique capitaliste caractérisée par la

1 Voir CA Michalet 'L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation' in C Leben & E Loquin & Mahmoud Salem (dirs) *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20 siècle, A propos de 30 ans de recherches du CREDIMI* (2000) 440; S Mohamed 'La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation' (2001) 15 *Revue internationale de droit économique* 251.

2 F Marella 'Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales' (2017) 385 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 33.

maximisation du profit, et donc de protection de l'investissement, et d'autre part, une logique de protection des droits fondamentaux des populations vulnérables. Les relations entre droits de l'homme et droit des investissements peuvent être qualifiées de contradictoires, ayant une logique diamétralement opposée: la défense des intérêts publics d'une part, et la maximisation de profit d'autre part. La protection des intérêts publics a pris une importance telle que, ces dernières années, elle s'est incorporée progressivement dans la pratique conventionnelle du droit des investissements.

En effet, l'investissement international est régi par des règles qui, à l'origine, avaient pour principal objectif de protéger l'investisseur étranger considéré comme «vulnérable» face au gouvernement d'un État.<sup>3</sup> A l'origine des premiers voyages commerciaux, les étrangers étaient craints ou méprisés, et privés de toute capacité juridique.<sup>4</sup> Ainsi, d'étranger soumis aux velléités de l'État hôte, l'investisseur est passé progressivement à la situation de «super privilégié»<sup>5</sup> par la consolidation de sa protection par le droit international, particulièrement le droit international des investissements.

Cette situation crée aujourd'hui un déséquilibre entre l'État et l'investisseur. En effet, la majorité des investissements internationaux est aujourd'hui régie par les traités internationaux d'investissements. L'observation de ces traités montre une asymétrie entre les obligations des investisseurs et les obligations de l'État. Un traité d'investissement retrace principalement les obligations à la charge de l'État sans mention d'obligations à la charge de l'investisseur. Finalement, un traité d'investissement est, et n'est rien de plus que ce que son nom l'indique: un accord de protection et promotion des investissements – du moins les modèles de première génération.

Aujourd'hui, le droit des investissements ne doit pas être pensé uniquement sous l'angle économique, protéger uniquement les intérêts de l'investisseur, et ainsi occulter les intérêts de l'État. En effet, les investissements internationaux posent aujourd'hui des problèmes majeurs en matière de droits de l'homme, notamment lorsque les sociétés transnationales peuvent être tenues responsables de violations des droits de l'homme à l'occasion de leurs activités. De plus, la faible résistance des droits nationaux face aux dérives corruptives peut gravement porter atteinte aux droits fondamentaux de la population locale.

Face à une crise de légitimité du droit international des investissements, des réformes sont progressivement menées pour tenir compte des considérations d'intérêt général qui, à l'origine, n'étaient

3 Voir B Nolbe 'Droit et technique des traités de commerce' (1924) 3 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 299.

4 MS Dougal & L-C Chen & HD Lasswell 'Protection of aliens from discrimination and word public order: responsibility of states conjoined with human rights' (1976) 70 *American Journal of International Law* 433-437.

5 WB Hamida *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris II (2003) 186.

pas incluses dans le régime juridique du droit des investissements internationaux.

La question se pose ainsi de savoir dans quelle mesure la pratique africaine du droit des investissements a contribué à l'évolution globale des considérations de droit de l'homme en droit international économique. L'analyse du régime juridique des investissements va permettre de rendre compte de l'évolution des droits de l'homme en la matière. Elle sera principalement étudiée à la lumière des traités internationaux et régionaux récents conclus par les États africains d'une part, et de la jurisprudence de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission africaine) et des tribunaux d'investissement, d'autre part.

Si la défense des intérêts publics a progressivement intégré la pratique conventionnelle du droit international des investissements (2) et le contentieux international de l'investissement (3), les juridictions régionales et étrangères se sont aussi saisies de ces problématiques liées aux activités des sociétés transnationales (4).

## **2 L'INCORPORATION PROGRESSIVE DES DROITS DE L'HOMME DANS LA PRATIQUE CONVENTIONNELLE DU DROIT DES INVESTISSEMENTS**

L'essentiel du droit international des investissements repose aujourd'hui sur les traités bilatéraux d'investissement.<sup>6</sup> L'analyse de ces traités d'investissement montre une asymétrie entre les obligations pesant sur les investisseurs et les obligations pesant sur l'État. L'objet principal de ces traités est de promouvoir et protéger les investissements étrangers.

Un simple regard sur le droit international contemporain permet de constater la place essentielle qu'occupe les traités internationaux d'investissement. Ils en sont aujourd'hui la composante essentielle.<sup>7</sup> Quelques milliers de traités d'investissement ont été conclus par les États,<sup>8</sup> traités qui ont pour objet d'encadrer les pouvoirs de l'État en prohibant toute forme d'abus, et ainsi garantir aux investisseurs une certaine stabilité juridique.<sup>9</sup>

6 Les traités bilatéraux d'investissement sont recensés au nombre de 2 896 aujourd'hui pour 2 339 en vigueur. Voir <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (consulté le 9 août 2020).

7 A De Nanteuil *Droit international de l'investissement* (2017) 92.

8 En 2018, 3 322 accords internationaux d'investissement ont été recensés. En 2017, le nombre d'accords conclus n'a jamais été aussi bas (18) depuis 1983. Voir CNUCED 'Rapport sur l'investissement 2018' (2018) xii [https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2018\\_overview\\_fr.pdf](https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2018_overview_fr.pdf) (consulté le 9 mai 2020)

9 C Leben 'Contrat d'État et droit international des investissements' (2003) *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 201.

De nombreuses critiques<sup>10</sup> ont conduit à la dénonciation de ces traités, notamment par les pays d'Amérique latine. En effet, l'une des critiques les plus virulentes, et certainement la plus partagée par l'opinion publique, tient au fait qu'un tribunal arbitral, une forme de justice privée, pourrait engager la responsabilité de l'État qui aurait pu prendre des mesures dans un but d'intérêt général,<sup>11</sup> telle que la protection contre les violations des droits fondamentaux de sa population.

Tenant compte des controverses, des réformes ont été ainsi menées afin de tenir compte de considérations extra-économiques que sont principalement les droits sociaux et environnementaux. Ainsi, les définitions des investissements couvertes par les traités connaissent désormais des limitations. Par exemple, des clauses qui visent à «préserver la liberté de l'État d'adopter les mesures nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre public et d'autres intérêts nationaux» sont insérées dans les nouveaux traités.<sup>12</sup> Selon la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), ces réformes mettent l'accent «sur le développement durable, le maintien d'une marge d'action réglementaire et l'amélioration (ou l'omission) du règlement des différends entre investisseurs et États».<sup>13</sup>

A titre d'illustration, pour le règlement des litiges, le traité bilatéral d'investissement (TBI) Rwanda-Émirats Arabes Unis conclu le 1er novembre 2017<sup>14</sup> prévoit un renvoi aux juridictions internes ou au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) suivant les conditions prévues par le traité en cas de litiges.<sup>15</sup> Le traité va encore plus loin en précisant le droit pour l'État de réglementer –<sup>16</sup> «*right to regulate*» pour reprendre la terminologie adoptée par le traité – notamment dans les domaines de santé publique, sécurité, droit de l'environnement et droit du travail.

10 M Sattorova 'Les pays en développement bénéficient-ils réellement des traités d'investissement? Les effets du droit international des investissements sur la gouvernance nationale' (2018) 9 *Investment treaty news* 9.

11 Pour une analyse de la critique Lire A De Nanteuil 'Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement?' (2017) 1 *Journal du droit international* 55.

12 C Crepet Daigremont 'Les sources du droit international des investissements' in C Leben (dir) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* (2015) 96.

13 Daigremont (n 12) 96.

14 Toutefois, le TBI n'est pas encore entré en vigueur.

15 'Provided the conditions set out in Article 13 are met, an Investor-State Dispute may be submitted either to the competent domestic courts of the Contracting Party in whose Territory the Investment has been made or arbitration by either party under: a) the ICSID Convention, if both Contracting Parties are party to the ICSID Convention; or b) the ICSID Additional Facility Rules, if only one Contracting Party is a party to the ICSID Convention; or c) the UNCITRAL Arbitration Rules, as applicable on the date of signature of this Agreement, unless the parties to the Investor-State Dispute agree otherwise; or d) any other arbitration rules on which the parties to the Investor-Dispute agree'.

16 Voir l'Article 9 du TBI Rwanda Emirats Arabes Unis '*Right to Regulate*'.

Par ailleurs, s'inspirant de la décision *Salini*,<sup>17</sup> le TBI Nigéria-Maroc constitue également un modèle de traité d'investissement prévoyant des dispositions innovantes qui concilient développement durable et investissement.<sup>18</sup> Outre les obligations «traditionnelles» incombant à l'État, le traité prévoit une série d'obligations pesant sur l'investisseur. C'est notamment le cas à ses articles 14, 18, 19 et 24 qui établissent des obligations telles que le respect des droits de l'homme dans le droit interne de l'État hôte ou de l'État d'accueil ou le respect des normes de gouvernance d'entreprise au niveau national et international. L'article 18(1) exige notamment des investisseurs étrangers de «*[keep] with good practice requirements relating to the size and nature of the investment, maintain an environmental management system. Companies in areas of resource exploitation and high-risk industrial enterprises shall maintain a current certification to ISO 14001 or an equivalent environmental management standard.*»

Au niveau régional, le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA), la Communauté économique des États de l'Afrique de l'ouest (CEDEAO) ou encore la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC) ont adopté des instruments juridiques en matière d'investissement qui visent à responsabiliser les investisseurs sur les questions relatives aux droits de l'homme. Ainsi, en 2007, la COMESA a adopté un accord d'investissement – l'Accord de la Zone d'investissement commune de la COMESA (ZICC) – qui limite le champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée.<sup>19</sup>

En 2008, la CEDEAO a adopté un acte supplémentaire sur la protection des investissements, entré en vigueur en janvier 2009. Cet acte met l'accent sur la responsabilisation des investisseurs en distinguant l'obligation de pré-établissement à l'article 12 de l'Acte,<sup>20</sup> et ainsi mener des études d'impact social et environnemental préalablement à l'établissement.

Puis, en 2012, la SADC a adopté un traité ainsi qu'un protocole d'investissement qui mettent l'accent sur la contribution de l'investissement au développement durable.<sup>21</sup> Le préambule de l'Annexe 1 du Protocole précise les principaux objectifs de la SADC et reprend à plusieurs reprises la notion de «développement durable» ou «*sustainable development*» parmi ces objectifs.

17 *Affaire Salini et Italstrade v Royaume du Maroc* CIRDI (23 juillet 2001) (2002) *Journal du droit international* 196.

18 Voir T Gazzini 'Nigeria and Morocco Move Towards a "A New Generation" of Bilateral Investment Treaties' (2017) *EJIL Talk!* <https://www.ejiltalk.org/nigeria-and-morocco-move-towards-a-new-generation-of-bilateral-investment-treaties/> (consulté le 9 août 2020)

19 L'article 22(1)(a)(b) et (c) du texte.

20 Voir l'article 12(1) *Pre-establishment impact assessment*.

21 Voir les articles 1 & 4; 14 & 17; 21 & 29 de l'Accord.

Enfin, au niveau continental, le code panafricain des investissements procède à un véritable rééquilibrage entre les intérêts des investisseurs et les intérêts publics<sup>22</sup> en formulant des obligations à l'encontre des investisseurs,<sup>23</sup> en insistant sur le droit des États de réguler, et enfin des exceptions au traitement de la nation la plus favorisée en «vue de protéger ou d'atteindre des objectifs légitimes de bien être public comme la santé publique, la sécurité et l'environnement» tel que prévoit l'article 8 du code. Le Code panafricain des investissements constitue une véritable exception africaine en matière d'accord d'investissement en octroyant la protection internationale uniquement aux investissements «durables». Il faut toutefois souligner que le code est principalement un instrument d'orientation pour les États, et l'article 3 précise qu'il n'a pas vocation à affecter «les droits et obligations des États membres découlant de tout accord d'investissement existant».

Outre le code panafricain des investissements, l'accord portant création de la Zone de libre échange continentale africaine (ZLECAF) met également au centre de ses objectifs<sup>24</sup> des valeurs telles que la promotion du développement durable, le développement socio-économique inclusif et durable et l'égalité des genres.

L'insertion de dispositions visant à la protection des droits de l'homme dans les traités d'investissement se banalise progressivement.<sup>25</sup> Cependant, même si les accords dites de nouvelle génération tiennent compte de nouvelles considérations relatives aux droits de l'homme, notamment pour limiter les entraves au pouvoir normatif de l'État dans un but d'intérêt général, les accords de première génération représentent plus de 90 % du régime des accords internationaux d'investissement aujourd'hui.<sup>26</sup> Aussi, faut-il se tourner vers les juges de l'investissement pour faire évoluer la pratique en la matière.

22 Voir notamment les articles 22 sur l'obligation de contribuer au progrès économique, social et environnemental, l'article 23 sur l'exploitation des ressources naturelles locales ou l'article 24 sur l'obligation pour l'investisseur de respecter l'éthique commerciale et les droits humains du Code panafricain des investissements, EA15660 – 15, décembre 2016.

23 Voir également l'Article 20 du Code panafricain des investissements sur les obligations socio-politiques des investisseurs.

24 Voir notamment l'article 3 des Objectifs généraux.

25 F Pascual-Vives 'Investissements étrangers et protection des intérêts publics' in C Titi (dir) *Droits de l'homme et droit international économique* (2020) 180.

26 Les accords de deuxième génération n'étant pas encore en vigueur dans tous les pays en développement qui ont adopté les réformes (le cas du Mozambique ou du Rwanda par exemple).

### 3 LES DROITS DE L'HOMME DANS LA PRATIQUE DES TRIBUNAUX D'INVESTISSEMENT

Le juge de l'investissement, qui tient sa compétence des traités d'investissement, constitue un des acteurs principaux qui peut mettre en œuvre les droits de l'homme en droit des investissements. Si les traités d'investissement actuellement en vigueur accordent une importance moindre aux considérations sociales et environnementales à la charge de l'investisseur, des réformes procédurales ont été menées pour faire évoluer la pratique arbitrale avec l'admission des demandes reconventionnelles d'une part, et des *amici curiae* d'autre part.

#### 3.1 L'admission des demandes reconventionnelles

L'une des critiques majeures qui ressort des traités d'investissement à l'égard de l'arbitrage transnational réside dans la qualité de demandeur de l'investisseur, et de défendeur de l'État d'accueil devant un tribunal arbitral, la réciprocité n'étant pas vraie. En effet, d'un côté, l'investisseur dispose de la faculté de saisir un tribunal arbitral transnational sur le fondement du traité d'investissement. Alors que, d'un autre, l'État ne dispose pas de cette faculté, ce qui présente un déséquilibre<sup>27</sup> en défaveur de l'État.<sup>28</sup>

En outre, l'essor de l'arbitrage d'investissement par l'évolution jurisprudentielle «aussi brutale qu'inattendue»<sup>29</sup> dans les années 1990 pose le problème de l'équilibre plus fondamentalement. En effet, un TBI n'était utile que s'il se fondait sur un contrat, d'où, par ailleurs, leur appellation d'origine de «traités parapluies».<sup>30</sup> La jurisprudence connue sous le nom *AAPL c. Sri Lanka*<sup>31</sup> constitue alors un tournant majeur dans le contentieux du droit contemporain de l'investissement. En effet, le tribunal arbitral CIRDI s'est déclaré compétent pour trancher un litige sur le seul fondement du TBI Royaume-Uni-Sri Lanka qui contenait une clause compromissoire renvoyant à l'arbitrage CIRDI, l'investissement n'étant pas appuyé sur un contrat avec les

27 E Gaillard 'L'avenir des traités de protection des investissements' in C Leben *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* (2015) 967. Il faut rappeler que ce déséquilibre a été justifié, à l'origine, par le souci de protection de l'étranger face à la puissance de l'État.

28 En ce sens voir Hamida (n 5).

29 De Nanteuil (n 7) 48.

30 Il s'agissait principalement d'instruments destinés à couvrir une relation contractuelle entre un État et un investisseur étranger. Aussi, la saisine d'une justice arbitrale internationale n'était possible que si un contrat existait entre l'investisseur et l'État d'accueil, et que ce contrat prévoyait la possibilité d'une telle saisine, Voir De Nanteuil (n 7) 48.

31 *Affaire Asian agricultural products ltd. (AAPL) c. République du Sri Lanka* CIRDI (27 juin 1990) ARB/87/3 ILM (1990) 580.

autorités mais reposant uniquement sur des liens entre l'investisseur de Hong Kong<sup>32</sup> et des personnes privées sri lankaises.

Le tribunal a ainsi considéré que cette disposition vaut engagement des deux États à se soumettre à l'arbitrage avec un ressortissant de l'autre État en cas de litige, et ainsi la reconnaissance d'un droit de saisine directe du tribunal arbitral au profit de l'investisseur. Deux ans auparavant, dans une sentence *SPP c. Egypte*,<sup>33</sup> un tribunal arbitral avait admis pour la première fois un arbitrage à l'initiative de la personne privée sur le fondement d'une loi nationale de l'État d'accueil, la loi nationale relative aux investissements étrangers faisant référence à l'arbitrage international pour le règlement des litiges valant ainsi offre permanente d'arbitrage.

Cette technique que la doctrine qualifie de «consentement dissocié»<sup>34</sup> des parties à l'arbitrage a eu pour principal effet d'augmenter le nombre d'instances arbitrales, et ce, même en l'absence d'une clause d'arbitrage traditionnelle, et de fait, de multiplier les traités d'investissement au cours des vingt dernières décennies.

Le développement de l'arbitrage transnational unilatéral pose alors la question de la possibilité pour l'État de relever des violations des droits de l'homme sur son territoire devant les tribunaux arbitraux. En effet, ces tribunaux ont eu à connaître des droits de l'investisseur. La question des droits de l'État d'accueil ne se pose pas, car ces droits n'ont pas été insérés dans le traité d'investissement sur la base duquel le tribunal arbitral tire sa compétence.

Il a donc fallu introduire des mécanismes pour «briser» ce déséquilibre caractérisé par un investisseur disposant de la possibilité d'attirer un État devant un tribunal arbitral sur la base d'un TBI ou d'une loi nationale, et ce, même en l'absence d'un contrat. L'investisseur dispose d'une protection large en droit international des investissements.

De son côté, pendant très longtemps en droit international des investissements, l'État n'a pas eu la possibilité de faire reconnaître la violation des droits de l'homme commis par un investisseur étranger sur son territoire devant le juge de l'investissement.<sup>35</sup> On comprend ainsi très bien la qualification d'arbitrage transnational unilatéral que confère la doctrine à l'arbitrage d'investissement,<sup>36</sup> la procédure n'allant que dans un sens, celui de l'investisseur.

32 Il faut noter que l'on se situe à une époque où Hong Kong n'a pas encore été rétrocédé à la Chine.

33 *Affaire Southern Pacific Properties c. République d'Égypte* CIRDI (14 avril 1980) ARB/84/3 *JDI* (1994) 220.

34 WB Hamida 'L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu: dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé' (2005) 7 *International Law FORUM du droit international* 261.

35 WB Hamida (n 34) 261.

36 Sur cette qualification, voir Hamida (n 5) 26; A Prujinier 'L'arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?' (2005) *Revue de l'arbitrage* 61.



Ces questions sont d'autant plus cruciales que les débats en matière d'extraction de ressources naturelles sont principalement orientés sur la responsabilisation des investisseurs privés et le souci d'encadrer juridiquement leurs activités dans les pays en développement,<sup>37</sup> connus pour être plus tolérants sur ces questions, et ce, dans un souci d'attirer les capitaux étrangers.

Des réformes ont alors été menées dans la procédure d'arbitrage, tenant compte de ces problèmes majeurs en matière de droits de l'homme et droit de l'environnement. La procédure reconventionnelle a ainsi été pensée en ce sens.<sup>38</sup> En droit de l'arbitrage transnational, la procédure de demande reconventionnelle est le mécanisme au cours de l'arbitrage d'investissement par lequel un État défenderesse se porte lui-même demandeur contre le requérant en formant une demande incidente.

L'admission d'une demande reconventionnelle dans l'arbitrage d'investissement permet d'assurer un rééquilibrage entre les intérêts économiques de l'investisseur, et les intérêts des États, et particulièrement des populations autochtones<sup>39</sup> touchées directement par les investissements internationaux. En effet, d'un arbitrage transnational unilatéral à l'initiative de l'investisseur à l'origine, une brèche s'ouvre en permettant à l'État d'introduire une demande reconventionnelle en cas de violation grave des droits de l'homme et de l'environnement, et ce, pour protéger les intérêts publics. L'État peut ainsi tenter d'obtenir une indemnisation complémentaire, et dans certains cas, tendre à faire échouer la procédure en cours.<sup>40</sup>

Si la possibilité d'introduire une demande reconventionnelle devant le CIRDI était dans l'esprit des rédacteurs de la Convention de Washington,<sup>41</sup> on a pu voir que la formulation des clauses de règlement des différends dans les traités d'investissement constituait une base fragile pour l'aboutissement d'une telle procédure. En effet, les rédacteurs de la Convention de Washington n'étaient pas au fait des

37 L. Liberti 'Investissements et droits de l'homme' in P. Khan & T. Walde (dir.) *Les aspects nouveaux du droit des investissements – New aspects of international investment law* (2007) 791.

38 N. Monebhurrin 'La demande reconventionnelle comme procédure permettant d'engager la responsabilité environnementale des investisseurs: l'exemple du droit international des investissements' (2020) 45 *Revue juridique de l'environnement* 516.

39 Sur la question de la protection des populations autochtones, L. Lankarani 'Le droit international et l'accès à la justice sociale des peuples autochtones' in M. Bidault et autres *Réciprocité et universalité, Sources et régimes du droit international des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux* (2017) 949; voir également, V. Vadi 'Heritage, power, and destiny: the protection of indigenous heritage in international investment law and arbitration' (2019) 50 *George Washington International Law Review* 725.

40 Sur ce point, voir W. B. Hamida 'Les demandes reconventionnelles dans la jurisprudence arbitrale récente relative aux investissements' (2010) 10(37) *Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB* 68.

41 Voir *Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (18 mars 1965) 41 para 13.

subtilités des traités d'investissement que l'on connaît aujourd'hui et qui dominant le droit international des investissements.<sup>42</sup>

Face à l'obstacle des traités d'investissement, la doctrine est allée jusqu'à qualifier les États de «défendeurs perpétuels»,<sup>43</sup> de parties ayant «tout à perdre»<sup>44</sup> allant jusqu'à «une tendance dominante de déception pour l'État demandeur reconventionnel».<sup>45</sup> Selon les statistiques, seulement 5 % des affaires CIRDI incluaient des demandes reconventionnelles durant les 45 premières années de la Convention. Et, la première demande reconventionnelle ayant abouti en février 2017 comme on a pu l'observer avec l'affaire *Burlington*<sup>46</sup> et ses spécificités.

Ces «30 ans d'échec»<sup>47</sup> sont principalement dus aux critères restrictifs posés par la jurisprudence arbitrale. Et, dans les cas les plus récents où les tribunaux se déclaraient compétents pour connaître de la demande reconventionnelle, les demandes étaient rejetées car elles étaient considérées comme mal fondées.

La première affaire dite *Hamester c. Ghana*<sup>48</sup> qui ouvre véritablement la voie aux demandes reconventionnelles impliquait une société de droit allemand et l'État Ghanéen. Le Ghana introduit une demande reconventionnelle au motif que le comportement de la société partie de l'accord de «joint-venture» a fait subir un préjudice moral et des pertes matérielles à celui-ci. Malgré l'échec de la demande, la doctrine voit cette brèche ouverte par la jurisprudence comme un accueil favorable aux demandes reconventionnelles,<sup>49</sup> le tribunal s'étant déclaré incompétent, le fondement présenté par le Ghana étant qualifié d'insuffisant.<sup>50</sup>

Cependant, l'année suivante, l'élan porté par la jurisprudence *Hamester* semble s'être arrêté par la sentence *Roussalis c. Roumanie*<sup>51</sup> où le tribunal arbitral s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande reconventionnelle au motif que les parties n'avaient pas consenti à la possibilité pour l'État d'accueil d'introduire une demande reconventionnelle à partir du moment où le TBI Grèce-Roumanie

42 N Rubins 'Les demandes reconventionnelles dans l'arbitrage CIRDI' in WB Hamida, A Ngwanza & JB Harelimana (dir) *Un demi-siècle africain d'arbitrage d'investissement CIRDI, Regards rétrospectifs et prospectifs* (2019) 184.

43 IC Popova & F Poon 'From perpetual respondent to aspiring counterclaimant? State counterclaims in the new wave of investment treaties' (2015) 2 *BCDR International Arbitration Review* 223.

44 A Vohryzek-Griest 'State counterclaims in investor-state disputes: a history of 30 years of failure' (2009) 83 *Revista colombiana de derecho internacional* 86.

45 'Even on the rare occasions that counterclaims appear to have been raised, the pervading trend has been one of disappointment for the counterclaiming State', Lire T Kendra 'State counterclaims in investment arbitration – a new lease of life?' (2013) 9 *Arbitration International* 580.

46 *Affaire Burlington Resources Inc. c. Équateur* CIRDI (7 février 2017) ARB/08/5.

47 Rubins (n 42) 185; Vohryzek-Griest (n 44) 86.

48 *Affaire Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. République du Ghana* CIRDI (18 juin 2010) ARB/07/24.

49 Hamida (n 5) 68.

limitait les procédures arbitrales aux obligations prévues par ledit traité.<sup>52</sup>

L'étape supplémentaire pour l'introduction de demande reconventionnelle a été franchie par la sentence *Urbaser*<sup>53</sup> où le tribunal s'est prononcé pour la première fois sur sa compétence matérielle<sup>54</sup> en considérant que le champ de compétence pouvant lui être soumis ne se limitait pas aux droits découlant directement de l'application ou de l'interprétation du TBI, que les TBI ne pouvaient être interprétés et appliqués «dans le vide», et être interprétés en harmonie avec les autres règles de droit international avec lesquelles il forme un ensemble, incluant les règles relatives aux droits de l'homme. La demande de l'Argentine a cependant été rejetée au motif qu'elle était mal fondée.

L'affaire *Burlington*<sup>55</sup> constitue une sentence, non seulement, sans précédent en matière de demande reconventionnelle mais aussi inédite dans la mesure où la question de la compétence ne s'était point posée, les parties ayant conclu un accord au début de la procédure admettant l'introduction de demande reconventionnelle par l'État équatorien.

Pour autant, malgré les échecs, l'analyse des sentences montre une volonté des arbitres et des institutions arbitrales de procéder à un rééquilibrage dans l'arbitrage transnational unilatéral en évoluant les techniques procédurales par l'introduction de nouvelles modalités telles que les *amici curiae*.

50 Affaire *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG* (n 50) para 355-356: 'However, in the absence of any submissions on the nature of the Respondent's counterclaim under the BIT, the Tribunal is unable to analyse whether it is capable, in accordance with Article 46 of the Convention, of falling within the parties' scope of consent. In any event, it would appear that the counterclaim is based on Hamester's alleged fraudulent conduct and breach of fiduciary duty in connection with the initiation of and performance under the JVA. The ROG is not a party to the JVA and the Tribunal has concluded that Cocobod is not an organ of the Ghanaian State. The acts of which the Respondent principally complains concern alleged losses suffered by Cocobod – not the ROG. Since, as noted, Cocobod is neither a Party to the arbitration nor an organ of the State, the Tribunal does not have jurisdiction over claims in respect of its alleged losses arising out of the JVA'.

51 Affaire *Spyridon Roussalis c. Roumanie* CIRDI (7 décembre 2011) ARB/06/01.

52 Affaire *Spyridon Roussalis* (n 4) para 873. Toutefois, voir l'opinion dissidente du Pr Reisman (jointe à la sentence) qui estime qu'en concluant le TPI, le Burundi a par là même accepté que les différends qui seraient soumis à l'arbitrage dans le cadre du CIRDI soient réglés dans les conditions et selon les procédures fixées par la Convention de Washington. Il a notamment accepté que les demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles présentées en cours d'instance soient examinées par le Tribunal dans les conditions fixées par l'article 46 de la Convention et l'article 40 du Règlement d'arbitrage. En acceptant l'offre contenue dans le TPI, les consorts Goetz ont à leur tour accepté qu'il en soit ainsi. Ce double consentement donne compétence au Tribunal pour connaître des demandes reconventionnelles'.

53 Affaire *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine* CIRDI (8 décembre 2016) ARB/07/26.

54 Affaire *Urbaser SA* (n 2) para 1191 & 1200.

55 Affaire *Burlington Ressources Inc. c. Équateur* CIRDI (7 février 2017) ARB/08/5.

### 3.2 La pratique des *amici curiae*<sup>56</sup>

Depuis 2006, le règlement d'arbitrage CIRDI admet les mémoires d'*amicus curiae*, sous certaines conditions prévues à l'article 37 du Règlement. Le continent africain est un terrain d'études foisonnant en matière de mise en œuvre de l'*amicus curiae*. Le mécanisme des *amici curiae* vient renforcer les réformes en matière de droit de l'homme. En effet, un *amicus curiae*, entité indépendante au litige, apporte son expertise au tribunal arbitral pour l'éclairer sur l'issue de la sentence arbitrale, et ce, sous la forme d'un mémoire. Si l'arbitre n'est pas juridiquement lié par l'expertise des *amicus curiae*, il a la possibilité d'en tenir compte dans la sentence arbitrale, ce qui peut avoir un impact sur l'issue même de la demande reconventionnelle d'un État. Les « amis de la cour » constituent ainsi une évolution intéressante pour soutenir les demandes reconventionnelles sur le fondement de violations de droits de l'homme et droit de l'environnement. Trois principales affaires africaines font ainsi évoluer la pratique sur le continent africain: *Biwater Gauff (Tanzanie) Ltd. c. Tanzanie*,<sup>57</sup> *Piero Foresti, Laura de Carli & Others c. Afrique du Sud*,<sup>58</sup> et *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe*.<sup>59</sup>

#### 3.2.1 L'affaire *Biwater Gauff (Tanzanie) Ltd. c. Tanzanie*<sup>60</sup>

Cinq organisations non-gouvernementales<sup>61</sup> ont demandé l'autorisation de participer aux phases écrites et orales de la procédure et d'avoir accès aux soumissions écrites des parties. Au soutien de leur demande, elles estiment qu'en l'absence d'accès aux documents de la procédure, le tribunal devait interpréter de manière souple les conditions de l'article 37(2); que leur expertise leur permettait d'obtenir une perspective différente des parties sur le litige; qu'elles limiteraient leur expertise au champ du litige; que le litige revêtait un caractère public; et enfin, elles ont rappelé le rôle important joué par les

56 Sur les détails de l'affaire et la pratique d'*amici curiae* voir R Radilofe 'Enclavement juridique et investissements internationaux: essai sur un phénomène de droit transnational' (2019) Thèse de doctorat en droit, Université Côte d'Azur.

57 Affaire *Biwater Gauff (Tanzanie) Ltd. c. Tanzanie* CIRDI (2 février 2007) ARB/05/22.

58 Affaire *Piero Foresti, Laura de Carli & Others c. Afrique du Sud* CIRDI ARB/07/01 (30 juin 2009).

59 Affaire *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe* CIRDI (28 juin 2015) ARB/10/15.

60 Affaire *Biwater Gauff* (n2) Ordonnance de procédure No 5 sur l'*amicus curiae* du 2 février 2007.

61 *The Lawyers' Environmental Action Team (LEAT), The Legal and Human Rights Center (LHRC), The Tanzania Gender Networking Program (TGNP), The Center for International Environmental Law (CIEL), The International Institute for Sustainable development (IISD).*

*amici curiae* en terme de crédibilité et de légitimité des arbitrages d'investissement.<sup>62</sup>

La partie demanderesse au litige s'est opposée à la demande d'intervention des ONG en tant qu'*amici curiae*,<sup>63</sup> tandis que la partie étatique, comme on pouvait s'en douter, a favorablement accueilli la demande.<sup>64</sup> La jurisprudence *Biwater Gauff* est éclairante dans la pratique des *amici curiae* dans la mesure où le tribunal, en répondant à l'argument de la partie demanderesse qui a estimé qu'aucun intérêt largement compris n'était mis en cause, a considéré que

*even if Claimant ultimately proves that such wider interests, as a matter of fact, are untouched by its claim, the observation of the tribunal in the Methanex case still applies with force, namely that: 'the acceptance of amicus submissions would have the additional desirable consequence of increasing the transparency of investor state arbitration.'*<sup>65</sup>

A la lumière de cette jurisprudence, on voit l'évolution du rôle octroyé par les tribunaux CIRDI aux *amici curiae*. En effet, les *amici curiae* permettent d'éclairer sur des points d'intérêt public du litige tels que le développement durable, l'environnement ou les droits de l'homme, le service public des eaux dans une grande métropole susceptible d'affecter des millions de personnes en l'espèce, et soutenir les arguments de la partie étatique. Cependant, ce rôle se limite à cet aspect général et consultatif.<sup>66</sup>

### 3.2.2 L'affaire *Piero Foresti, Laura de Carli & Others c. Afrique du Sud*<sup>67</sup>

Dans cette affaire, quatre ONG<sup>68</sup> – deux sud-africaines et deux internationales – ont soumis une demande d'intervention, l'affaire étant soumise au règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI,<sup>69</sup> règlement qui comporte des dispositions analogues aux articles 37(2) et 32(2) du Règlement arbitral. La demande d'intervention était admise par le tribunal arbitral par une décision du 11 septembre 2009, décision où le tribunal précise que les parties mettraient à disposition des parties intervenantes leurs écritures et consultations juridiques, la liste des témoins et experts relatifs aux faits et au *quantum* du dommage sans, toutefois, en révéler le contenu.<sup>70</sup>

62 Affaire *Biwater Gauff* (n 3) ordonnance de procédure No 5 sur l'*amicus curiae* du 2 février 2007, para19-24.

63 para 31-37.

64 para 42-44.

65 para 54.

66 C Kaplan 'L'intervention des tiers' in WB Hamida & A Ngwanza & JB Harelimana (dirs) *Un demi-siècle africain d'arbitrage d'investissement CIRDI, Regards rétrospectifs et prospectifs* (2019) 199.

67 *Piero Foresti et autres* (n 2) Avis de motion: demande d'admission en qualité d'*amicus curiae* du 30 juin 2009.

68 Center for Applied Legal Studies (CALs), Legal Resources Center (LRC), The Center for International Environmental Law (CIEL), International Center for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS).

69 Voir Article 39(2) et 41(3) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI.

Le tribunal justifie ainsi sa décision en invoquant le rôle des *amici curiae* et rappelle que *ceux-ci* lui permettent de donner des informations et arguments afin de l'éclairer dans sa décision, sans pour autant révéler des informations relevant des parties. Le tribunal s'assure ainsi que la procédure se déroule correctement en tenant compte des informations et arguments des parties intervenantes, tout en respectant les droits des parties litigantes.

En l'espèce, l'affaire a fait l'objet d'une transaction, et les ONG n'ont pas pu être entendues au cours d'une audience. Cependant, malgré la résolution de l'affaire par une transaction, la sentence du 4 août 2010 sur les frais montre l'évolution de la jurisprudence quant au rôle des *amici curiae* au cours d'une instance. En effet, les parties intervenantes (les ONG) ont pu avoir accès aux pièces du dossier,<sup>71</sup> certes de manière limitée, contrairement à l'affaire *Biwater Gauff*. En outre, le tribunal s'est laissé la possibilité de s'exprimer sur la participation ou l'intervention au cours de l'audience des *amici curiae*. Le tribunal adopte ainsi une approche moins restrictive de l'intervention des *amici curiae* au cours de l'instance arbitrale, un arbitrage qui était auparavant limité aux deux parties que sont l'État et l'investisseur.<sup>72</sup> De plus, le tribunal lui-même précise l'importance des *amici curiae*: ils permettent de les éclairer sur des points d'expertise en matière de droits de l'homme.

### 3.2.3. L'affaire *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe*<sup>73</sup>

Cette affaire concerne une expropriation alléguée de domaines forestiers au Zimbabwe. Concernant l'intervention d'*amicus curiae*, contrairement aux affaires précédemment abordées, la question de la recevabilité<sup>74</sup> des interventions était au cœur de l'admission ou non par le tribunal de cinq ONG, quatre locales et une internationale.<sup>75</sup> D'une manière classique, les parties intervenantes ont sollicité l'admission de leurs observations écrites et l'accès aux principaux documents de la procédure.

70 *Piero Foresti et autres* (n 58) Lettre du secrétariat du tribunal du 25 septembre 2009: '*NDP participation is intended to enable NDPs to give useful information and accompanying submissions to the Tribunal, but is not intended to be a mechanism for enabling NDPs to obtain information from the Parties*'; Sentence sur les coûts du 4 octobre 2010.

71 Ce qui était inenvisageable auparavant dans un arbitrage d'investissement.

72 Kaplan (n 66) 204.

73 Affaire *Bernhard von Pezold et autres* (n 59).

74 Affaire *Bernhard von Pezold et autres* (n 59), Ordonnance de procédure n°1 du 26 juin 2012.

75 *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR).

La partie demanderesse s'oppose à la demande en faisant valoir, d'une part, que la procédure ne mettait pas en cause les droits des communautés indigènes<sup>76</sup> et que l'ECCHR n'avait pas de connaissances particulières susceptibles d'éclairer le tribunal dans sa décision.<sup>77</sup> Elle ajoute que l'indépendance au sens de l'article 37(2) des *amici curiae* était compromise dans la mesure où les demandeurs au litige n'étaient pas étrangers aux parties défenderesses. En effet, les membres de la communauté indigène avaient occupé une partie du domaine faisant l'objet du litige. Un conflit d'intérêts dans la procédure ne serait donc pas à exclure.

Dans cette affaire, le raisonnement adopté par le tribunal met l'accent sur les tensions de l'admission des *amici curiae*. En effet, le tribunal doit concilier des intérêts contraires: la nécessité d'assurer une procédure «juste, équitable et efficace» et la volonté de «faire valoir un intérêt général, qui, par définition, dépasse celui, plus limité, des parties en présence».<sup>78</sup>

Cependant, face à la crise de légitimité des investissements par la prétendue sur protection des intérêts des investisseurs privés, il a été nécessaire d'introduire des mécanismes tels que les «amis de la cour» pour tenter de concilier ces différents intérêts en permanente tension. Des auteurs ont notamment souligné la nécessité d'autoriser les *amici curiae*, relevant d'une approche progressiste du contentieux international des investissements.<sup>79</sup> Les *amici curiae* ont permis une ouverture des tribunaux arbitraux d'investissement. En effet, leur intervention, certes peut être limitée, peut avoir une conséquence sur la décision des arbitres, et notamment sur les questions d'intérêt public tels que démontrent ces trois affaires africaines devant le CIRDI.

Outre l'incorporation des droits de l'homme dans le droit international des investissements, les juridictions tierces à l'État hôte se sont également saisies de ces questions au cœur des préoccupations face à un marché globalisé.

#### 4 LA SAISINE D'ENTITÉS TIERCES À L'ÉTAT HÔTE

Si les droits de l'homme s'intègrent progressivement dans les instruments juridiques du droit des investissements, les juridictions régionales africaines comme étrangères se sont intéressées aux

76 Affaire *Bernhard von Pezold et autres* (n 59); Affaire *Border timbers limited, border timbers international (private) limited, and hangani development co. (private) limited c. République du Zimbabwe*, CIRDI (26 juin 2012) ARB/10/25, Ordonnance de procédure no 1 du 26 juin 2012, para 31.

77 Affaire *Bernhard von Pezold et autres* (n 59), para 9.3.5 & 35.

78 Kaplan (n 66) 206.

79 Intervention de MM Mbengue 'Due diligence et droit international des investissements' 70 ans de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme, Due diligence des Etats, des entreprises et des individus*, Société de législation comparée Paris (10 décembre 2018).

activités économiques pouvant affecter les droits fondamentaux des populations locales.

#### 4.1 Les instruments contraignants et non-contraignants régionaux de protection des droits de l'homme

Les peuples autochtones d'Afrique habitent le plus souvent sur des terres faisant l'objet de valorisation économique par les autorités dans le cadre d'exploitation des ressources naturelles ou de projets touristiques. Sur le fondement de la Charte africaine des droits de l'homme et de peuples, et conformément à l'article 56, la Commission africaine peut connaître d'allégations de violation des droits de l'homme. Ces droits recouvrent notamment le droit de propriété, le droit à la libre disposition de leurs richesses ou de leurs ressources naturelles.

Ainsi, pour la première fois en 2001, dans *Ogoni*, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a eu à connaître d'allégation de violation des droits de l'homme du peuple Ogoni au Nigeria.<sup>80</sup> En l'espèce, les autorités nationales nigérianes ont procédé à une vente des terres du peuple Ogoni à des exploitants industriels. La Commission africaine a ainsi considéré que le gouvernement nigérian a violé l'article 21 de la Charte sur la libre disposition des richesses et des ressources naturelles des peuples, et ce, en permettant à une compagnie pétrolière d'exploiter leurs terres.

Dans une autre affaire, *Endorois*,<sup>81</sup> la Commission africaine s'est penchée sur la question de la spoliation de terres ancestrales de la communauté Endorois. Celle-ci estime qu'elle a droit à une réparation pour violation de ses droits collectifs sur ses terres et ses ressources naturelles. Selon la communauté, les autorités kényanes ont procédé à un déplacement de la communauté dans le but de créer une réserve naturelle sur leurs terres ancestrales dans les années 1970. Les frais de relocation n'ont pas été assurés dans leur intégralité et le déplacement du peuple Endorois a conduit à la perte d'une partie de leurs ressources agricoles. En outre, les Endorois qui se sont rendus sur leurs terres ancestrales ont été arrêtés par les autorités kényanes.<sup>82</sup>

80 *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v Nigeria* (2001) Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, No 155/96, 30e sess, 15e rapport d'activité (2001); Voir également CA Odinkalu 'Analysis of paralysis or paralysis by analysis? Implementing economic, social and cultural rights under the African Charter on Human and Peoples' Rights' (2001) 23 *Human Rights Quarterly* 327-69 et 346-7.

81 *Center for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) c. Kenya* (2009), Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, No 276/03, 46e sess, 27e Rapport d'activité (2009).

82 T Braun & L Mulvagh *Le système africain des droits humains: un guide pour les peuples autochtones* (2008) 9.



Les Endorois ont intenté un recours devant la Cour d'appel kenyane, recours qui n'a pas été couronné de succès. Aussi, la Commission africaine a été saisie sur le fondement de l'article 55 de la Charte.<sup>83</sup> La Commission a ainsi condamné le Kenya pour violation des droits fondamentaux de la communauté Endorois,<sup>84</sup> du droit à la propriété, à la libre disposition de leurs richesses et ressources naturelles, à la libre pratique de leur religion, à leur culture et à leur développement.<sup>85</sup>

Enfin, dans une affaire encore plus récente de 2017, la décision *Ogiek* devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples,<sup>86</sup> la Commission africaine a renvoyé l'affaire à la Cour africaine au motif que l'existence de violations graves ou massives des droits humains était établie.<sup>87</sup> Dans une décision historique du 26 mai 2017, la Cour confirme le droit de propriété du peuple *Ogiek* sur leurs terres ancestrales. Selon la Cour, le lien existant entre leur territoire et leur capacité de pratiquer librement leur religion suffit à constituer une atteinte à la liberté de pratiquer leur religion, liberté prévue à l'article 2 et à l'article 8 de la Charte. En outre, en reconnaissant le statut de population autochtone à la communauté *Ogiek*,<sup>88</sup> la Cour estime, selon le paragraphe 109 de la décision, que l'expulsion ou la privation d'accès à leur territoire pour exercer leur droit à leur culture par les autorités nationales n'était pas justifiée:

S'agissant de la priorité dans le temps, les différents rapports et mémoires déposés par les parties devant la Cour indiquent que les *Ogiek* ont la priorité dans le temps en ce qui concerne l'occupation et l'utilisation de la forêt de Mau.

Ainsi, la Cour enjoint les autorités kényanes à prendre toutes les mesures nécessaires dans des délais raisonnables pour remédier aux violations.

83 Pour le détail procédural, voir OD Ndayambaje 'La contribution de la reconnaissance des droits des peuples autochtones à la protection de l'environnement à la lumière de l'affaire Endorois c. Kenya' (2016) 29 *Revue québécoise de droit international* 173-190.

84 K Sing'oei *Manuel sur la promotion et protection des droits des populations communautés autochtones à travers le système africain des droits de l'homme* (2012) 9; O Dismas Ndayambaje 'La contribution de la reconnaissance des droits des peuples autochtones à la protection de l'environnement à la lumière de l'affaire Endorois c. Kenya' (2016) 29 *Revue québécoise de droit international* 173.

85 Voir JNP Francis, C Beninger & S Beninger 'Traditional knowledge as a genetic resource: protections for sustainable development in Africa' (2014) 2 *Revue africaine de droit de l'environnement* 79-100.

86 *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya* (26 mai 2017) Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Décision 6/2012.

87 Il faut noter que la Commission africaine ne dispose d'aucun pouvoir de sanction, à l'inverse de la Cour africaine. Elle émet principalement des recommandations. La gravité des violations peut ainsi justifier le renvoi d'une affaire de la Commission à la Cour africaine, organe de contentieux. Voir N Eba Nguema 'La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et sa mission de protection des droits de l'homme' (2017) 11 *Revue des droits de l'homme* 9.

88 Sur le fondement des recherches menées par la Commission et du rapporteur spécial des Nations Unies sur les questions relatives aux minorités Lire para 105-106 de la Décision.

La pratique montre une évolution de la protection des droits des populations autochtones du fait de décisions d'autorités nationales en faveur d'investissements nationaux comme étrangers. Les décisions *Endorois* et *Ogiek* ont une influence indirecte sur le droit des investissements africain. En effet, même si l'évolution semble limitée dans la mesure où les entités régionales ne peuvent s'adresser qu'aux États parties à la convention, et non aux investisseurs, ces décisions constituent des signaux importants aux investisseurs qui seraient tentés de violer les droits de l'homme dans une réserve naturelle ou sur le territoire des peuples autochtones. En renvoyant aux États, la Commission peut exercer une «influence par ricochet» sur les investisseurs étrangers et les risques d'un litige. Par exemple, en cas d'arbitrage d'investissement, rien n'exclut l'introduction d'une demande reconventionnelle et l'intervention d'*amicus curiae* sur le fondement de ces violations. On pourrait ainsi envisager que les *amici curiae* dans le cadre d'un arbitrage d'investissement puissent se référer, du moins en partie, aux décisions de la Commission, ce qui pourrait avoir éventuellement une conséquence considérable sur l'issue de l'arbitrage. Cela ne lierait certainement pas les arbitres. Toutefois, il serait envisageable que les arbitres tiennent compte des décisions de la Commission à titre consultatif à travers les ONG et associations en tant qu'*amicus curiae* dans la procédure d'arbitrage transnational.

#### 4.2 Le rôle des juridictions étrangères dans l'application des droits fondamentaux dans l'État hôte de l'investissement

Il existe aujourd'hui un mouvement de «cosmopolitisation des juges nationaux» à travers la notion de «compétence universelle»,<sup>89</sup> c'est-à-dire un mouvement d'harmonisation, ou du moins une tentative d'harmonisation, des décisions autour de valeurs communes telles que les droits de l'homme et le droit de l'environnement. Le phénomène d'«extraterritorialité du droit»<sup>90</sup> ou d'application à l'étranger du droit national représente un vecteur de ce mouvement.

La loi française sur le devoir de vigilance en est une illustration des plus récentes. En effet, elle crée une obligation pour certaines sociétés<sup>91</sup> de créer «un plan de vigilance» à visée principalement préventive, et ce, afin de prévenir les atteintes aux droits fondamentaux, aux dommages corporels, environnementaux et sanitaires. Ce devoir de vigilance s'impose aux sociétés dans leurs activités directes comme indirectes, c'est-à-dire qu'il vise également leurs filiales et sous-traitants.

89 JB Racine 'Vers un ordre public mondial?' in L Boy et autres (dirs) *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique* (2011) 433.

90 M Audit, R Bismuth & A Mignon Colombet 'Sanctions et extraterritorialité du droit américain: quelles réponses pour les entreprises françaises?' (2015) 1-2 *La semaine juridique édition générale* 64-65.

91 Voir les conditions de l'article 1 de la loi.

Cette loi trouve son origine dans l'effondrement en 2013 du Rana Plaza, un immeuble regroupant des ateliers de confection au Bangladesh, qui a conduit à la disparition de 1 138 victimes, employées pour la totalité par des sous-traitants de grandes marques de textiles. On se sert des opérateurs transnationaux pour en faire les vecteurs du droit français, en rejetant, en l'espèce, les normes de sécurité en vigueur au Bangladesh.

Les normes sont portées par le droit français, mais restent cependant, d'origine internationale. En effet, la loi sur le devoir de vigilance s'est inspirée des principes Ruggie et des principes directeurs de l'OCDE destinés à protéger les droits de l'homme et le développement social. Les événements liés aux entreprises ou sociétés transnationales se sont multipliés: corruption, pollution de l'environnement, violation grave des droits de l'homme qui inclut l'exploitation des enfants et des communautés autochtones.

Les législations qui mettent en place des instruments pour engager la responsabilité des sociétés-mères pour une violation des droits de l'homme et droit de l'environnement se multiplient. Cette année encore, le 1er janvier 2020, est entrée en vigueur la loi sur la diligence raisonnable contre le travail des enfants aux Pays-Bas, loi adoptée le 14 mai 2019.<sup>92</sup> Cette loi introduit un devoir de prévention de l'approvisionnement en biens et services produits par le travail des enfants. Les critères liés à la nationalité ont été exclus de la loi au seul profit de critères liés aux activités conduites aux Pays-Bas. Cette loi vient ainsi élargir la compétence du juge aux entreprises étrangères présentes sur le territoire néerlandais. Toutefois, comparée à son homologue français, la loi se limite la compétence du juge au travail des enfants, tandis que la loi sur le devoir de vigilance porte sur les droits humains et sur l'environnement.

De nombreuses juridictions européennes et américaines ont été récemment saisies sur le fondement de ces lois qui ont vocation à donner une compétence extraterritoriale au juge national pour les activités impliquant les filiales à l'étranger de sociétés-mères dont elles sont ressortissantes. C'est notamment le cas au Royaume-Uni, aux Pays-Bas ou encore au Canada. A titre d'illustration, les tribunaux hollandais ont eu à connaître d'une affaire impliquant la multinationale Shell au Nigeria pour des violations de droit de l'environnement et droits de l'homme.<sup>93</sup>

En France, les juridictions françaises ont été récemment saisies par des ONG ougandaises et françaises sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance. La multinationale française Total devient ainsi la première entreprise à être saisie sur le fondement de cette loi pour une insuffisance du plan de vigilance en matière environnementale ainsi que de sa mise en œuvre.<sup>94</sup> En l'espèce, les ONG estiment qu'un projet

92 *Wet zorgplicht kinderarbeid*, 2019.

93 Pour une analyse détaillée des procès impliquant la multinationale Shell voir Amnesty international *Legal actions against the oil multinational* (2020) 32 p.

94 Ordonnance de référé du 30 janvier 2020, No R.G.: 19/02833 – No Portalis DB3R-W-B7D-VIPX.

d'exploitation du pétrole dont Total est actionnaire viole les droits fondamentaux des populations locales. Une première audience historique a eu lieu le 20 décembre 2019 au Tribunal judiciaire de Nanterre, tribunal qui se déclare incompétente au profit du tribunal de commerce le 30 janvier 2020 au motif que «l'élaboration et la mise en œuvre du plan de vigilance participent directement du fonctionnement des sociétés commerciales et font partie de leur gestion».<sup>95</sup> Les ONG interjettent appel de la décision, l'affaire étant actuellement pendante.

La multiplicité de ces affaires témoigne d'une approche progressiste du droit dans la mise en œuvre de la responsabilité des multinationales, malgré la difficulté de la relation entre société-mère et filiale. Cependant, l'affaire impliquant Total pour ses activités en Ouganda démontre la difficulté à l'heure actuelle de la mise en œuvre de la responsabilité des sociétés-mères pour les activités de leur filiale.

## 5 CONCLUSION

La question des rapports entre investissements internationaux et droits de l'homme dans le domaine de l'exploitation des ressources naturelles constitue un terrain d'études privilégié des intérêts en contradiction.<sup>96</sup> De nombreuses actions judiciaires sont aujourd'hui menées par les associations et ONG devant les juridictions étrangères pour des faits commis en territoire africain par des multinationales. Si les juridictions étrangères se sont saisies de la question des droits de l'homme, les tribunaux d'investissement ne sont pas pour autant en reste. En effet, la pratique permet d'observer une approche progressiste du droit international des investissements par les arbitres en incorporant des considérations d'intérêt public dans les sentences arbitrales.

Les recherches montrent une évolution positive, certes encore insatisfaisante au regard de la pratique, de l'articulation entre droits de l'homme et droits des investissements. Si les traités d'investissement de nouvelle génération incluent des obligations à la charge de l'investisseur, la majorité des investissements internationaux à l'heure actuelle sont régis par les anciens traités. Les modèles de traité «Maroc-Nigeria» restent encore une exception qui devrait se généraliser, les droits de l'homme et le droit de l'environnement devant être liés au droit des investissements par le biais des traités.

En outre, le développement du recours aux *amici curiae* dans les arbitrages d'investissement, mais également de la croissance des contentieux relatifs au déploiement à l'étranger des filiales de sociétés-mères européennes comme américaines démontrent du rôle croissant des ONG et associations africaines dans la prise en compte des considérations de droits de l'homme en droit international des

95 Ordonnance de référé du 30 janvier 2020, No R.G.: 19/02833 – No Portalis DB3R-W-B7D-VIPX.

96 L Liberti 'Investissements et droits de l'homme' in P Khan & Th Walde (dirs) *Les aspects nouveaux du droit des investissements investissements – New Aspects of International Investment Law* (2007) 791.

investissements. Toutefois, leur implication reste aujourd'hui limitée dans la procédure d'arbitrage transnational, dans la mesure où elle ne dispose que d'un rôle purement consultatif.

Un rééquilibrage des intérêts par les différentes techniques du droit international<sup>97</sup> et une nouvelle manière d'appréhender le droit des investissements se font progressivement par la pratique conventionnelle comme jurisprudentielle. On constate ainsi que le droit international et régional africain, et les acteurs africains eux-mêmes, jouent un rôle déterminant dans ce rééquilibrage, autant dans l'adoption des traités dits de nouvelle génération que la jurisprudence qui se veut progressiste. La doctrine va jusqu'à parler de «décolonisation» ou «africanisation du droit international des investissements».<sup>98</sup>

97 Voir notamment en ce sens, l'intervention du Professeur Makane Mbengue lors de la conférence de lancement de l'association Africarb, MM Mbengue 'Traité, initiatives et négociations récentes à l'échelle régionale et continentale: de nouvelles normes en matière d'investissement?' *Arbitrage en Afrique: quo vadis ?* Université Paris II Panthéon-Assas, Africarb (14 juin 2018).

98 MM Mbengue "La loi des nations est faite de fer"? Reconnaissance et "décolonisation" du droit international des investissements' in E Tourme-Jouannet & A Geslin (dirs) *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international?* (2019) 97; MM Mbengue & S Schacherer 'The "Africanization" of International Investment Law: the Pan-African Investment Code and the reform of the international investment regime' in MM Mbengue & S Schill (dirs) *Africa and the Reform of the International Investment Regime Journal of World Trade and Investment* (2017) 414.

## **II**

**SPECIAL FOCUS ON THE AFRICAN  
UNION'S THEME FOR 2019: SILENCING  
THE GUNS: CREATING CONDUCTIVE  
CONDITIONS FOR AFRICA'S  
DEVELOPMENT**

**FOCUS SPECIAL SUR LE THEME DE  
L'UNION AFRICAINE POUR L'ANNEE  
2019: FAIRE TAIRE LES ARMES EN  
AFRIQUE: CRÉER UN ENVIRONNEMENT  
PROPICE AU DÉVELOPPEMENT**



# A vehicle for peacebuilding or cloak of impunity? The Zimbabwe National Peace and Reconciliation Commission

*Delis Mazambani\**

<https://orcid.org/0000-0001-5437-564X>

*Nicol Tinashe Tapfumaneyi\*\**

<https://orcid.org/0000-0002-4996-4957>

**ABSTRACT:** This article interrogates the efficacy of truth commissions as mechanisms for peacebuilding and reconciliation in Africa, with reference to Zimbabwe's National Peace and Reconciliation Commission (NPRC). It questions the credibility and effectiveness of this institution in an attempt to establish whether the NPRC is a vehicle for peacebuilding or just a veil covering state impunity. Through a review of literature, the article explores the efficacy of the NPRC in comparison with the truth commissions established in Rwanda and South Africa. The article establishes that some of the challenges faced by the NPRC include a limited tenure, suppression of truth, limited institutional independence and resources, lack of political will, as well as usurpation of functions by the executive. Lessons identified from South Africa and Rwanda include adoption of diverse peacebuilding initiatives such as combining restorative justice with reparation, and provision of psychosocial care so as to achieve holistic reconciliation. In order to strengthen the capacity of the NPRC to usher in sustainable peace in Zimbabwe and enhance its credibility, the authors recommend extension of the tenure of the NPRC, truth-telling, cessation of state control and interference with operations of the NPRC, and adequate resourcing it.

## TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

### **Mécanisme de consolidation de la paix ou instrument d'impunité? La Commission nationale pour la paix et la réconciliation du Zimbabwe**

**RÉSUMÉ:** Cet article questionne l'efficacité des «commissions vérité» en tant que mécanismes de consolidation de la paix et de réconciliation en Afrique avec un accent particulier sur la Commission nationale pour la paix et la réconciliation du Zimbabwe (NPRC). Il remet en question la crédibilité et l'efficacité de cette institution pour tenter de déterminer si le NPRC est un mécanisme de consolidation de la paix ou simplement un voile couvrant l'impunité de l'État. À travers une revue de la littérature, l'article explore l'efficacité du NPRC en comparaison avec les commissions vérité établies au Rwanda et en Afrique du Sud. L'article établit que certains des défis auxquels le NPRC est confronté comprennent un mandat limité, la suppression de la vérité, une indépendance institutionnelle et des ressources limitées, un manque de volonté politique, ainsi que l'usurpation de ses fonctions par l'exécutif. Les leçons identifiées de l'Afrique du Sud et du Rwanda comprennent l'adoption de diverses initiatives de

\* LLB and LLM (Harare), Doctoral Candidate in Peace, Leadership and Governance (Africa University), Executive Secretary of the Zimbabwe Human Rights Commission; dellismaz@gmail.com

\*\* BSC in Politics and Public Management (Gweru), Master's Student in Public Policy at the Park Chung Hee School of Policy and Saemaul (Yeungnam University); nttapfumaneyi@gmail.com



consolidation de la paix telles que la combinaison de la justice restauratrices et la réparation, ainsi que la fourniture de soins psychosociaux afin de parvenir à une réconciliation holistique. Afin de renforcer la capacité du NPRC à impulser une paix durable au Zimbabwe et d'améliorer sa crédibilité, les auteurs recommandent l'extension du mandat du NPRC, la révélation de la vérité, la cessation du contrôle de l'État et l'interférence avec les opérations du NPRC, et de la ressourcer.

**KEY WORDS:** Truth and Reconciliation Commissions, Zimbabwe, efficacy, peacebuilding, sustainable peace

**CONTENT:**

1	Background.....	278
2	Justification for establishment of a national peacebuilding mechanism in Zimbabwe .....	280
3	The National Peace and Reconciliation Commission.....	280
3.1	Major impediments to the effectiveness of the NPRC in executing its constitutional mandate.....	282
3.2	Milestones of the NPRC.....	287
4	Lessons for NPRC from the Truth and Reconciliation Commission of South Africa .....	289
4.1	Performance of South Africa's TRC.....	289
4.2	Lessons for NPRC from South Africa's TRC .....	290
4.3	Lessons for NPRC from the National Unity and Reconciliation Commission of Rwanda .....	291
5	Transitional justice in Zimbabwe: strengthening the effectiveness and enhancing the credibility of the NPRC.....	295
6	Recommendations.....	297

**1 BACKGROUND**

Aspiration 4 of the African Union Agenda 2063 calls for a peaceful and secure Africa. In particular, paragraph 32 provides that mechanisms for peaceful prevention and resolution of conflicts should be functional at all levels. In response to this call, diverse transitional justice mechanisms have been put in place in order to prevent recurrence of both intra-state and inter-state conflict and violence in Africa. Truth commissions are one such mechanism established in line with Sustainable Development Goal 16, which seeks to promote attainment of peaceful, inclusive and just societies by 2030.

Hayner posits that a truth commission or a truth and reconciliation commission is a temporary body with a constitutional or statutory mandate, which is established with the aim of identifying the causes and consequences of abuses by oppressive regimes or armed groups.<sup>1</sup> The mandate of a truth commission is to investigate human rights violations, war crimes or other serious abuses that took place over a period of time, perpetrated by the State and in some instances by non-state actors, in the hope of resolving conflicts carried over from the past. Some of the key characteristics are that a truth commission focuses on the past, as opposed to ongoing events; it investigates a pattern of events that took place over a period of time; it engages directly and broadly with the affected population gathering information on their experiences and is supposed to conclude its mission with a final

1 PB Hayner *Unspeakable truth: facing the challenge of truth commissions* (2002).

report, including recommendations for ensuring non-recurrence of the hostilities and atrocities.<sup>2</sup>

Historically, truth commissions have operated since the mid-1980s but Latin America was the pace setter in the establishment of the first institutions for 'truth-telling'. Even though these institutions were not referred to as 'truth commissions', they served the same function as modern day institutions with a similar mandate. Some of the institutions were referred to as 'National Commission for the Disappeared' (Argentina, 1983); and 'Commission for Historical Clarification' (Guatemala, 1999). It was only in the 1990s that the term 'truth commission' was popularised through establishment of Commissions such as: Chile's National Commission for Truth and Reconciliation in 1990.<sup>3</sup>

In Africa, some of the most prominent commissions are the Truth and Reconciliation Commission of South Africa, which was established in 1995, and Rwanda's National Unity and Reconciliation Commission, established in 1999.<sup>4</sup> Zimbabwe is one of the late comers in as far as establishment of truth commissions is concerned. Its National Peace and Reconciliation Commission was established by the 2013 Constitution of Zimbabwe but its enabling law was only promulgated five years later in 2018.<sup>5</sup> The Commission lost five years of its life, which have to be reinstated if the institution is expected to serve its intended purpose and achieve the anticipated post-conflict justice, healing and reconciliation.

This article contributes to the body of knowledge on transitional justice and national peacebuilding mechanisms in Africa by adding the Zimbabwean perspective, through a discussion of the challenges and opportunities faced by the National Peace and Reconciliation Commission (NPRC), in the discharge of its constitutional mandate. The research also makes a comparison of the NPRC with the Truth and Reconciliation Commission of South Africa and Rwanda's National Unity and Reconciliation Commission in order to have a regional perspective of the general challenges and opportunities encountered by Africa's national peacebuilding mechanisms. Furthermore, appropriate measures can be put in place to enhance their capacities and effectiveness. Findings from this research can assist the NPRC to learn from the successes and challenges encountered by its predecessors in Rwanda and South Africa. Such lessons have the potential to promote attainment of sustainable peace and development at both national and regional levels.

2 RG Teitel *Transitional justice* (2000).

3 PJ Arroyo 'Truth and reconciliation commissions and the search for justice: a comparative study of Chile, Argentina and Guatemala' Claremont McKenna Colleges Senior Theses. 1783, 2018.

4 EB Mawhinney 'Restoring justice: lessons from truth and reconciliation in South Africa and Rwanda' (2015) 36 *Hamline University's School of Law's Journal of Public Law and Policy* 25.

5 See section 251 of the 2013 Constitution of Zimbabwe and the National Peace and Reconciliation Commission Act [Chapter 10:32].

The article commences with a background which puts into context the concept of truth commissions and also provides a brief context to the establishment of these institutions. In order to justify the establishment of Zimbabwe's NPRC, the research delves into a historical conflict analysis of post-independence Zimbabwe, which is followed by a discussion on the establishment, functions as well as challenges faced by the NPRC. A comparison is then made between the NPRC, South Africa's Truth and Reconciliation Commission as well as Rwanda's National Unity and Reconciliation Commission, after which a conclusion and lessons for Zimbabwe wind up the article.

## **2 JUSTIFICATION FOR ESTABLISHMENT OF A NATIONAL PEACEBUILDING MECHANISM IN ZIMBABWE**

The history of Zimbabwe is inundated with varied intra-state conflicts which were characterised by violence and extra-judicial killings of some members of the general populace, such as the Matabeleland massacres where an estimated 30 000 people perished.<sup>6</sup> Since 1980, several peacemaking and peace building efforts have been initiated by the government and other external players in order to restore peace in Zimbabwe. However, these initiatives failed since they did not adequately delve into the primary root causes of the conflicts and violence, hence the continued escalation of internal conflict and hostilities to date.<sup>7</sup> This state of affairs necessitated the operationalisation of a specialised national institution with the mandate to promote peacemaking and peacebuilding. The NPRC is one of the independent Commissions supporting democracy established in Chapter 12 of the Constitution which has the mandate of ensuring post-conflict justice, healing and reconciliation in Zimbabwe.<sup>8</sup>

## **3 THE NATIONAL PEACE AND RECONCILIATION COMMISSION**

The NPRC is one of the five independent Commissions supporting democracy in Zimbabwe, which were established in terms of section 232 under Chapter 12 of the Constitution. The collective objectives of the Chapter 12 Commissions as highlighted in Section 233 of the Constitution are:

- a) to support and entrench human rights and democracy;

6 The Catholic Commission for Justice and Peace in Zimbabwe 'Report on the 1980s disturbances in Matabeleland and the Midlands' (1997) 13.

7 R Murambadoro & C Wielenga 'Reconciliation in Zimbabwe: the conflict between a state-centred and people-centred approach' (2015) 37 *Strategic Review for Southern Africa* 31 at 52.

8 See Preamble to the National Peace and Reconciliation Commission Act [Chapter 10:32].

- b) to protect the sovereignty and interests of the people;
- c) to promote constitutionalism;
- d) to promote transparency and accountability in public institutions;
- e) to secure the observance of democratic values and principles by the state and all institutions and agencies of government, and government-controlled entities; and
- f) to ensure that injustices are remedied.

NPRC shares these common objectives with the other Chapter 12 Commissions, namely, the Zimbabwe Electoral Commission (ZEC), Zimbabwe Human Rights Commission (ZHRC), Zimbabwe Gender Commission (ZGC), and the Zimbabwe Media Commission (ZMC). This means that in the execution of its constitutional mandate, which is centred on ensuring post-conflict justice, healing and reconciliation, the NPRC should support and entrench human rights and democracy, including good governance, and also contribute towards justice delivery and the rule of law through its role as an alternative dispute resolution mechanism.<sup>9</sup>

Over and above the collective establishment and role of the NPRC together with other independent Commissions, the NPRC was established by section 251 of the Constitution. Its functions are outlined in section 252 as follows:

- a) To ensure post-conflict justice, healing and reconciliation;
- b) To develop and implement programmes to promote national healing, unity and cohesion in Zimbabwe and the peaceful resolution of disputes;
- c) To bring about national reconciliation by encouraging people to tell the truth about the past and facilitating the making of amends and the provision of justice;
- d) To develop procedures and institutions at a national level to facilitate dialogue among political parties, communities, organisations and other groups, in order to prevent conflicts and disputes arising in the future;
- e) To develop programmes to ensure that persons subjected to persecution, torture and other forms of abuse receive rehabilitative treatment and support;
- f) To receive and consider complaints from the public and to take such action in regard to the complaints as it considers appropriate;
- g) To develop mechanisms for early detection of areas of potential conflicts and disputes, and to take appropriate preventive measures;
- h) To do anything incidental to the prevention of conflict and the promotion of peace;
- i) To conciliate and mediate disputes among communities, organisations, groups and individuals; and
- j) To recommend legislation to ensure that assistance, including documentation, is rendered to persons affected by conflicts, pandemics or other circumstances

These diverse functions cover alternative dispute resolution through facilitation of dialogues, handling and investigation of complaints, development of rehabilitation programmes, development of conflict early warning systems, facilitating law reform related to peacebuilding and any other relevant related functions. In spite of these numerous functions, section 251 of the Constitution contains a sunset clause that

9 See sec 233 of the Constitution which outlines common objectives of Independent Commissions.

states that the NPRC only has a ten-year lifespan. It defies logic to expect such a temporary institution to effectively discharge these multifarious functions, which even a permanent Commission is likely to struggle to effectively fulfil during an indefinite life span.

### **3.1 Major impediments to the effectiveness of the NPRC in executing its constitutional mandate**

An analysis of the NPRC's legal framework, reports and scholarly works shows that some of the major impediments to the effective execution of the constitutional mandate of the NPRC include:

#### **3.1.1 Limited tenure**

As already highlighted, the NPRC has a ten-year lifespan. In spite of the existence of the sunset clause, there was a protracted delay in enactment of the Commission's enabling legislation due to lack of political will. However, the coming in of the new dispensation led by President Emmerson Mnangagwa saw the promulgation of the National Peace and Reconciliation Act [Chapter 10:32] in 2018, creating hope that the Commission was going to be fully operational and capacitated to execute its constitutional mandate.

Even though members of the Commission were appointed by the President as far back as 2016, there was no secretariat to implement the Commission's strategy and resolutions, thus further paralysing the work of the NPRC. This delayed operationalisation of the NPRC has a bearing on fulfilment of the long list of functions outlined in section 252 of the Constitution and expanded in the enabling Act. Hence, it becomes virtually impossible for the Commission to effectively deliver on its mandate given the further limited operational period. Some stakeholders are also pessimistic on the Commission's capacity to conclude its mission successfully and fulfil citizens' expectations of having a transformed Zimbabwe, characterised by nationhood, unity, tolerance and sustainable positive peace, given the above-mentioned shrinkage of its tenure.<sup>10</sup>

In order to assist the NPRC to claim its lost operational time, a former opposition member of the National Assembly made a court application to the High Court seeking an order to allow reinstatement of the five years that the NPRC lost before full operationalisation. The Court granted this order, but the government lodged an appeal against the judgment.<sup>11</sup> This court challenge by the government is a huge disappointment and contrary to dictates of good governance. The

10 R Murambadoro 'One year after: has the National Peace and Reconciliation Commission Act failed Zimbabweans?'(2019) <https://kujenga-amani.ssrc.org/2019/02/07/one-year-after-has-the-national-peace-and-reconciliation-commission-act-failed-zimbabweans/> (accessed 27 July 2020)

11 'High court extends NPRC's tenure to 2028' Zimbabwe situation 22 March 2019, <https://www.zimbabwesituation.com/news/high-court-extends-nprcs-tenure-to-2028/> (accessed 27 July 2020).

government is culpable by prejudicing citizens through delayed operationalisation of the Commission and thereafter refusing to make amends by reinstating the lost period of the NPRC's tenure. With the appeal still pending in the courts of law, the fate of the NPRC's lifespan therefore remains in limbo.

### 3.1.2 Suppression of the truth

In countries emerging from periods of great political turmoil the question of how to deal with the past has been a decisive part of the conflict transformation process.<sup>12</sup> In comparison with other similar commissions in Africa such as the TRC of South Africa, the NPRC's main focus is peace and reconciliation but truth-telling is not given much prominence. Yet peace and reconciliation cannot be fully achieved without knowing the truth of the motivations and justifications behind perpetration of past hostilities and atrocities. Section 252(c) of the NPRC's enabling Act states that the Commission should bring about national reconciliation by encouraging people to tell the truth about the past and facilitating the making of amends and the provision of justice.<sup>13</sup> From this provision, truth telling is not prioritized as was the case in South Africa's TRC.

The TRC had a mandate to uncover the truth about past human rights violations.<sup>14</sup> It sought closure on apartheid-era human rights violations, disappearances and state-sponsored political violence. The NPRC can only encourage people to tell the truth but truth-telling is not mandatory. Truth-telling was made an ancillary element of reconciliation. This anomaly raises the question of whether the NPRC will be in a position to adequately interrogate and address the root causes of conflict and offer recommendations for dealing with impunity, without knowing the truth. Where the truth has negative repercussions on perpetrators and their accomplices, encouragement to tell the truth is not good enough, without some form of coercion and penalties for failing, refusing or neglecting to tell the truth.

Truth-telling is indispensable in addressing past human rights violations and facilitating reconciliation. Two Commissions of Inquiry were established in Zimbabwe in 1981 and 1983 to deal with the plethora of injustices flowing from the past. However, reports and recommendations made by the Dumbutshena and Chihambakwe Commissions of Inquiry have not been released to date.<sup>15</sup> As a sign of disgruntlement with the Government for withholding the truth some activists from Matabeleland Province protested demanding release of

12 J Sarkin 'The necessity and challenges of establishing a truth and reconciliation commission in Rwanda' (1999) 21 *Human Rights Quarterly* 767 at 823.

13 Heal Zimbabwe Trust 'Pathways to peace and reconciliation: literature lessons for Zimbabwe' (2018) Peace, Healing and Reconciliation Series 1.

14 See sec 3 of the Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995.

15 The Dumbutshena Commission of Inquiry was set up in 1981 to investigate the Entumbane uprisings which took place in Matabeleland just after independence. The Chihambakwe Commission of Inquiry was set up in 1983 to investigate 'Gukurahundi' massacres in Matabeleland and parts of Midlands Provinces.

the Chihambakwe Commission of Inquiry Report. The media reported that the NPRC's public hearings were disturbed by activists who demanded the release of the Chihambakwe Commission of Inquiry report.<sup>16</sup> This continued agitation and unrest shows that survivors still want to know the truth of what transpired during the 1981 and 1983 disturbances in Matabeleland and Midlands Provinces.

That is why Ndlovu-Gatsheni and Benyera lament the fact that there has never been any serious national commitment to finding the truth, establishing effective justice mechanisms, and mapping long lasting reconciliation in Zimbabwe.<sup>17</sup> They argue that peace and reconciliation cannot be fully realised without knowing what happened in the past. Failure to confront the past in a comprehensive manner obstructs justice, reconciliation and nation building.<sup>18</sup> The creation of the NPRC is therefore viewed as an effort to forge national unity and reconciliation through denial of the truth.<sup>19</sup>

It can be argued, therefore, that there cannot be any closure to issues of violence in the absence of effective justice and truth-telling mechanisms. Endless denial and victim blaming on the part of those who committed those heinous acts signifies a serious flaw of the peacebuilding approach by both the government and NPRC to engage with the past in a holistic manner. It is the responsibility of the government to provide its citizens with the truth of what transpired during the darkest periods in the history of Zimbabwe so that peace and reconciliation can be holistically achieved and sustained.<sup>20</sup>

### 3.1.3 Resource constraints

Section 235(2) of the Constitution provides that the state and all institutions and agencies of government at every level, must assist Independent Commissions and protect their independence, impartiality, integrity and effectiveness. The NPRC is, therefore, entitled to adequate support including funding so that it can execute its constitutional mandate. However, in spite of this guarantee the Commission still faces resource constraints, including financial and human resources. As of July 2020, the Complaints Handling and Investigations Department, which is supposed to conduct nation-wide investigations of human rights violations emanating from conflict from the pre-colonial to date, only has two officers. This is a huge handicap brought about by the freezing of positions on the Commission's

16 'NPRC chair meets disgruntled Matabeleland CSOs' *Newsday* 16 April 2018 <https://www.newsday.co.zw/2018/04/nprc-chair-meets-disgruntled-matabeleland-csos/> (accessed 20 July 2020).

17 SJ Ndlovu-Gatsheni & E Benyera 'Towards a framework for resolving the justice and reconciliation question in Zimbabwe' (2015) 15 *African Journal on Conflict Resolution* 9 at 33.

18 JL Gibson 'The contribution of truth to reconciliation: lessons from South Africa' (2006) 50 *Journal of Conflict Resolution* 409 at 432.

19 D Tshuma 'Reconciliation, integration and healing in Zimbabwe' (2018) *Conflict Trends Research Gate*.

20 Tshuma (n 19).

organogram by the government. To ameliorate this staff deficit, the Commission has resorted to seeking secondment of police officers from the Zimbabwe Republic Police to assist with investigations. Although necessitated by under-staffing, this working arrangement undermines the independence of the NPRC since most cases of violence against citizens in Zimbabwe emanate from the conduct of state agencies such as the police and the military. It is therefore not guaranteed that the police officers seconded to the NPRC will act impartially when investigating cases involving their colleagues or superiors.<sup>21</sup>

### 3.1.4 Lack of institutional independence

Institutional independence is the driving force that reinforces a national institution's legitimacy and credibility. The success of truth commissions pivots on their ability to establish and uphold legitimacy with ordinary citizens.<sup>22</sup> The NPRC should therefore be independent and also seen as being independent in the execution of its constitutional mandate. The Commission should refrain from operating under the authority and direction of the executive since this undermines its effectiveness and credibility as a national institution. The NPRC reports to Parliament through one of the Vice Presidents who is responsible for peace and reconciliation.<sup>23</sup> This capture of the NPRC by the executive undermines its efficacy as a national peacebuilding mechanism. That is why after four decades of independence, the nation is still desperately in need of a holistic and comprehensive truth, justice and reconciliation mechanism.<sup>24</sup>

Another contentious provision is section 10(7) of the NPRC Act, which is viewed as a major stumbling block to national healing and reconciliation processes. According to this provision the Minister of National Security is given the power to censor investigations by issuing a certificate blocking disclosure of evidence and documentation considered to be prejudicial to the defence, external relations, internal security or economic interests of the country. It is argued that such exercise of executive powers to curtail investigative powers of the Commission is contrary to section 235 of the Constitution which places emphasis on the institutional independence of Independent Commissions.<sup>25</sup> The NPRC has constitutional and statutory authority to exercise its mandate without undue influence from any authority or person and this should be the basis for its efficacy and credibility. Institutional independence of Independent Commissions such as the NPRC is enshrined in section 235(1) of the Constitution which states that the Commissions are independent and should not be subject to the

21 'From a presentation made by NPRC at a workshop for Chapter 12 Commissions in Kadoma, Zimbabwe' 22 July 2020.

22 Gibson (n 18).

23 Section 2 of National Peace and Reconciliation Commission Act.

24 Ndlovu-Gatsheni & Benyera (n 17).

25 D Marimbe 'A review of provincial peace committees: The NPRC's step towards sustainable peacebuilding in Zimbabwe' (2019) *Heal Zimbabwe Focus on Peace Building Issue 1*.



direction or control of anyone and must exercise their functions without fear, favour or prejudice.

Section 4 of the NPRC Act adds weight to section 235 of the Constitution by stating that the Commission should enjoy the independence provided for in terms of section 235 of the Constitution and should be subject only to the direction of the law. However, a close analysis of the operations of the Commission shows that the NPRC does not seem to be enjoying the guaranteed institutional independence due to the fact that it operates under the direction and control of the executive, contrary to provisions of section 235 of the Constitution and section 4 of the enabling Act. Section 252 of the Constitution states that NPRC must develop procedures and institutions at a national level to facilitate dialogue among political parties, communities, organisations and other groups, in order to prevent conflicts and disputes arising in the future. The NPRC had initially put in motion processes for convening a national dialogue as part of its constitutional mandate but the executive hijacked the Commission's mandate and instead launched the Political Actors Dialogue (POLAD) which is facilitated by the Office of the President and Cabinet. The NPRC and Zimbabwe Gender Commission Chairpersons were only roped in as co-conveners with no influence or decision-making in terms of agenda setting, processes, procedures, outputs and outcomes.

### **3.1.5 Lack of political will**

Gatsheni-Ndlovu and Benyera,<sup>26</sup> argue that there is minimal political will to establish the truth and guarantee justice as a pathway for meaningful reconciliation in Zimbabwe. They explain that a paradigm of war refuses to fade in Zimbabwe and the recourse to military force appears as the most preferred solution to most national questions. This continued use of military force in governance issues is slowing down progress towards achieving sustainable peace and threatening personal security of citizens who live in fear of the defence forces who are supposed to be a symbol of national defence and security. Both the 1 August 2018 post-election violence and the January 2019 violence due to steep fuel price increases show militarization of the state and shrinkage of democratic space. Citizens live in fear of government repression through security forces.

A Commission of Inquiry was set up by President Mnangagwa and chaired by former President of South Africa, Kgalema Motlanthe, to investigate the 2018 post-election violence.<sup>27</sup> Two years later, recommendations of the Motlanthe Commission of Inquiry have still not been meaningfully implemented, due to lack of political will. When this Commission of Inquiry was set up, it was argued that the NPRC should have been afforded the opportunity to conduct the investigation

26 Ndlovu-Gatsheni & Benyera (n 17).

27 'Report of the Commission of inquiry into the 1 August 2018 post- election violence' (2018), <http://kubatana.net/wp-content/uploads/2018/12/Final-Report-of-the-Commission-of-Inquiry-18-DEC-18.pdf> (accessed 28 July 2020).

since issues of political and electoral conflict and violence fall squarely within its constitutional mandate. However, critics supported the sidelining of the NPRC by the government on the basis that it lacks institutional independence and capacity to delve into root causes of conflicts and handle highly technical conflict matters.

### 3.1.6 Impunity and unwillingness to apologize

Zimbabweans are longing for genuine peace and reconciliation processes. Regardless of the largely welcomed forced removal of late former President, Robert Mugabe, the country remains politically polarized and is still yearning for viable transitional justice and reconciliation approaches to confront its past that is tainted by gross human rights violations and impunity.<sup>28</sup> Impunity for past politically motivated violence and unwillingness to acknowledge past atrocities remains a challenge in Zimbabwe.<sup>29</sup> Atrocities of the past have to be acknowledged, apologies made and reparations paid.<sup>30</sup> Apologising is the most explicit way in which wrongdoing can be acknowledged.<sup>31</sup> In Rwanda acknowledgement and reconciliation kick-started the healing process of a nation torn apart by a civil war and a dreadful genocide experience.<sup>32</sup>

## 3.2 Milestones of the NPRC

The NPRC has achieved several milestones in the execution of its mandate. Some of them are:

### 3.2.1 Setting up of Provincial Peace Committees

The NPRC set up Provincial Peace Committees (PPCs) across ten provinces in Zimbabwe. The PPCs are a platform within the NPRC that deal with issues of peace-building in communities. A total of 10 PPCs were established by the NPRC in the months of May and June 2019. This process shows that the NPRC is moving in the right direction towards facilitating transitional justice, reconciliation and healing. The PCCs consist of various stakeholders (between 25-30 members)

28 W Zambara 'The prospects for social cohesion, healing and reconciliation in Zimbabwe: Putting the NPRC to task (2019) Institute for Justice and Reconciliation <http://www.citizens-manifesto.org/2019/09/14/the-prospects-for-social-cohesion-healing-and-reconciliation-in-zimbabwe-putting-the-nprc-to-task/> (accessed 2 August 2020).

29 'Zimbabwe 2012 human rights report' <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/204395.pdf> (accessed 8 October 2020).

30 R Magede 'Peace and reconciliation a remedy for Gukurahundi' (2014) <https://www.newzimbabwe.com/peace-and-reconciliation-a-remedy-for-gukurahundi/> (accessed 10 October 2020).

31 EL Awoh & WG Nkwi 'South Africa and Rwanda: truth and reconciliation commissions, peacebuilding, religious and local African authorities in conflict situations' (2017) 20 *Conflict Studies Quarterly* 20 at 33.

32 Heal Zimbabwe Trust (n 13).

representing government, civic society, church organisations, business, traditional leaders, political parties, youth, among others. The NPRC should be commended for devolving its work as this will ease institutional burdens. Nevertheless, the success or failure of the PPCs hinges on who is and is not involved since the selection process for members of the committees is not fully inclusive.<sup>33</sup> For example, the representation of the victims in the PPCs composition is not clearly expressed. Exclusion of victims in the composition may hinder the victims' and ordinary citizens' participation due to lack of trust and sincerity.<sup>34</sup> Concomitantly, the inclusion of government elites might also affect the smooth operation of the PPCs.

### **3.2.2 Facilitation of multi-stakeholder engagement meetings**

Peace is a group right which should be a shared responsibility for all stakeholders such as the government, civil society, political parties, the church, war veterans, citizens, victims and media.<sup>35</sup> The NPRC realised the importance of collective effort and the indispensable need for inclusion of partners and stakeholders in its peacebuilding initiatives. The NPRC, therefore, decided to bring the nation together through multi-stakeholder peace and reconciliation processes. Engagements by the NPRC with the civil society and other relevant stakeholders will possibly reap the peace dividend that will not only ensure social cohesion, healing and reconciliation, but also trigger economic recovery and prosperity. In February 2018 the NPRC rolled out provincial outreach programmes. The main objectives for the provincial visits were to enhance stakeholders' awareness of the NPRC and its functions, to provide a platform for stakeholders to work with the NPRC for peace, healing and reconciliation in the country.<sup>36</sup>

The NPRC has also been working with churches to facilitate national healing processes. In July 2018, the Churches Convergence on Peace Consortium (CCCOP) held a peace march and Ukuthula-Runyararo Peace Covenant signing ceremony in Bulawayo in support of the peace pledge initiated by the NPRC. One of the key religious players is CCCOP, a religious lobby group focused on capacitating grassroots churches to promote peace and cohesion. It is made up of Dan Church Aid, Zimbabwe Christian Alliance, Zimbabwe Council of Churches and Zimbabwe Divine Destiny.<sup>37</sup>

33 Zambara (n 28).

34 Marimbe (n 25).

35 Zambara (n 28).

36 'National Peace and Reconciliation Commission launches 21-day outreaches programmes' 9 April <http://kubatana.net/2019/04/09/national-peace-and-reconciliation-commission-launches-21-day-outreach-programme/> (accessed 8 August 2020).

37 'Churches organise peace march' *Newsday* 18 July 2018 <https://www.newsday.co.zw/2018/07/churches-organise-peace-march/> (accessed 30 July 2020).

## 4 LESSONS FOR NPRC FROM THE TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA

### 4.1 Performance of South Africa's TRC

South Africa's history was characterised by racism and discrimination. In the late 1980s and early 1990s, the apartheid regime faced massive confrontation from both domestic resistance groups and international actors. This pressure eventually led to the downfall of the apartheid government. The most pressing concern in the transition process was how to deal with the perpetrators of human rights abuses. This paved the way for the establishment of a Truth and Reconciliation Commission (TRC). The TRC was given the mandate to promote national unity and reconciliation by establishing the truth and disseminating its findings.<sup>38</sup>

The TRC has been applauded for enabling the country to transition from its repressive past to a democracy by disinterring a wide range of gross human rights violations committed in South Africa from 1 March 1960 to 10 May 1994. The Commission presented its final report on 20 October 1998. Barry highlights that the Commission created a space which did not exist before, thus allowing a better understanding between different sections of South African society.<sup>39</sup> The world recognised the success of the TRC through many attempts to replicate its truth and reconciliation processes in other troubled countries.<sup>40</sup>

However, other scholars like Campbell,<sup>41</sup> contend that there is no process without limitations and such was the case with South Africa's TRC. Some of the criticisms of the TRC are that it sought to restore peace and facilitate reconciliation without calling the perpetrators to fully account for their actions. The Commission was allowed to grant amnesty to those who confessed to engaging in gross human rights violations.

Another criticism which was highlighted by the African Union Panel of the Wise was that the TRC intensified racial tensions in the

38 Berkley Center for Religion, peace and world affairs 'Religion and conflict case study series, South Africa: The religious foundations of the Truth and Reconciliation Commission (2013) George Town University: Washington DC.

39 S Barry 'Reconciliation: The South African Truth and Reconciliation Commission's contribution to dealing with the past, reconciling and building the nation' (2006) 40 *In die Skriflig* 691 at 714

40 JL Gibson 'The truth about truth and reconciliation in South Africa' (2005) 26 *International Political Science Review* 341 at 361.

41 PJ Campbell 'The Truth and Reconciliation Commission (TRC): human rights and state transitions – The South African model' (2000) 4 *African Studies Quarterly* 41 at 55.

country by revealing the wrongdoings of the apartheid regime, its agents, and the liberation forces.<sup>42</sup> The Commission was also criticised for failing to address the socio-economic effects of apartheid and failing to hold individual and institutional beneficiaries of apartheid accountable. The issue of compensation also generated a lot of debate in South Africa and beyond but complete redress was not forthcoming and victims of apartheid government policies were neglected in spite of the majority view that some form of reparation was necessary. Nonetheless many of the underprivileged survivors of apartheid and generations after them still struggle with access to education, housing, health care and jobs to this day.<sup>43</sup>

## 4.2 Lessons for NPRC from South Africa's TRC

South Africa's TRC is viewed as one of the most effective truth and reconciliation processes in Africa. The TRC is lauded for meeting the core elements and conditions that guide truth and reconciliation processes.<sup>44</sup> The most salient feature of the TRC was its conflict mapping and analysis which saw the Commission apportioning blame to all parties which engaged in the struggle over apartheid; namely the apartheid regime, its agents, and the liberation forces. This disaggregation of actors to the conflict enabled the TRC to identify the roles played by each of the actors and their wrongfulness for purposes of ensuring delivery of justice.

The NPRC can benefit by adopting this approach since Zimbabwe's conflicts involve inter-linkages between atrocities perpetrated by political parties and government. Disaggregation of actors involved in conflicts will enable the NPRC to correctly apportion wrongfulness and thereafter make appropriate recommendations for purposes of securing appropriate redress for victims and survivors.

South Africa's TRC facilitated restorative justice that allowed all the parties involved to restore justice by alternative means. Restorative justice heals the wounds of both victims and perpetrators by focusing on peacebuilding and restoration as opposed to punishment of offenders.<sup>45</sup> Restorative justice offers an alternative framework in which perpetrators and victims are empowered to resolve their own conflict and restore relations in a broken society. The TRC adopted a viable and effective conflict resolution model which can provide lessons for the NPRC since punitive measures by themselves can hinder

42 African Union Panel of the Wise 'Peace, justice, and reconciliation in Africa: Opportunities and challenges in the fight against impunity' 2013 The African Union Series, International Peace Institute: New York.

43 Berkley Center for Religion, Peace and World Affairs (n 38).

44 Mawhinney (n 4).

45 As above.

national healing and reconciliation processes in fragile countries like Zimbabwe.<sup>46</sup>

South Africa's government accorded the TRC power to grant amnesty. Through amnesties the TRC encouraged perpetrators to give full and truthful testimony as a strategy to deal with a hostile past. South Africa's transitional justice approach provides a cautionary tale about the usefulness of amnesty powers. The TRC's amnesties complimented other reconciliation and justice mechanisms which were established. In spite of granting amnesty to perpetrators of violence, the TRC generated justice that appeared to satisfy many survivors who believed that the TRC had the capacity to usher in long-lasting peace and reconciliation. Zimbabwe also granted amnesty to Gukurahundi perpetrators when the Unity Accord was signed in 1987 so that the nation could move forward but issues surrounding reprove have not yet been adequately addressed. There are many contrasting views on the question of amnesty and whether it is logical to effect it as a healing and reconciliation instrument. Some survivors discredited the amnesty and still call for retributive justice.<sup>47</sup>

In spite of the mentioned process limitations, by and large South Africa's TRC effectively executed its mandate. The Commission enjoyed the support of the executive which had the political will to facilitate conflict transformation and reconciliation. However, the NPRC suffers a deficiency of political will by the executive, hence the challenges that it faces in its attempts to facilitate genuine conflict transformation, unity and reconciliation. With this absence of political will and respect for democratic values it is extremely difficult for the NPRC to achieve the same success as that of South Africa's TRC. In order to enhance its effectiveness, the NPRC should therefore strive to attain Boraine's five objectives for peacebuilding; which are accountability, truth recovery, reconciliation, institutional reform, and reparations.<sup>48</sup>

### **4.3 Lessons for NPRC from the National Unity and Reconciliation Commission of Rwanda**

#### **4.3.1 Rwanda's National Unity and Reconciliation Commission**

The National Unity and Reconciliation Commission of Rwanda was established in the aftermath of the Rwandan Civil War which began in 1990 when the Rwandan Patriotic Front (RPF) invaded Rwanda from

46 D Munemo 'The search for peace, reconciliation and unity in Zimbabwe: From The 1978 Internal Settlement to the 2008 Global Political Agreement' Thesis, University of South Africa, 2016.

47 Gatsheni-Ndlovu & Benyera (n 17).

48 As above.

Uganda in an effort to unseat the government of President Juvenal Habyarimana.<sup>49</sup> Government-controlled forces attacked Tutsi minority populations and moderate Hutus. In reprisal, the RPF attacked numerous civilian targets and reportedly recruited child soldiers.<sup>50</sup>

A ceasefire agreement was reached in July 1992, and the war officially ended on 4 August 1993, after the signing of the Arusha Accords. In spite of unity accords and the agreements on power-sharing, tensions still persisted between Hutu and Tutsi factions leading to the assassination of President Habyarimana in April 1994. His assassination sparked the 1994 genocide.

The Arusha Accords of 1993 provided for the establishment of a Commission of Inquiry to investigate human rights violations committed by all parties in Rwanda. Due to supervening violence, the National Unity and Reconciliation Commission was not officially set up until 1999 when it was established by the Transitional National Authority.

The Commission was established in terms of article 16 of the 1993 Arusha Accords and tasked to investigate human rights violations committed during the war. It was operationalised by the Government of National Unity Law No 03/99 and subsequently the Commission was made a permanent institution by Law No 35/2002. This law also specified the mandate and powers of the Commission. The functions of the Commission included: organising national public debates aimed at promoting reconciliation; foster tolerance and a culture of peace and human rights; and denounce any ideas aimed at disunity. It also educates Rwandese on their rights and the rights of others; draft laws to foster reconciliation; and monitor whether authorities and citizens in general respect and observe the policy of national unity and reconciliation as contained in the Political Code of Ethics of the Arusha Accord.

Since the Commission transitioned from an institution with a prescribed lifespan to a permanent organ, it dispensed with the previous requirement for production of a final report. The Commission, however, has been submitting periodic reports which have highlighted that political and socio-economic issues were the key drivers of divisions rather than any fundamental differences between Hutus and Tutsis. The Commission has also established that a combination of bad governance, a culture of impunity and social injustices by successive regimes perpetuated ethnic differences.

Some of the recommendations which were made by the Commission were that Parliament should enact a law prohibiting and punishing all forms of discrimination. In response to the Commission's recommendation, in 2004, Rwanda's Transitional Assembly passed an anti-discrimination law, imposing a maximum two-year prison term

49 JN Clark 'National unity and reconciliation in Rwanda: a flawed approach?' (2010) 28 *Journal of Contemporary African Studies* 137 at 154.

50 Truth Commission: Rwanda 99, <https://www.usip.org/publications/1999/03/truth-commission-rwanda-99> (accessed 11 October 2020).

and up to Rwandese million-franc (approximately USD 1, 765) fine and damages on any person practising discrimination or segregation. The Commission also recommended that a history book, which it produced for public schools, be adopted and used in schools as part of the education curricula. The book has not yet been adopted for use in schools.

#### **4.3.2 Lessons for NPRC from Rwanda's NURC**

The success story of Rwanda's reconciliation efforts provides valuable lessons for the peace and reconciliation process in Zimbabwe. Two different court systems and a commission for unity and reconciliation spearheaded peace and reconciliation processes in Rwanda. The court systems included the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and the Gacaca courts. The courts played a fundamental role in shaping the truth and reconciliation processes and assisted in bringing closure and justice to the victims and survivors of the genocide. The Gacaca system opened channels for dialogue between victims, offenders, and communities by creating opportunities for those involved to have an honest and meaningful engagement. The Gacaca trials assisted in promoting reconciliation by establishing platforms for victims to hear the truth about what happened in the past. It was also an opportunity for the perpetrators of gross human rights violations to confess their crimes and ask for forgiveness in front of their communities.<sup>51</sup>

The most important lesson from Rwanda was the willingness by the government to genuinely confront the genocide experience. Political will acted as a springboard towards achieving peace, stability and reconciliation. On the contrary, Zimbabwe's peace processes seek to achieve national healing and reconciliation through the creation of a false unity that ignores the critical aspect of truth-telling and accountability.<sup>52</sup> There is readiness for peacebuilding by communities, but in the absence of political will the quest of achieving meaningful and genuine reconciliation remains elusive. In most cases lack of commitment and injustice in the higher echelons of the State is a major stumbling block when dealing with the concept of reconciliation. Many people have been wounded through recurrence of violence thus, truth-telling and forgiveness are crucial aspects of Zimbabwe's reconciliation process. Reconciliation should settle hostilities between conflicting parties, as this develops a shared feeling of a common history that can be accommodated by the perpetrators and victims, and reduces feelings of blame, distrust and resentment. The NPRC can only achieve this goal through emulating Rwanda's spirit of commitment towards attaining genuine reconciliation.<sup>53</sup>

51 S Hassan 'Reconciliation and Peace-building in Post-genocide Societies: A Structured Focused Comparison in Rwanda and Cambodia' Thesis, Linnaeus University, 2019.

52 Tshuma (n 19).

53 EL Awow & WG Nkwi (n 31).



The NURC offers vital lessons for the NPRC about the search for the truth and facilitation of reconciliation processes. Rwandan co-existence has improved significantly, growth levels are high, and levels of inter-group violence are low. The Commission transferred ownership of unity and reconciliation to grassroots levels and this established sustainable and functional reconciliation structures.<sup>54</sup> Rwanda's NURC demonstrated the necessity of implementing a clearly restorative truth and reconciliation process before undertaking retributive punishment. Reconciliation builds a mechanism that seeks to engage the offenders and victims as humans-in-relationship.<sup>55</sup>

Also, of critical importance is the fact that Rwanda's truth and reconciliation process placed emphasis on acknowledgement of wrongfulness. It emphasised on the need for reconciliation to be accompanied by acknowledgement of the past and acceptance of responsibility. It was agreed that admitting that one acted wrongfully represented one of the first steps towards rebuilding trust since reconciliation is a societal process that involves mutual acknowledgment of past suffering and the shifting of destructive attitudes and behaviour into constructive relationships toward sustainable peace.<sup>56</sup>

Other notable achievements by Rwanda's NURC are its ability to infuse different peacebuilding approaches in its reconciliation endeavours. It is hoped that the NPRC will adopt a similar approach of facilitating restorative justice and reparation so that there is some form of appeasement to survivors for wrongs suffered in the past and the feelings of hurt which they still harbour. Besides facilitating payment of monetary compensation, NURC also ensured that psycho-social and spiritual needs of survivors and perpetrators were taken care of. The NPRC should also prioritise provision of psychosocial therapy or counselling services to survivors who are still harbouring mental anguish and psychological trauma due to the atrocities that they went through or witnessed.<sup>57</sup>

The NURC has done tremendously well in supporting communities to reconcile with an ugly past. Rwanda's NURC experience can therefore provide practical and valuable insights which can act as a yardstick for effectiveness and credibility of the NPRC. Despite all the success stories, attaining complete unity and reconciliation in Rwanda

54 SM Moss 'Beyond conflict and spoilt identities: How Rwandan leaders justify a single recategorization model for post-conflict reconciliation' (2014) 2 *Journal of Social and Political Psychology* 435.

55 M Fischer 'Transitional justice and reconciliation: theory and practice' in B Austin, M Fischer and HJ Giessmann (eds) *Advancing conflict transformation* (2011) 405 at 430.

56 K Brouneus 'Reconciliation: Theory and practice for development cooperation' (2003), Swedish International Development Cooperation Agency: Stockholm.

57 Munemo (n 46).

remains a challenge. Most of the interference to unity and reconciliation efforts emanates from the national unity and reconciliation policy itself.<sup>58</sup> The foundation on which both the NURC and the government's wider national unity and reconciliation policy rest on is flawed.<sup>59</sup> Genocide ideology and ethnic stereotypes remain an obstacle to the process of unity and reconciliation in Rwanda.<sup>60</sup> The unity that the government attempts to achieve orbits around a negation of ethnicity, thus denying an open and honest engagement with the past. The Commission also lacks adequate resources to monitor unity and reconciliation.

## **5 TRANSITIONAL JUSTICE IN ZIMBABWE: STRENGTHENING THE EFFECTIVENESS AND ENHANCING THE CREDIBILITY OF THE NPRC**

Gready and Robins provide a holistic understanding of transitional justice. According to them the concept of transitional justice is not only limited to criminal prosecutions, truth telling, institutional reform and reparations, but extends to commemorative practices and memory work, educational reform and reconciliation initiatives.<sup>61</sup> They emphasise the adoption of a holistic approach that treats all rights as universal, interdependent and indivisible and that situates violence on a continuum spanning interpersonal and structural violence.<sup>62</sup>

The NPRC should therefore confront Zimbabwe's past, which is marred with gross human rights violations and a society with many divisions along lines of race, class, ethnicity, gender and geography.<sup>63</sup> For reconciliation and unity processes to be fruitful they should be horizontal not structural and top-down. Munemo argues that peacebuilding and reconciliation processes should not be infiltrated by political expediency at the cost of genuine commitment to eliminate violence and achieve sustainable peace.<sup>64</sup> Transformative justice should not be a top-down imposition of external legal frameworks rather it should be a bottom-up understanding and analysis of the lives and needs of populations. Through adoption of a bottom-up process the focus is to address all unresolved issues of the conflict as to prevent future recurrences.<sup>65</sup>

58 International Alert 'Unity and reconciliation in Rwanda: a look at policy implication vis-a-vis social cohesion (2018) Policy Brief.

59 JN Clark (n 49).

60 International Alert (n 58).

61 P Gready & S Robins 'From transitional to transformative Justice: a new agenda for practice (2014) 8 *International Journal of Transitional Justice* 339 at 361.

62 As above.

63 Zambara (n 28).

64 Munemo (n 46).

65 Hassan (n 51).

In the absence of a more holistic approach in peacemaking and peacebuilding, the journey to attain meaningful truth and reconciliation process in Zimbabwe remains a dream. Reconciliation must focus on justice in terms of accountability and compensation, and on truth, acknowledgement and recognition.<sup>66</sup> The NPRC has failed to prevent the rise of political tensions in the country for the past years because it has been unable to create an environment for peaceful dialogue. Atrocities have gone unpunished, unacknowledged and without redress. The continuous use of military operations in governance issues has led to a nation that is pervaded institutionally by militarism and violence. Reconciliation processes remain ineffective as long as the vicious cycle of impunity exists.<sup>67</sup>

Murambadoro also observes that the involvement of political leaders in administration processes of the NPRC impedes impartial execution of its mandate.<sup>68</sup> Political interference has resulted in some independent Commissions set up by governments failing to deliver on their constitutional mandates, thereby becoming ineffective mechanisms. The NPRC has so far been unable to fully execute its constitutional mandate. A deteriorating economic crisis and political instability continues to pose serious threat to peace and justice in Zimbabwe. Murambadoro further observes that the effectiveness of the NPRC is compromised by its politicization. She highlights that political figures have been using the NPRC as a political strategy to gather support from the electorate and be seen as compliant to international standards of justice and respect for human rights.

Lederach advocates for a transformative approach in which inharmonious relations are restructured over a long term by education, advocacy and mediation. Conflict transformation is defined as a process of transforming the relationships, interests, discourses, and the very constitution of society that supports the perpetuation of violence.<sup>69</sup> Conflict transformation encourages the creation of cooperative and just societies. The concept of conflict transformation focuses on ongoing processes, taking into consideration the transformation of relationships, actions, institutions and structures that perpetuate violence. Kriesberg, as quoted by Fischer,<sup>70</sup> identifies four dimensions of reconciliation which are essential for conflict transformation and peacebuilding in post-conflict societies: shared truth, justice, regard and security.

Conflict transformation views peace as centered and rooted in the quality of relationships. The tenets of the approach are: if the victims feel recognised and reintegrated in society; if people are mindful of the importance of confronting the past; if trust in police and security forces

66 Fischer (n 55).

67 Ndlovu-Gatsheni & Benyera (n 17).

68 Murambadoro (n 10).

69 JP Lederach 'The little book of conflict transformation: Clear articulation of the guiding principles by a pioneer in the field (The little books of justice and peacebuilding' (2014).

70 Fischer (n 55).

is established; if reform processes suggested and offenders are excluded from violence, and the changes of nonrecurrence to violence are enhanced.<sup>71</sup> Transformational view believes that dialogue is of paramount importance for creating and addressing social and public spheres where human institutions, structures, and patterns of relationships are built. Conflict transformation seeks to devise strategies in order to transform violent conflict into non-violent forms of dealing with conflict.<sup>72</sup>

It is therefore important to change the various manifestations of conflict by addressing the root causes. Conflict transformation encourages the promotion of a non-violent society symbolising new social relations, institutions, and visions.<sup>73</sup> A successful conflict management structure takes into consideration the grievances and needs of various actors in society.

## 6 RECOMMENDATIONS

From the arguments presented in this article, the following recommendations are proffered:

- (a) It is very crucial for the government to explore what happened at various historical stages so that victims find closure and the truth about what really happened.
- (b) The government should establish transparent engagement platforms and processes that encourage truth telling and reconciliation.
- (c) All parties involved in perpetrating violence should be held accountable. Victims and survivors should obtain justice, and reparations of the victims is also a vital aspect towards achieving sustainable peace and genuine reconciliation.
- (d) The government should effectively empower the NPRC in order to confront past and present injustices. The government should give the much-needed support to the NPRC itself as well as to everyone who is complementing the mandate of the commission.
- (e) The government should protect people who are willing to air their grievances on politically motivated violence.
- (f) The government through the NPRC should cultivate an environment that encourages apology and acknowledgement of wrongdoings.
- (g) Most importantly, the government should extend the tenure of the NPRC in order for it to complete its constitutional mandate.

71 B Jones, E Baumgartner & S Gabriel A *transformative approach to dealing with the past* (2015).

72 Lederach (n 69).

73 AJ Muste in DP Barash, D (ed) *Approaches to peace: a reader in peace studies* (2000).

# An examination of unlawful foreign military operations in Africa

*Baya Amouri\**

<https://orcid.org/0000-0003-4043-7242>

**ABSTRACT:** For almost two decades, unlawful foreign military bases and troops have been scattered across fragile countries and regions in Africa, from the Horn to the Great Lakes; and from the Sahel to the Gulf of Guinea, with the potential to disrupt peaceful co-existence in these countries. This article argues that unlawful foreign military intervention in these African countries intensifies the security issues rather than build peace. It provides a comprehensive overview of the international legal framework regulating the use of force in international relations, and contends that, although the rules of international law on the use of force are clear, they are not sufficiently respected in practice. This article further demonstrates that, despite the unlawfulness of military intervention without the United Nations Security Council's explicit permission, this type of intervention is increasing in several African countries. It does not intend to enumerate all the unlawful military interventions of the African continent, but to explore how these operations exacerbate remonstrations rather than build peace. The article concludes that it is challenging to prove the unlawfulness of several military operations in Africa due to the diversity of actors, and the lack of transparency about this kind of operation. Inevitably, the most visible part of unlawful foreign military operations is its impact on the target countries of the continent.

## TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

### Réflexion sur les opérations militaires étrangères illégales en Afrique

**RÉSUMÉ:** Pendant près de deux décennies, des bases et des troupes militaires étrangères illégales ont été implantées dans les pays et régions fragiles d'Afrique, de la Corne aux Grands Lacs; et du Sahel au golfe de Guinée, avec la possibilité de perturber la coexistence pacifique dans ces pays. Le présent article soutient qu'une intervention militaire étrangère illégale dans ces pays africains intensifie les problèmes de sécurité plutôt que de construire la paix. L'article offre un aperçu complet du cadre juridique international régissant le recours à la force dans les relations internationales et soutient que, bien que les règles du droit international sur l'usage de la force soient claires, elles ne sont pas suffisamment respectées dans la pratique. L'article démontre en outre que, malgré l'illégalité d'une intervention militaire sans l'autorisation explicite du Conseil de sécurité des Nations Unies, ce type d'intervention se multiplie dans plusieurs pays africains. Il n'a pas l'intention d'énumérer toutes les interventions militaires illégales sur le continent africain, mais d'explorer comment ces opérations exacerbent davantage les protestations plutôt qu'elles ne contribuent à la paix. L'article conclut qu'il est difficile de prouver l'illégalité de plusieurs opérations militaires en Afrique en raison de la diversité des

\* LLM (Tunis, El Manar); PhD Candidate, Faculty of Law and Political Sciences, University of Szeged (Hungary); beyaamour9@gmail.com.  
The author would like to thank all the reviewers for their constructive comments, notably Dr Oyeniyi Abe.

acteurs et du manque de transparence des dites opérations. Inévitablement, la partie la plus visible des opérations militaires étrangères illégales est son impact sur les pays cibles du continent.

**KEY WORDS:** unlawful foreign military intervention, UN Charter, Security Council, African Union, colonialism

**CONTENT:**

1	Introduction .....	299
2	The use of force in international relations .....	301
2.1	The sacred principle of the prohibition of the use of force.....	302
2.2	The use of force authorised by the United Nations Security Council.....	306
3	The practice of unlawful foreign military intervention on the African continent .....	309
4	The impacts of Africa's growing suspicious foreign military bases and operations .....	317
4.1	Strengthening Africa's authoritarian regimes through unlawful military operations .....	318
4.2	Weakening fragile states and democracies .....	320
5	Conclusion.....	323

## 1 INTRODUCTION

Africa has for many centuries been a continent under military siege. There is some debate about the period when foreign military presence in Africa started. While some hold the view it started after the end of the Cold War, others take the position that it started in the postcolonial era. Either way, there is evidence that its roots are to be found in the late sixteenth century.<sup>1</sup> However, in popular discourse, discussions of colonialism in Africa usually focus on the phenomena, which took place between the 1800s and 1960s.<sup>2</sup>

Defining colonialism is not an easy task; even though it is universally agreed that colonialism is a form of domination. However, its precise meaning has defied scholars. Young considers that colonialism 'involved an extraordinary range of different forms and practices carried out with respect to radically different cultures, over many centuries'.<sup>3</sup> Colonisation is also perceived as a 'situation in which people are governed by other people politically, economically, intellectually and physically.' From the colonial power's point of view, the colony is 'a geographical area kept for political, strategic and economic advantage'.<sup>4</sup> Furthermore, one of the challenges in conceiving colonialism is that it is hard to distinguish it from imperialism.<sup>5</sup> Some

1 A Assensoh & Y Assensoh *African military history and politics coups and ideological incursions, 1900–present* (2002) 20.

2 S Ocheni & B Nwankwo 'Analysis of colonialism and its impact in Africa' (2012) 8 *Cross-Cultural Communication* 46 54. For example, the direct and overall domination of Nigeria by Britain between 1900 and 1960.

3 R Young *Postcolonialism: an historical introduction* (2001) 17.

4 S Klausner & E Eskimo *Capitalists: oil, politics, and alcohol* (1982) 24.

5 The concept of imperialism emerged in the modern age, associated particularly with the European colonial powers of the 17th, 18th, and 19th centuries and New Imperialism. It first became common in the current sense in Great Britain during the 1870s, when it was used with a negative connotation.

scholars, such as Said, use the term more broadly to define any 'system of domination and subordination organized around an imperial core and a periphery'.<sup>6</sup> In the same vein, Ocheni and Nwankwo assert that the phenomenon of colonialism qualifies as a direct form of imperialism 'because all colonialism is imperialism, but not all imperialism is colonialism'.<sup>7</sup> Frequently the two concepts are used as synonyms. According to Horvath 'colonialism, imperialism, and neo-colonialism are terms that remain undefined despite the enormous literature devoted to the phenomena'.<sup>8</sup>

Within the African context, colonialism and imperialism have largely been viewed in extremely negative terms by the indigenous people of the continent. In this sense, Rodney and Kabwegyere consider that 'the colonialists, out of selfish interests, hastened to dismember and balkanize Africa into small or fragile pockets of nonviable nation-states'.<sup>9</sup> According to them, the colonial era introduced into Africa more violence and instability.<sup>10</sup>

The negative impact of colonisation on Africa continues to be a subject of intense debate, especially with the presence of many unlawful foreign military operations across the continent. A careful analysis will show that colonialism still plays a major role in the tragedies and disasters we see in Africa today. There is a growing perception in Africa that a 'new colonial era' has begun.<sup>11</sup> In a neo-colonial state, the former colonial powers use numerous methods to ensure that the newly independent colonies remain dependent on them economically and politically.<sup>12</sup> Post-colonial studies have shown that the influences of colonialism and its agents are still very much present in the former colonies even after their independence.<sup>13</sup> The superpowers still perceived post-colonial Africa as a fertile area for their ideologies and for taking advantage of resources at low cost.<sup>14</sup> Besides the postcolonial powers, new actors in Africa, including China, are increasingly intervening militarily on the continent. Although not always realised, unlawful military intervention features as a prominent facet of how some states pursue their interests in Africa. The last several years have witnessed a growing number of unlawful foreign military interventions

6 E Said *Culture and imperialism* (1994) 9.

7 Klausner & Eskimo (n 2) 46.

8 R Horvath 'A definition of colonialism' (1972) 13 *Current Anthropology* 45 47.

9 Assensoh & Assensoh (n 1) 13.

10 As above.

11 M Langan 'Emerging powers and neo-colonialism in Africa' in M Langan (eds) *Neo-colonialism and the poverty of 'development' in Africa* (2017) 89 99; K Krumova 'The new form of imperialism in Africa' *The Aspen* 23 September 2011 Institute <https://www.aspeninstitute.org/blog-posts/new-form-imperialism-africa/> (accessed 18 September 2020).

12 A Taiwo 'Neocolonialism' (2017) Internet Encyclopedia of Philosophy. <https://iep.utm.edu/neocolon/> (accessed 18 September 2020).

13 As above.

14 'After the Cold War: Views from Africa; Stranded by superpowers, Africa seeks an identity' *The New York Times* 17 May 1992. <https://www.nytimes.com/1992/05/17/world/after-cold-war-views-africa-stranded-superpowers-africa-seeks-identity.html> (accessed 17 September 2020).

in internal and regional disputes in Africa. This kind of foreign military presence reflects the new policy of the imperialist powers towards several African countries.

Unlawful foreign military operations, which are perpetual and recurring phenomena, need to be investigated. This issue raises a range of legal issues, among which is the legal regime governing this kind of military operation. Legality is one of the biggest problems when it comes to military intervention. Consequently, proving the unlawfulness of several military operations in Africa is not an easy task due to the obscurity surrounding this type of intervention. In fact, international law, together with the practice, and the impacts could offer an overview of the unlawfulness of several foreign military operations in Africa.

The discussions on the details, circumstances, and arguments that were given by states and scholars in each and every one of those situations which prove the existence of unlawful military intervention in Africa is beyond the scope of this article. Also, its focus is only on foreign military intervention from an international perspective, with a particular focus on Africa.

The second part of the article starts by providing a general overview of the use of force in international relations while emphasising the principle of the prohibition of the use of force, as found in UN Charter and customary international law. In the third part, the unlawful foreign military intervention in the African continent is highlighted. This is done by focusing, mainly, on France, the United States (US), and China. The fourth part is devoted to some of the impact of these foreign military bases and operations.

## **2 THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL RELATIONS**

The rules of international law governing the use of force are clear. They are found in the UN Charter and in customary international law. As will be explained below, the UN Charter refers to two exceptions in which the prohibition on the use of force does not apply. First, forcible measures may be taken or authorised by the UN Security Council (UNSC), acting under Chapter VII of the UN Charter. Second, force may be applied in the exercise of the right of individual or collective self-defence, as allowed for in article 51 of the UN Charter. It is also crucial to consider that the use of force at the demand or with the duly given consent of the government of the territorial state does not give rise to an issue under the *jus ad bellum*.



## 2.1 The sacred principle of the prohibition of the use of force

The prohibition of the threat or use of force is ‘one of the cornerstones of the modern international legal order’.<sup>15</sup> Indeed, the use of force in international relations is restrained by both customary international law and by treaty law, mainly the UN Charter. Article 2(4) of the UN Charter explicitly prohibits UN member states from using force directed against the territorial integrity or political independence of another state, or in any other way incompatible with the objectives of the UN.<sup>16</sup>

The ‘use of force’ is prohibited between states under international law, both under treaty and customary law.<sup>17</sup> The question is whether the customary norm of the prohibition of the use of force is identical to or distinctive from the treaty norm.<sup>18</sup> In the *Nicaragua* judgment, the International Court of Justice (ICJ) approved the similarities and correlation between the principle of the prohibition of the use of force in article 2(4) of the UN Charter and customary international law.<sup>19</sup> In this context, D’Amato observes that even though treaty and customary norms are identical, they might develop independently, and their content may evolve.<sup>20</sup> While the majority of scholars, as well as the International Law Commission (ILC) and ICJ, view the prohibition of the use of force as having the character of *jus cogens*,<sup>21</sup> others challenge its peremptory character. For instance, Green questions whether the prohibition of the use of force is a *jus cogens* norm.<sup>22</sup> The author states that the prohibition of the use of force with the prohibition of the threat of force in article 2(4) leads to issues, given that the ban on the threat of force is certainly not peremptory in character. The crucial issue is the derogations to the prohibition of the use of force. He concludes that it is impossible to consider the prohibition of the use of force as peremptory, given that its derogations, related to self-defence and collective security, are universally accepted.<sup>23</sup>

15 O Dörr ‘Use of force, prohibition of (2015) *Max Planck Encyclopaedias of International Law* <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e427> (accessed 5 June 2020).

16 Art 2(4), UN Charter.

17 F Delerue *Cyber operations and international law* (2020) 281.

18 As above.

19 Case Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (*Nicaragua v the United States of America*) (27 June 1986) (1986) ICJ Reports 14, 89, para 187.

20 A D’Amato ‘Trashing customary international law’ (1987) 81 *American Journal of International Law* 101 104.

21 J Charney ‘Anticipatory humanitarian intervention in Kosovo’ (1999) 93 *American Journal of International Law* 834 837; N Wheeler *Saving strangers: humanitarian intervention in international society* (2002) 44 45; L Moir *Reappraising the resort to force: international law, jus ad bellum and the war on terror* (2010).

22 J Green ‘Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force’ (2011) 32 *Michigan Journal of International Law* 216.

23 As above.

In any case, it must be admitted that the interpretation of the use of force and its derogations is still controversial among scholars. Two main approaches are recognized.<sup>24</sup> First, a 'restrictive approach' is advocated, based on the strict interpretation of the prohibition of the use of force, authorising the use of force only when it appears to be necessary. Many authors prefer a legally and textually oriented method to interpret the rule.<sup>25</sup> Henderson supports a rather restrictive interpretation of the relevant provisions of the UN Charter, claiming that those articles must not be modified in spite of the new interpretations that appeared and increased in the last decades.<sup>26</sup> In a similar, but somewhat narrower context, Kolb supports a strict obligation to respect *jus contra bellum*. The author uses moral or pragmatic arguments to interpret the legal regime of the use of force and the maintenance of peace in international relations.<sup>27</sup>

Gray focuses on the practice, and the will, of states to confirm that different doctrinal intents aiming at easing the prohibition on the use of force have failed.<sup>28</sup> In response to the UN initiated major reports on the future of the Charter system, Gray considers that the efforts to amend or reinterpret the Charter provisions on the use of force are neither desirable nor likely to succeed. She also rejects any right of pre-emptive self-defence and advocated a responsibility to protect in cases of genocide or massive violations of human rights.<sup>29</sup> Furthermore, the author argues that states should not be permitted to aid another government's military in order to suppress rebellion 'when a civil war is taking place and control of the state's territory was divided between warring parties'.<sup>30</sup> In the same vein, Schachter notes that

[m]any legal scholars (and some UN resolutions, by implication) support the proposition that direct or indirect armed intervention on either side in a civil war is illegal. Under article 2(4) intervention constitutes a use of force 'against the political independence' of the state in question because it interferes with its people's right to determine their own political destiny.<sup>31</sup>

24 O Corten 'The controversies over the customary prohibition on the use of force: a methodological debate' (2005) 16 *European Journal of International Law* 803 822.

25 As above.

26 CH Henderson *The use of force and international law* (2018) 28, 33.

27 R Kolb *International law on the maintenance of peace. Jus contra bellum* (2018).

28 CH Gray *International law and the use of force* (2018) 79, 82.

29 As above.

30 As above.

31 T Christakis & K Bannelier 'French military intervention in Mali: It's legal but ... why? Part II: Consent and UNSC authorisation' EJIL: TALK! 25 January 2013 <http://www.ejiltalk.org/french-military-intervention-in-mali-its-legal-butwhy-part-2-consent-and-unscc-authorisation/> (accessed 19 September 2020).

Turning to Africa, in the *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, the ICJ interpreted the prohibition of the use of force restrictively and found that Uganda acted unlawfully.<sup>32</sup> The Court held that the armed activities of Uganda in the Democratic Republic of Congo between August 1998 and June 2003 violated the international prohibition against aggressive use of force as well as international human rights and international humanitarian law.<sup>33</sup>

Second, the 'extensive approach' tends to favour a very flexible interpretation when it comes to the prohibition of the use of force. This approach admits more derogation such as 'preventive self-defence', 'humanitarian intervention', or even the implicit authorisation of the UNSC.<sup>34</sup> In other words, the flexible approach is based on a broad definition of self-defence, a rejection of a UN monopoly to authorise military actions, and the admissibility of humanitarian or pro-democratic interventions.<sup>35</sup> Franck claims that the evolution of custom shows a tendency to accept the legality of many actions conducted in the name of self-defence, humanitarian intervention, or even countermeasures. The author also promotes 'the concept of mitigation, which allows some 'limited violations' of the UN Charter'.<sup>36</sup>

While the restrictive approach should be promoted in the sphere of international relations between UN member states, practice shows that the opposite is the case. However, by and large, the broad interpretation approach seems to be increasingly neglected. At the African level, a wide range of international military installations is currently operating in several African countries like Djibouti, Mali and Libya. It seems increasingly obvious that the most powerful states are deploying their military bases in Africa to pursue their geostrategic interests.<sup>37</sup> This raises questions about the legal basis for such military deployment and intervention. Except for states' 'right of self-defence, the UNSC 'possesses the legal monopoly on the use of force'.<sup>38</sup> Thus, the intervention without the UNSC's clear approval is a breach of the UN Charter.<sup>39</sup> However, the question, essentially, is whether the UNSC is the only authority able to authorise states to use force. This question

32 Case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v Uganda)* (19 December 2005) (2005) ICJ Reports 168.

33 M McGuinness 'Case concerning armed activities on the territory of the Congo: The ICJ finds Uganda acted unlawfully and orders reparations' (2006) 10 *The American Society of International Law Insights*. <http://www.asil.org/insights/2006/01/insights060109.html> (accessed 19 September 2020).

34 T Findlay *The use of force in UN peace operations* (2002) 6; CH Tams 'The use of force against terrorists' (2009) 20 *European Journal of International Law* 388.

35 Corten (n 24) 803.

36 T Franck *Recourse to force: state action against threats and armed attacks* (2002) 21 29.

37 A Samson 'The Grand Weiqi board: reconsidering China's role in Africa' (2011) 7 *Security Challenges* 61 62; S Degang & Y Zoubir 'The eagle's nest in the Horn of Africa: US military strategic deployment in Djibouti' (2016) 51 *Africa Spectrum* 111 120.

38 W Slomanson *Fundamental perspectives on international law* (2010) 476 477.

39 G Evans 'When may state use force?' *Australian Strategic Policy Institute* 30 April 2018 <https://www.aspistrategist.org.au/> (accessed 6 June 2020).

seems difficult to address, as the conventional sources are rather limited. Article 2(4) and Chapters VII and VIII of the UN Charter are far from providing explicit answers to the question raised. Thus, the answer can be found mainly in customary international law, with all the difficulties surrounding the task of establishing that law.

The idea that a military intervention within another sovereign state might be permissible, even without the endorsement of the government of that state, has a 'distinguished lineage in international legal and moral discourse'.<sup>40</sup> In other words, military intervention could be legitimate as a 'response to horrors as systematic attacks by a government on its own people, genocide, widespread starvation or complete failure of the government to ensure the most elementary conditions of life'.<sup>41</sup> Ironically, the world failed to intervene in Rwanda where almost a million people were killed due to the lack of intervention by the international community.

In the African context, article 4(h) of the Constitutive Act of the African Union (AU) establishes the right of the AU to intervene in a member state to prevent grave violations of human rights namely: war crimes, genocide and crimes against humanity.<sup>42</sup> Subsequently, the AU added amendments to enlarge the Constitutive Act to extend the right of intervention to 'a serious threat to a legitimate order to restore peace and stability to the member state of the Union upon the recommendation of the Peace and Security Council'.<sup>43</sup> It is evident that by the intervention, the AU Constitutive Act involves military intervention authorised by the AU Assembly and executed by African forces in an African states, where at least one of the grave circumstances cited above happens.<sup>44</sup> However, article 4(h) does not state whether the AU should request prior authorisation from the UNSC, leading to many interpretations.<sup>45</sup> Legally speaking, the AU needs authorisation from UNSC in the sense of article 53 of the UN Charter, which stipulates that no 'enforcement action shall be taken under regional arrangements or by regional agencies without the authorisation of the Security Council'. The matter of military intervention within the framework of the AU, as a regional organisation, is beyond the scope of this paper. The emphasis in this article is on foreign military intervention from a purely international perspective, with a particular focus on Africa.

40 M Ramuhala *Military intervention in Africa after the Cold War* (2001) 24.

41 A Roberts 'The road to hell ... a critique of humanitarian intervention' (1993) 16 *Harvard International Review* 2.

42 Art 4(h), AU Constitutive Act.

43 African Union 'Protocol on Amendments to the Constitutive Act of the African Union' 11 July 2003; not yet in force.

44 G Amvane 'Intervention pursuant to article 4(h) of the Constitutive Act of the African Union without United Nations Security Council authorisation' (2015) 15 *African Human Rights Law Journal* 282 286.

45 As above.

## 2.2 The use of force authorised by the United Nations Security Council

As noted in the previous section, the legal framework governing the military intervention and the use of force in international law is enshrined in the UN Charter. Under the UN Charter, the use of armed force is expressly allowed only in two cases: on the one hand, when it comes to 'self-defence'<sup>46</sup> and, on the other hand, when the UN itself, through the UNSC, authorised under the provisions of Chapter VII, 'the lawful use of force'.<sup>47</sup> While it is not expressly mentioned in the UN Charter, the right of self-defence against non-state actors has been increasingly invoked and admitted in practice even if its lawfulness has not yet been clearly proved.<sup>48</sup> The focus on this part will not be on the inherent right of collective or individual self-defence if an armed attack occurs against a member of the UN in the sense of article 51 of the UN Charter, but on the use of force by the UNSC if international peace and security are threatened.

The UN Charter is built around the objective of maintaining the international peace and security. Article 24 of the UN Charter entrusts the UNSC with the 'primary responsibility for the maintenance of international peace and security'.<sup>49</sup> To ensure that it thoroughly plays this role, the UNSC acts on behalf of the United Nations member states.<sup>50</sup> The functions and powers of the UNSC are very broad, including the use of military force, if necessary. However, this does not mean that its power is limitless. The Council is 'bound by fundamental principles of a peremptory or *jus cogens* character, in carrying out its functions and responsibilities, although there is no universal agreement as to which principles would include'.<sup>51</sup>

Thus, the UNSC may use force in case of threats to international peace and security. 'Before the Security Council can adopt enforcement measures, it has to determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace or act of aggression.'<sup>52</sup> The range of situations which the Council determined as giving rise to threats to the peace

46 E De Wet *The Chapter VII powers of the United Nations Security Council* (2004) 262.

47 As above.

48 N Tsagourias 'Self-defence against non-state actors: the interaction between self-defence as a primary rule and self-defence as a secondary rule' (2016) 29 *Leiden Journal of International Law* 801-825.

49 Art 24(1), UN Charter stipulates: 'In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf'.

50 Art 25, UN Charter stipulates: 'The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter'.

51 T Gill 'The legal characterization and basis for enforcement operations and peace enforcement operations under the UN Charter' in T Gill & D Fleck (eds) *The handbook of the international law of military operations* (2010) 84.

52 Art 39, UN Charter.

covers 'country-specific situations such as inter- or intra-state conflicts or internal conflicts with a regional or sub-regional dimension'.<sup>53</sup> For this reason, all the member states have a duty 'to make available to the UNSC, on its call and in accordance with a special agreement or agreements, armed forces, assistance, and facilities, including rights of passage, necessary for the purpose of maintaining international peace and security'.<sup>54</sup> Also, the UN Charter established a subsidiary body of the UNSC, which is the Military Staff Committee (MSC). The main mission of the Committee is to advise and support the UNSC on all questions concerning the UNSC's 'military requirements for the maintenance of international peace and security, the employment and command of forces placed at its disposal, the regulation or armaments, and possible disarmament'.<sup>55</sup> According to the UN Charter the Military Staff Committee must 'consist of the Chiefs of Staff or the permanent members of the UNSC or their representatives'<sup>56</sup> and that the MSC 'shall be responsible under the UNSC for the strategic direction of any armed forces placed at the disposal of the Security Council'.<sup>57</sup>

The provisions of chapter VII of the UN Charter were ambitious. However, in practice, the MSC met regularly for some years,<sup>58</sup> but the military arrangements under article 43 of the UN Charter have never been concluded. In this context, Young investigated the causes that prevented the UN from establishing a standing military force under the direct control of the UNSC on the advice of the MSC. He concluded that the great potential of solidarity and agreement, which had marked the war effort and which had 'carried over into drafting of the Charter, broke down, leading to the polarisation of the international system and the onset of the cold war'.<sup>59</sup> In the same vein, Roberts and Zaum considered that 'the disagreement among the P5 about the size, the composition, and basing arrangement of national contributions' are behind the inability of the UNSC to establish permanent armed forces.<sup>60</sup> Without going into all the details, which require an explanation of a political, military, and legal nature, the UNSC fails to implement a standing UN military force. To overcome that deadlock, the UN developed the concept of peacekeeping,<sup>61</sup> which was not included in the Charter, and the practice of authorisation or delegation of military intervention.

The UNSC may recourse to the delegation of military intervention in case of a threat to international peace or security. However, the

53 As above.

54 Art 43, UN Charter.

55 Art 47(1), UN Charter.

56 Art 47(2), UN Charter.

57 Art 47(3), UN Charter.

58 L Burns & N Heathcote *Peacekeeping by UN forces: from Suez to the Congo* (1963) 197.

59 O Young *The intermediaries: third parties in international crises* 1967 122.

60 A Roberts & D Zaum *Selective security: war and the United Nations Security Council since 1945* (2008) 48.

61 M Goulding 'The evolution of United Nations peacekeeping' (1993) 69 *International Affairs* 451 464.

delegation of military intervention is not explicitly enshrined in the Charter, but it has been recognized by practice. Thus, the basis of the practice of military delegation can be deduced through an extensive interpretation of the UN Charter. That is to say, that the UN Charter recognises, implicitly, the practice of delegation of military intervention.<sup>62</sup> Therefore, every foreign military intervention must be based on prior authorisation from the UNSC. However, one important 'area of debate that began in the wake of the US-led invasion of Iraq remains unresolved: does the use of force necessitate a direct resolution from the UNSC sanctioning such action' or is 'implied Security Council authorisation' sufficient?<sup>63</sup>

The UN General Assembly (UNGA) can recommend collective measures to member states when the Security Council has failed to 'exercise its primary responsibility for the maintenance of international peace and security in any case where there appears to be a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression'.<sup>64</sup> Also, regional organisations have the authority to react to situations that threaten international peace and security with the authorisation of the UN Security Council.<sup>65</sup> Such intervention has happened in various cases, including several within Africa. There are several examples of military interventions carried out in Africa under the auspices of the UN. Some military operations succeeded while others failed.<sup>66</sup> Of interest here, are the unsuccessful operations of military interventions. Darfur and Rwanda are examples of failed military interventions. What were the reasons for failure?

The UN failed to prevent the Rwandan genocide by intervening much later, after the death of almost a million people. In this context, Barnett reveals the UN's 'sins of omission' and moral responsibility for the deaths of hundreds of thousands.<sup>67</sup> Additionally, the US' response to the Rwandan genocide demonstrates all three major reasons for inaction: the 'shadow of Somalia' as well as inaction because of a lack of national interest and internal pressure.<sup>68</sup> In the same vein, Power considers that 'Rwanda is emblazoned in the popular consciousness as a failure to take action, a case in which political will was the key stumbling block to action'. According to her, 'American leaders did not

62 UN Secretary-General's Reports on UN/Regional relations, UN Doc S/2006/590, S/2008/186.

63 J Sarkin 'The role of the United Nations, the African Union, and Africa's sub-regional organisations in dealing with Africa's human rights problems: connecting humanitarian intervention and the responsibility to protect' (2009) 53 *Journal of African Law* 6.

64 Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, para 6.30. <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf> (accessed 20 September 2020).

65 Art 53, UN Charter.

66 Ramuhala (n 40) 60.

67 M Barnett *Eyewitness to a genocide: the United Nations and Rwanda* (2002) 46 48.

68 As above.

act because they did not want to'.<sup>69</sup> Likewise, the UN and international community failed in restoring peace to Darfur. Powell considered the Darfur conflict genocide and announced it as the worst humanitarian crisis of the 21st century.<sup>70</sup> Initially, the UN attitude to the conflict in Darfur was marked by considerable reluctance to take action and a tendency towards half measures. The EU and NATO have made it clear that they would not commit their own forces.<sup>71</sup> China has also failed to respond because of its oil ties to Sudan.

Failure to intervene in Rwanda and Darfur begs the question of who must intervene and why? These questions arise from the fact that neither states nor non-state actors intervened at a time when the intervention was expected. Additionally, quite perplexing, is whether all the military operations conducted in Africa were built on authorisation from the UNSC or any legal basis? Also, there is a profound contradiction between the supposed norm of non-intervention and the consistent interventionist practices of states.<sup>72</sup> Adding to the controversy is the issue relating to what constitutes a threat to international peace and security. Are peaceful demonstrations by people demanding political changes, to be considered a threat to international peace justifying military intervention?

### **3 THE PRACTICE OF UNLAWFUL FOREIGN MILITARY INTERVENTION ON THE AFRICAN CONTINENT**

Certainly, there is an important difference between the diverse types of foreign military operations in Africa. Even though they are not always successful, the operations undertaken under aegis of the UN are generally 'better funded and equipped, invoke selection criteria that should produce fewer grievances' than other operations operated by regional organisations or states.<sup>73</sup>

The foreign military operations undertaken, unilaterally, are recognised as unlawful. In this context, there has been criticism about the military presence of the US and France in Africa. Also, a remarkable number of other foreign powers like China 'have quietly been putting boots on African soil over the past couple of decades, though attracting

69 S Power 'Remember Rwanda but take action in Sudan' *The New York Times* 6 April 2004. <https://www.nytimes.com/2004/04/06/opinion/remember-rwanda-but-take-action-in-sudan.html> (accessed 20 September 2020).

70 'Powell calls Sudan killings genocide' *CNN* 9 September 2004. <https://edition.cnn.com/2004/WORLD/africa/09/09/sudan.powell/> (accessed 20 September 2020).

71 As above.

72 S Krasner *Sovereignty: organised hypocrisy* (1999) 9 25.

73 R Schiel and others 'Peacekeeping deployments and mutinies in African sending states' (2020) 16 *Foreign Policy Analysis* 251.



little attention'.<sup>74</sup> Does the UN or the AU endorse all those military operations? Are they controlling them? And if not, should Africans be worried?

While some of those foreign military operations and bases are the outcome of bilateral agreements between some AU member states and foreign powers, others are not.<sup>75</sup> In this context, the PSC did not stop expressing concerns about those bases on the continent and the establishment of new ones.<sup>76</sup> For instance, in April 2016, the Council called on member states to be 'circumspect' when 'entering into agreements' that would lead to the establishment of foreign military bases in their countries.<sup>77</sup> Despite its expression of concern, nevertheless, the number of foreign military operations and bases seems not to be decreasing. It is difficult to enumerate all military bases and operations in all the African countries, but it is claimed that the US and France have the most troops on the continent.<sup>78</sup>

Excluding UN operations, France maintains a military presence in Francophone areas of eastern, central, and western Africa, that involves an estimated 8,700 military personnel spread across the continent in various military operations and missions.<sup>79</sup> Also, the US has established a major military presence on the continent. Since the attacks of 11 September 2001 attacks, the US military has built 'a sprawling network of outposts in more than a dozen African countries'.<sup>80</sup> In 2020, the Pentagon map shows a network of 29 US bases in Africa.<sup>81</sup> Furthermore, new actors such as China, Turkey, and

74 P Fabricius 'AU summit 30: Should Africa worry about a growing foreign military presence?' *Institute for Security Studies* 25 January 2018. <https://issafrica.org/iss-today/au-summit-30-should-africa-worry-about-a-growing-foreign-military-presence> (accessed 22 September 2020).

75 A Asamoah 'Will countries heed the AU Peace and Security Council's concerns about foreign military bases on the continent?' *Institute for Security Council* 27 August 2019 <https://issafrica.org/iss-today/proceed-with-caution-africas-growing-foreign-military-presence> (accessed 19 June 2020).

76 As above.

77 M Diatta and others 'ISS Peace and Security Council Report - Questions over foreign military presence in Africa' (2019) 116 *Institute for Security Studies* 4 6.

78 As above.

79 A Sundberg 'France: A continuing military presence in Francophone Africa' FOI Memo 6814 (2019). For example, in Djibouti, France has a permanent force of 1,450 troops, is its largest overseas military base and the biggest permanent foreign establishment in Africa. In Dakar, Senegal, and Libreville, Gabon, France has regional cooperation bases (POC, Pôle Opérationnel de Coopération) that provide special support to their host countries and neighbours.

80 N Turse 'Obama's scramble for Africa: US military operations on the continent have accelerated far beyond the more limited actions of the Bush years' *Aljazeera* 15 July 2012 <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/07/20127158391089237.html> (accessed 20 June 2020).

81 N Turse 'Pentagon's own map of US bases in Africa contradicts its claim of 'Light Footprint' *The Intercept* 27 February 2020. <https://theintercept.com/2020/02/27/africa-us-military-bases-africom/> (accessed 20 June 2020). In 2019, there were between 6,000 and 7,000 US troops in Africa.

The largest numbers of US troops in Africa are in Djibouti. Also, the US has roughly 400 troops in Somalia. Other military outposts are deployed in Somalia, Cameroon, Kenya, Mali, Niger, and Burkina Faso, Libya, etc.

the United Arab Emirates have set up military bases in the African Continent. Russia, on its part, is regularly extending its military influence across Africa by increasing arms sales, security agreements, and training programs.<sup>82</sup>

In principle, nothing in the UN Charter nor the AU Constitutive Act prohibits governments from concluding military cooperation agreements. All governments, including the African states, enjoy the full right to conclude bilateral or multilateral military agreements. Speaking of military agreements, you may wonder what their purposes are exactly. And, if the UNSC has the responsibility, under the UN Charter, for the maintenance of international peace and security, then why do states resort to military agreements? Also, why does the AU continue to express concerns about this kind of agreement?

Bilateral and multilateral military cooperation has become a predominant feature of international military operations to resolve crises, such as combatting terrorism or conflict resolution. In other words, to respond to such various threats and crises, military organisations are increasingly operating in the context of the bilateral and multinational framework. This may be under the aegis of the UN as already discussed, but also more recently, in the context of regional supranational organisations such as the AU or just between states.<sup>83</sup> Also, it seems that the UN Charter permits or encourages military action independent of the UN itself. According to the former Secretary-General Boutros Boutros-Ghali, the absence of a clear definition of the concept of regional agreements by Chapter VIII of the Charter leaves the door open to the UN to interpret the cooperation with regional organisations in the area of military intervention.<sup>84</sup>

However, the controversies, surrounding several military operations occurring in many African countries, are incontestable. On closer inspection, it gets more complicated, especially that, both visible and secret military bases are scattered across Africa.<sup>85</sup> Africa was a crucial geographical stake during the Cold War, and is once again emerging as an important area of strategic competition. As mentioned

82 'Russia exerts growing influence in Africa, worrying many in the West' *The New York Times* 28 January 2020 <https://www.nytimes.com/2020/01/28/world/africa/russia-africa-troops.html> (accessed 20 June 2020).

83 J Soeters & P Manigart 'Military cooperation in multinational peace operations: managing cultural diversity and crisis response' (2008) *International Journal of Cooperative Information Systems* 2.

84 D Hamburg & K Ballentine 'Boutros-Ghali's agenda for peace: the foundation for a renewed United Nations' in Boutros Boutros-Ghali (eds) *Amicorum Discipulorumque Liber* (1998) 489-509.

85 K Watson 'Where does the US have troops in Africa, and why?' *CBS News* 23 October 2017. <https://www.cbsnews.com/news/where-does-the-u-s-have-troops-in-africa-and-why/> (accessed 22 September 2020); T McCormick 'US operates drones from secret bases in Somalia' *Foreign Policy*, 2 July 2015. <https://foreignpolicy.com/2015/07/02/exclusive-u-s-operates-drones-from-secret-bases-in-somalia-special-operations-jsoc-black-hawk-down/> (accessed 22 September 2020); Turse N 'The stealth expansion of a secret US drone base in Africa' *The Intercept* 21 October 2015. <https://theintercept.com/2015/10/21/stealth-expansion-of-secret-us-drone-base-in-africa/> (accessed 22 September 2020).

earlier, while the US and France are at the forefront of conducting military operations on African soil, other military competitors, namely China and Russia, are rapidly expanding their military influence across Africa.<sup>86</sup>

Among the former colonial powers that once ruled Africa, France is the only country to have continued, post-colonisation, to deploy its military bases and installations in Africa, establishing what has been defined as a 'permanent intervention'.<sup>87</sup> Thus, decolonisation remains incomplete, and hence France's military post-colonial influence in Africa continues.<sup>88</sup> This was manifested through the neo-colonial networks of defence treaties with the majority of former African colonies,<sup>89</sup> in order to maintain a dominant role in its famous 'pré-carré', its African 'backyard'.<sup>90</sup> However, this kind of treaties has been largely criticised because it incorporates secret clauses, authorising the use of the territory and airspace of the African countries by the French army.<sup>91</sup> Also, neither the scope nor the limits of the French military intervention were clear.

Consequently, in the decades following the 1960s, when the colonial era ended, France continued to observe its former colonies in Africa as an 'exclusive sphere of influence'.<sup>92</sup> A significant 'piece of the post-colonial jigsaw' was France's large military presence in Africa.<sup>93</sup> France intervened military across national boundaries in African states and territories. This large 'French militarism in Africa'<sup>94</sup> was problematic with regard to its legal basis. It is within this context that the matter of the French unlawful military intervention arises.

Chafer and Cumming address the issue of the unlawfulness of the French military intervention in Africa.<sup>95</sup> They argue that 'until the

86 'Why foreign countries are scrambling to set up bases in Africa' *The Quint* 22 September 2020. <https://www.thequint.com/news/world/why-foreign-countries-are-scrambling-to-set-up-bases-in-africa> (accessed 22 September 2020).

87 R Luckham 'French militarism in Africa' (1982) 24 *Review of African Political Economy* 56.

88 F McNamara *France in black Africa* (1989) 5.

89 S Decalo 'Modalities of civil-military stability in Africa' (1989) 27 *Journal of Modern African Studies* 547-551.

90 R Marchal 'France and Africa: the emergence of essential reforms?' (1998) 24 *International Affairs: Royal Institute of International Affairs* 361.

91 G Martin 'The historical, economic, and political bases of France's African policy' (1985) 23 *Journal of Modern African Studies* 198-204; A Türke 'New Defence Partnership Treaties/Agreements of France in Africa' *CERPESC* 07 February 2013. [http://europavarietas.org/csdp/csdpblog/new\\_defence\\_partnership\\_agreements\\_of\\_france\\_in\\_africa](http://europavarietas.org/csdp/csdpblog/new_defence_partnership_agreements_of_france_in_africa) (accessed 22 September 2020) Revision of defence agreements and the conclusion of new Agreements / Treaties establishing a defence partnership was completed during the period 2009-2012.

92 Assensoh & Assensoh (n 1 above).

93 I Benneyworth 'The ongoing relationship between France and its former African colonies' (2011) *E-International Relations* 2.

94 Luckham (n 87) 56.

95 T Chafer & G Cumming 'France in the Sahel: a case of the reluctant multilateralism?' *The Conversation* 3 August 2020. <https://theconversation.com/france-in-the-sahel-a-case-of-the-reluctant-multilateralist-143467> (accessed 22 September 2020).

1990s, French military interventions were mostly unilateral and accompanied by the practice of self-legitimation.’ According to the authors, interventions were conducted based on ‘the French interpretations of security’.<sup>96</sup> In other words, the rules of engagement and levels of force deployed were determined by France – without reference to external legitimating authorities.<sup>97</sup> In the same vein, Recchia asserts that French leaders deployed thousands of combat troops unilaterally on various missions.<sup>98</sup> Critics have pointed out that France has a ‘historical record of unilateral military interventionism’ and is said to support the African political leaders, all of whom have arrived to power in an undemocratic way.<sup>99</sup> France’s support for numerous *coups d’état*, dictators, and rebellions during the Cold War years is, to a large extent, a part of its unlawful military intervention in Africa.<sup>100</sup>

There are numerous examples that illustrate this type of military intervention. One of the clearest examples of French unlawful military intervention was the reestablishment of Leon M’Ba as the President of Gabon after a transitory *coup d’état* in 1964.<sup>101</sup> Without even an official Gabonese request for assistance, French troops were flown in from Dakar and Brazzaville to support the authoritarian President. Once back in power, M’Ba was more repressive than ever.<sup>102</sup> Many others followed: in Congo-Brazzaville, Chad, Benin, Rwanda, Togo, and Central African Republic.<sup>103</sup> The Rwandan genocide represents a very extreme example of the consequences of the unlawful military intervention. French military troops have been accused of the participation and the execution of the Rwandese genocide.<sup>104</sup>

While the defence treaties and interventions were the most visible signs of France’s post-independence involvement, the influence of the French military on the national defence policies and armies of Francophone African states seemed less obvious but remains very important.<sup>105</sup> In the absence of deep historical links in Africa, the US has little historic interests to intervene in Africa.<sup>106</sup> Over time, the

96 As above.

97 As above.

98 S Recchia ‘A legitimate sphere of influence: understanding France’s turn to multilateralism in Africa’ (2020) 43 *Journal of Strategic Studies* 508.

99 T Koepf ‘France and EU military crisis management in Sub-Saharan Africa – no (more) hidden agenda’ (2010) *Institute for European Studies* 2.

100 As above.

101 M Reed ‘Gabon: a neo-colonial enclave of enduring French interest’ (1987) 25 *Journal of Modern African Studies* 283.

102 As above.

103 S Touati *French foreign policy in Africa: between pré Carré and multilateralism* (2007) 12.

104 ‘Rwanda Accuses France of Complicity in 1994 Genocide’ *The New York Times* 13 December 2017. Africa <https://www.nytimes.com/2017/12/13/world/africa/rwanda-france-genocide.html> (accessed 22 September 2020).

105 S Gregory ‘The French military in Africa: past and present’ (2000) 99 *African Affairs* 396.

106 G Lyons & M Mastanduno *Beyond Westphalia? State sovereignty and international intervention* (1995) 8.

American interest in Africa increased. As a result, the US is becoming one of the continent's most dominant global military players. The US military footprint and military activities have deepened since the establishment of the US Africa Command (AFRICOM) in 2008.<sup>107</sup> Besides the visible military operations, several reports showed that the US is conducting secret military missions all over Africa.<sup>108</sup> In his book *Tomorrow's battlefield: US proxy wars and secret ops in Africa*, Turse chronicles the rise of America's military presence in Africa for years.<sup>109</sup> According to him, the US military is 'increasingly engaged in a new shadow war' in Africa, serving to 'destabilize' whole countries and preparing the ground for 'future blowback'.<sup>110</sup> The author goes even further and talks about 'a US-backed uprising' and 'US-backed war' in Libya, which caused chaos in the country.<sup>111</sup>

Other commentators followed Turse in expressing concern at the dangers of the US 'shadow war' in Africa. Booker and Hartung, for example, observe that 'America's shadow war in Africa is dangerous and counterproductive'.<sup>112</sup> It is further argued that the secret enlargement of US military bases and special operations in Africa has initiated 'a new and lightweight style of warfare and welcomes the next phase of American military imperialism'.<sup>113</sup> Furthermore, it is worth noting that the perception of Africa being observed as 'a strategic hub' for American resources was a 'politicized thought process' published in 1997 by AFRICOM, which affirms that the alteration in US interest towards Africa was 'the culmination of a ten-year thought process within the Department of Defence'.<sup>114</sup> As Al Kassimi maintains, 'AFRICOM is an extension of the US informal empire, which amounts to the militarization of US foreign policy towards Africa to achieve US strategic economic interest on the continent'.<sup>115</sup> In addition, critics

107 N Turse 'Exclusive: The US military's plans to cement its network of African bases' 1 May 2020 *The Mail & Guardian* <https://mg.co.za/article/2020-05-01-exclusive-the-us-militarys-plans-to-cement-its-network-of-african-bases/> (accessed 22 September 2020).

108 N Turse and others 'Exclusive: Inside the secret world of US commandos in Africa' *Pulitzer Center* 11 August 2020 <https://pulitzercenter.org/reporting/exclusive-inside-secret-world-us-commandos-africa> (accessed 22 September 2020).

109 N Turse *Tomorrow's battlefield: US proxy wars and secret ops in Africa* (2015) 47.

110 Turse (n 109) 56, 77.

111 As above.

112 S Booker & W Hartung 'America's shadow war in Africa is dangerous and counterproductive' *The Hill* 1 June 2018. <https://thehill.com/opinion/international/367593-americas-shadow-war-in-africa-is-dangerous-and-counterproductive> (accessed 22 September 2020).

113 J Yun 'US expands secret wars in Africa' *The Chimes* 10 May 2016. <https://chimesnewspaper.com/24839/opinions/us-expands-secret-wars-africa/> (accessed 22 September 2020).

114 J Keenan 'AFRICOM: its reality, rhetoric, and future' in D Francis (eds) *US strategy in Africa: AFRICOM, Terrorism, and Security Challenges* (2010) 113.

115 K Al-Kassimi 'The US informal empire: US African Command (AFRICOM) expanding the US economic-frontier by discursively securitizing Africa using exceptional speech acts' (2017) 11 *African Journal of Political Science and International Relations* 307.

assert that the creation of AFRICOM reflects in part the Pentagon's proactive attempt to contain 'China's growing influence in Africa.'<sup>116</sup>

In this sense, China's growing military engagement in Africa should not go unnoticed. Initially, China has not been known for establishing military bases in Africa.<sup>117</sup> That has now changed, following China's decision to build a military base in Djibouti in the Horn of Africa in 2017 and to hold military drills in several African countries.<sup>118</sup> In other words, China has been forging stronger military ties with African nations through arms sales, security agreements, and military training programmes. How should this be interpreted in terms of China's global military positioning? And what are the implications of the Chinese military presence in Africa? The notable expansion in China's military presence in Africa since 2015 gives rise to several more complex issues for both China and the local communities involved. According to a report, China's increasing military and security presence in Africa is leading to concerns in some local constituencies.<sup>119</sup> The fact that China's state-centric attitude of security and development 'downplays the importance of human rights is likely to increase these tensions on the ground.'<sup>120</sup>

China's growing military entanglement in Africa has become more challenging to reconcile with its historical commitment to non-interventionism.<sup>121</sup> China's global economic and security ambitions seem to be tilting China towards a more interventionist approach, which is extending beyond UN peacekeeping contributions towards security and military missions of its own.<sup>122</sup>

Generally speaking, states justify the deployment of military bases in sovereign nations by the need to contain internal conflict, to combat terrorism in Africa, and to control illegal migration.<sup>123</sup> Military installations in African countries vary from permanent to temporary; and from large to small. Within this framework, the Swedish Defence Research Agency have studied the presence of twelve non-African state actors in Africa.<sup>124</sup> Its report not only identifies but also demonstrates

116 L Ploch 'Africa Command: US strategic interests and the role of the US military in Africa congressional' Research Service 22 July 2011 <https://fas.org/sgp/crs/natsec/RL34003.pdf> (accessed 22 September 2020).

117 T Neethling 'What the Djibouti military base tells us about China's growing role in Africa' *The Conversation* 1 August 2017 (accessed 23 September 2020). <https://theconversation.com/what-the-djibouti-military-base-tells-us-about-chinas-growing-role-in-africa-81783>

118 'China's Djibouti naval base increasing its power' *East Asia Forum* 16 May 2020 <https://www.eastasiaforum.org/2020/05/16/chinas-djibouti-naval-base-increasing-its-power/> (accessed 23 September 2020).

119 P Nantulya 'Chinese hard power supports its growing strategic interests in Africa' *Africa Center for Strategic Studies*. 17 January 2019 <https://africacenter.org/spotlight/chinese-hard-power-supports-its-growing-strategic-interests-in-africa/> (accessed 23 September 2020).

120 As above.

121 Neethling (n 117).

122 'China's growing global role and the impact of international law' *The World Economic Forum* 20 February 2019. <https://www.weforum.org/agenda/2019/02/chinas-growing-global-role-and-the-impact-of-international-law/> (accessed 23 September 2020).

the reasons behind the actors' military bases on the continent.<sup>125</sup> The report shows that the presence of military bases has increased, especially in the Horn of Africa and West Africa: 'Strategic interests, such as protecting economic interests, power competition, shows of military force, and maintaining historic ties, often lie behind the increase.'<sup>126</sup>

It may, in general, be noted that fighting terrorism, restraining internal conflict, and controlling illegal migration are reasons for deploying foreign military bases deployment in African states. These are not the only motives. Although Western governments indicated humanitarian and security obligations as the motives for military intervention in Africa, military actions often hide strategic interests.<sup>127</sup> Ulterior motives sometimes explain and justify the presence of foreign military bases in African countries, in particular those established without prior authorisation.

In the same vein, the Libyan crisis of 2011, and the intervention of foreign military operations in the country raise more questions. The military intervention under the scope of the UNSC in Libya<sup>128</sup> was for seven months conducted by NATO.<sup>129</sup> However, this military operation was problematic in terms of the legality and legitimacy of forceful regime change, particularly in that the resolution did not define the scope and limits of the intervention.<sup>130</sup> While it is crucial to examine the arguments regarding the use of force in the protection of civilians, against the will of a functioning state, this is not the main topic of interest in this section. Instead, what interests us the most is what happened after the UNSC ended its authorisation of the foreign military intervention in Libya. Even though the NATO intervention was fast from a historical standpoint, it caused, created, or somehow led to civil

123 S Feldstein 'Do terrorist trends in Africa justify the US military's expansion?' *The Carnegie Endowment for International Peace* 9 February 2018. <https://carnegieendowment.org/2018/02/09/do-terrorist-trends-in-africa-justify-u.s.-military-s-expansion-pub-75476> (accessed 23 September 2020); F Azzouz 'French military presence in Africa's Sahel a fiasco?' *Anadolu Agency* 7 September 2020. <https://www.aa.com.tr/en/africa/french-military-presence-in-africas-sahel-a-fiasco/1965919> (accessed 23 September 2020).

124 'Power competition and natural resources behind military presence in Africa' Swedish Defence Research Agency <https://www.foi.se/en/foi/news-and-pressroom/news/2019-09-19-power-competition-and-natural-resources-behind-military-presence-in-africa.html> (accessed 3 July 2020).

125 As above.

126 As above.

127 P Schmitt 'France, Africa, and the ICC' in K Clarke - A Knottnerus & E Volder (eds) *Africa and the ICC: perceptions of justice* (2016) 129.

128 UN Security Council, Security Council resolution 1973 (2011) [on the situation in the Libyan Arab Jamahiriya], 17 March 2011, S/RES/1973(2011). The resolution called for an immediate cease-fire and the complete cessation of violence against civilians. It authorised member states to take all necessary measures to protect civilians under Chapter VII of the UN Charter while excluding any form of occupation of Libyan territory.

129 'UN votes to end foreign intervention in Libya' *The New York Times* 27 October 2011.

130 M Payandeh 'The United Nations, military intervention, and regime change in Libya' (2012) 52 *Virginia Journal of International Law* 357.

war.<sup>131</sup> Accordingly, the ongoing conflicts in Libya led to several unlawful foreign military intervention operations. For example, reports showed that Russia has set up many military bases in Libya without any authorisation from the UNSC.<sup>132</sup> Russia has set up military bases in Benghazi and Tobruk, where it has deployed special forces and has been sending weapons to help the head of the Libyan National Army.<sup>133</sup> The size and overall strength of Russia's military presence in Libya lacked clarity. It is pointed out, too, that French forces are known to have been operating in Benghazi, providing intelligence support to the Libyan National Army.<sup>134</sup>

Unlawful foreign military intervention in many African countries is controversial when it happens. Generally speaking, it is challenging to prove the unlawfulness of certain military operations. Powerful states try to legalise or legitimate their intervention through military agreements with authoritarian or fragile African countries. The scope and limits of such military agreements, concluded behind closed doors, are generally obscure. Thus, the lack of transparency, the vagueness, and the open-ended nature of the operation's goals challenge the legality of certain military operations in Africa. Likewise, unauthorised military interventions, as in the case of Libya, raise more than a question of its legality and compliance with international norms and standards. Meanwhile, the UNSC remains silent regarding the underlying motives of powerful states and NATO's interventions in Africa. It appears increasingly clear that the most powerful states are expanding their military bases in Africa to extend their geostrategic interests.<sup>135</sup> Thus, it is pertinent to wonder whether these kinds of military operations are making a bad situation worse.

#### 4 THE IMPACTS OF AFRICA'S GROWING SUSPICIOUS FOREIGN MILITARY BASES AND OPERATIONS

With the number of foreign military operations and bases increasing, peace is still far from being reached in many African countries. The instability in Africa is principally due to the armed conflict, terrorism, anti-government turbulence, but also to a significant extent to the presence of suspicious foreign military bases and operations.

131 M Green 'To what extent was the NATO intervention in Libya a humanitarian intervention?' (2019) *E-International Relations* 4. <https://www.e-ir.info/2019/02/06/to-what-extent-was-the-nato-intervention-in-libya-a-humanitarianintervention/> (accessed 10 July 2020).

132 'Russia's real designs in Libya' *The Arab Weekly* 21 October 2018.

133 'Russia now has at least 14 combat jets in Libya as satellite images reveal new details' *The Drive* 27 May 2020.

134 Foreign Policy: French military operating in Libya. <https://foreignpolicy.com/2016/02/25/french-military-operating-in-libya/> (accessed 5 July 2020).

135 Samson (n 37) 62.



#### 4.1 Strengthening Africa's authoritarian regimes through unlawful military operations

Authoritarianism is a form of government marked by strong central power and limited political freedoms. Political scientists have outlined different typologies of authoritarianism.<sup>136</sup> As with all labels of regime types, there is no full unanimity on what is meant by political authoritarianism.<sup>137</sup>

In Africa, Freedom House has tracked a significant retreat in political rights, civil liberties, and the overall quality of democracy.<sup>138</sup> Also, a report made by the Bertelsmann Transformation Index (BTI) on democratic trends between 2015 and 2018 comes to the conclusion that Africa is a 'divided continent'.<sup>139</sup> The report reveals that 'while many of the continent's more authoritarian governments have become even more repressive and entrenched, a number of aspiring democracies are holding their own.'<sup>140</sup>

In line with these trends, more countries shifted towards authoritarian rule than democracy during this period. Most notably, increasing government abuses in Uganda and Mozambique led both to be downgraded to 'moderate autocracies.' Similar developments in Burundi and Zimbabwe saw them falling to the index's least democratic classification: 'hard-line autocracies'.<sup>141</sup> In this context, France continues to exert control over its former African colonies through different means, including military agreements with dictators, accused of human rights violations, and tyranny.<sup>142</sup> As discussed above, France has been seen as complicit in allowing African dictators to remain in power, by providing them military support. In return, the dictators offer French companies 'lucrative contracts and facilitate the French military mobility and deployment.'<sup>143</sup> For example, in 1986, France launched *Operation Epervier* to protect the authoritarian regime of Hissène Habré against the advance of Libyan forces, and Libyan-

136 F Cerutti *Conceptualizing politics: an introduction to political philosophy* (2017) 16 21.

137 S Purcell 'Authoritarianism' (1973) 5 *Comparative Politics* 301.

138 The Freedom in the World 2018: Democracy in crisis: 2018 Freedom House. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018> (accessed 24 September 2020).

139 A Divided Continent: BTI 2018 Regional Report Africa: 2019 Bertelsmann Stiftung 4.

140 As above.

141 'Both democracy and authoritarianism are on the rise in Africa' *The Conversation* 18 February 2019. <https://theconversation.com/both-democracy-and-authoritarianism-are-on-the-rise-in-africa-111789> (accessed 23 September 2020).

142 'Briefing: Is Macron set to finally smooth Franco-African relations?' *The Christian Science Monitor* 1 February 2018. <https://www.csmonitor.com/World/Europe/2018/0201/Briefing-Is-Macron-set-to-finally-smooth-Franco-African-relations> (accessed 23 September 2020).

143 As above.

backed rebels. Thus, French forces have remained in the country ever since.<sup>144</sup>

Similarly, the US has been 'empowering African dictators since the 1960s and creating a democratic crisis that still affects several countries'.<sup>145</sup> For instance, in the 1980s, the US helped bring former Chadian Dictator Hissène Habré to power in an effort to reduce the influence of Muammar Gaddafi.<sup>146</sup> According to Human Rights Watch, the US 'provided essential military support to his insurgency, and then to his government, even as it committed widespread and systematic human rights violations'.<sup>147</sup> Afoaku talks about a kind of 'international clientelism' between the US and authoritarian regimes, which is a patron-client relationship between 'unequal partners 'based on an unwritten contract for the exchange of non-comparable goods or services'.<sup>148</sup> The 'patron state' can offer material aid or crisis insurance in the form of a reliable response when the client is threatened. It can also offer 'brokerage with the outside world, including financial and political institutions as well as multinational banks and businesses.' In return, 'the client-state offers goods and services, including military bases and services that support the patron's regional interests, votes in international *fora*, and other expressions of loyalty'.<sup>149</sup>

It must be admitted that it is difficult to prove the actors involved in patron-client relationships, and goods and services exchanged between them, including the military agreements. On this basis, the transparency on military agreements between the authoritarian African governments and superpowers must be highlighted. For example, Ero claims that the lack of transparency, from both US and African governments, on the US military's presence in Africa is a matter for concern, as is their apparent compliance to work with authoritarian governments:<sup>150</sup>

It does feed into that broader concern that some states are being propped up... the US is seen as legitimising and further prolonging authoritarian tendencies, or states that are not seen as having legitimacy.

The issue has become more complicated in light of the presence of secret foreign military operations. As stated earlier, some states

144 N Powell 'The flawed logic behind French military interventions in Africa' *The Conversation* 12 May 2020. <https://theconversation.com/the-flawed-logic-behind-french-military-interventions-in-africa-132528> (accessed 23 September 2020).

145 'The United States of America has a long history of supporting African dictators' *The African Exponent* 19 October 2017. <https://www.africanexponent.com/post/8618-the-united-states-of-america-has-a-long-history-of-supporting-african-dictators> (accessed 23 September 2020).

146 'Enabling a dictator, the United States and Chad's Hissène Habré 1982-1990' *Human Right Watch* 28 June 2016. <https://www.hrw.org/report/2016/06/28/enabling-dictator/united-states-and-chads-hissene-habre-1982-1990> (accessed 23 September 2020).

147 As above.

148 O Afoaku 'US foreign policy and authoritarian regimes: change and continuity in international clientelism' (2000) 17 *Journal of Third World Studies* 16.

149 As above.

150 Turse and others (n 108).

conduct secret military operations in Africa. For instance, Stephens asserts that the 'role of the US military in Africa is not clear to anyone.'<sup>151</sup> According to the author, the US 'has obscured the nature of its military actions through ambiguous language and outright secrecy.' Also, the US was not clear 'about the objectives of its operations, how those operations are carried out, the facilities it uses, and how it partners with governments in the region.'<sup>152</sup> Thus, ordinary Africans are seldom told about the full extent of US military operations or offered a say in how and why Americans operate in their countries. Even basic information, like the progress and scope of deployments of the US troops on the continent, are mostly unreported across Africa.<sup>153</sup>

In a related context, the exposure to some different approaches to military management and control could be dangerous in terms of strengthening the African military dictatorships. For example, in the Chinese model, the People's Liberation Army (PLA) is subordinate to the absolute control of the ruling party, which itself supersedes the government and parliament. In contrast, the majority of African constitutions place the military under civilian control and multi-party legislative oversight.<sup>154</sup> As the Chinese military drills are increasing in Africa, some African observers have accordingly expressed concern that 'the extensive application of the Chinese model could be harmful given the currency of personality-driven governing styles and the tendency to bypass constitutional checks'.<sup>155</sup>

## 4.2 Weakening fragile states and democracies

Fragile and 'failed states' in Africa were favourable ground for unlawful foreign military intervention. Thus, political instability and internal conflicts are generally accompanied by unlawful foreign military intervention in the politics and governance of the fragile states. Frequently, dominant states use force or pressure over a weaker state and could intervene militarily easily. In these instances, military intervention could be an instrument handled by powerful states to dominate weaker states. In this context, the continued French domination in Africa is a good example of such a trend. As already stated above, even after the end of the colonial era and after the independence of most of the colonies, France intervened militarily more than 50 times on the continent.<sup>156</sup> Claiming to be an advocate of peace, France intervenes in many African conflicts using the pretext of

151 H Stephens 'The truth about the US military in Africa' (2019) *World Politics Review* <https://www.worldpoliticsreview.com/insights/26330/the-truth-about-the-u-s-military-in-africa> (accessed 6 July 2020).

152 As above.

153 Turse and others (n 108).

154 Nantulya (n 109).

155 S Hess & R Aidoo 'Charting the roots of anti-Chinese populism in Africa: a comparison of Zambia and Ghana' (2014) 49 *Journal of Asian and African Studies* 137.

156 Powell (n 144).

‘intervention against terrorism’ or ‘help to restore security at the request of the country concerned President’. French intervention in ‘African conflicts seems to be useless’ because most of the time it does not resolve the problems. For instance, neither territorial problems are solved, nor safety is insured in Mali today.<sup>157</sup>

Critics accused France of ‘pursuing a neo-colonialist agenda in Mali’.<sup>158</sup> With regards to the French military intervention in Mali in 2013, Christakis and Bannelier consider that military intervention is prohibited ‘when the objective of this intervention is to settle an exclusively internal political strife in favour of the established government which launched the invitation’.<sup>159</sup> According to them, the French military intervention in Mali was ‘a violation of the principles of non-intervention and non-interference in domestic affairs and the principle of self-determination of peoples’.<sup>160</sup> France has been widely criticised for interfering in the internal affairs of its former colonies, such as Mali and Madagascar, and for causing political conflicts in those countries.<sup>161</sup> Similarly, it has been conceived as pursuing ‘a strategy of domination on behalf of its own interest to keep the dependence of African states’.<sup>162</sup> That is why several African countries are superficial democracies and fragile states that are unable to address their fundamental political, governance, and security challenges.

The situation that put this discussion right in the spotlight is unlawful military intervention in Libya. The Libyan case showed that NATO went far beyond any mandate.<sup>163</sup> Although NATO may have had the primary ‘goal of protecting civilians, there is a substantial amount of evidence that suggests that the intervention was focused on regime change’.<sup>164</sup> This change of mission goals challenges the legitimacy of the intervention, and of NATO itself, especially that the situation in Libya continues to degrade.

Furthermore, as already mentioned, the argument of countering terrorism is often used as a pretext by powerful states to legitimise their military intervention in the continent, particularly that fragile African countries are often more vulnerable to violent terrorist attacks. In this context, Booker and Hartung consider that the military effort of the US to contain terrorism in Africa was limited.<sup>165</sup> In contrast, they admitted

157 T Korkmaz ‘La Françafrique’: the special relationship between France and its former colonies in Africa’ (2019) *INSAMER* [https://insamer.com/en/la-francafrique-the-special-relationship-between-france-and-its-former-colonies-in-africa\\_2307.html](https://insamer.com/en/la-francafrique-the-special-relationship-between-france-and-its-former-colonies-in-africa_2307.html) (accessed 15 July 2020).

158 ‘The interests behind France’s intervention in Mali’ *Deutsche Welle* 16 January 2013.

159 Christakis & Bannelier (n 31).

160 As above.

161 B Charbonneau ‘Dreams of empire: France, Europe, and the new interventionism in Africa’ (2008) 16 *Modern & Contemporary France* 280.

162 Korkmaz (n 162).

163 G Ulfstein & H Christiansen ‘The legality of the NATO bombing in Libya’ (2013) 62 *International & Comparative Law Quarterly* 160 161.

164 Green (n 22) 216.

165 Booker & Hartung (n 112).

that the presence of the US military bases could weaken already fragile democracies, facilitate corruption, and ‘increase the flow of deadly weapons to a region already awash in them.’<sup>166</sup> In this sense, Turse declares that

US “stability” operations in Africa have increased, militancy has spread, insurgent groups have proliferated, allies have faltered or committed abuses, terrorism has increased, the number of failed states has risen, and the continent has become more unsettled.<sup>167</sup> Besides, a report made by the Institute for Security Studies revealed that the foreign military presence in Africa is dangerous for the continent in terms of security and stability.<sup>168</sup>

With this in mind, the US has been accused of ‘ruling class wages war on African people abroad through AFRICOM and other means.’<sup>169</sup> In order to ‘maintain their oppression and exploitation of African people, this class uses military might’,<sup>170</sup> and as Nkrumah warned in *Neo-colonialism, the last stage of imperialism*, ‘military aid, in fact, indicates the last stage of neo-colonialism’.<sup>171</sup> Thus, ‘US imperialism has killed millions on the African continent through these wars and interventions’.<sup>172</sup> Similarly, on several occasions, the French army has been implicated in killing civilians in Africa.<sup>173</sup> This demonstrates the dangerous nature of the foreign military presence in Africa.

It must be admitted that the interrelation between unlawful military intervention, terrorism, and security is more complicated than it seems. That is why security concerns and instability could be mentioned when it comes to unlawful military presences in several African countries. In a narrow sense, the unlawful foreign military presence may ‘act as an incitement to attack, where the host country becomes a target in a conflict in which it may otherwise have no stake.’<sup>174</sup> Libya, a petroleum rich country, has for instance become embroiled in an increasingly intensifying competitive geostrategic struggle, with the Libyan Civil War pitting the UAE, Egypt, and Russia against Qatar, most of Europe, and Turkey.<sup>175</sup>

166 As above.

167 Turse (n 109) 5.

168 Diatta and others (n 77).

169 AFRICOM Watch Bulletin #6 *The Black Alliance for Peace* 16 July 2020 <https://blackallianceforpeace.com/africomwatchbulletin> (accessed 26 September 2020).

170 As above.

171 K Nkrumah *Neo-colonialism: the last stage of imperialism* (1965) 2.

172 AFRICOM Watch Bulletin #3 *The Black Alliance for Peace* 4 June 2020 <https://blackallianceforpeace.com/africomwatchbulletin> (accessed 26 September 2020).

173 ‘French military in Mali says it killed civilian by accident’ *France 24* 1 September 2020 <https://www.france24.com/en/20200901-french-military-in-mali-says-it-killed-civilian-by-accident> (accessed 26 September 2020).

174 ‘Nationalism, security, and foreign military bases: A question of interests’ (1988) 10 *Third World Quarterly* 5.

175 T Megerisi ‘Geostrategic dimensions of Libya’s civil war Africa’ Africa security brief no 37 *Center for Strategic Studies* 18 May 2020 <https://africacenter.org/publication/geostrategic-dimensions-libya-civil-war/> (accessed 8 July 2020).

## 5 CONCLUSION

The article demonstrates the extent to which unlawful military intervention in Africa has evolved, in terms of theory, practice, and how it expanded on the African continent. The unlawful foreign military presences in Africa are deeply rooted in history. The continent has never fully recovered from the colonial era. Former colonial powers such as France maintained a military presence in their former colonies, while the US and China became increasingly interested in establishing military bases on the continent. It is common knowledge that colonialism had very harmful effects on every conceivable aspect of Africa's growth and stability. The same is true when it comes to neo-colonialism, manifested through unlawful foreign military intervention and presence. This has left Africa manipulated by the hands of foreign powers. With few exceptions, African countries with abundant mineral wealth experience poorer democracy, instability, and weaker economic growth. Reconstructing damaged Africa and stopping unlawful foreign military intervention is an urgent challenge. The steps to change are difficult and require agreement from many political actors in Africa. Thus, many factors and efforts must come together to achieve this, including the strengthening of the AU military force. By doing so, the primacy of AU military building must be reinforced. The AU has shown proof of confronting some challenges. For instance, the organisation launched a successful naval and military intervention into the Comoros in March 2007. Little noticed internationally, this intervention was an extremely significant development for the AU. However, the reinforcement of the AU military force depends on other factors and actors. A better military coordination between the AU and other regional and continental organisations and African governments appears crucial.

Without powerful AU military forces capable of implementing efficient interventions, many African conflicts will either remain unresolved or depend on military forces outside the continent to try to impose a non-African solution for Africans. This opens the door for unilateral and unlawful foreign intervention. To achieve greater unity, 'African solutions to African problems' seem a viable solution towards a united and peaceful Africa. Accordingly, the AU's campaign on 'Silencing the Guns in Africa by 2020' could only be achieved in a context of peace.

# Silencing the guns to end gender-based violence in Africa: an analysis of article 10(3) of the Maputo Protocol

Ashwanee Budoo\*

<https://orcid.org/0000-0002-9004-014X>

**ABSTRACT:** One of the objectives of the African Union's (AU) 2020 theme 'Silencing the guns: creating conducive conditions for Africa's development' is to end gender-based violence. Since the campaign is to create a conflict-free Africa, it is estimated that the types of gender-based violence referred to here are those that occur during conflict situations. Existing documents for the practical implementation of the theme mention article 10(3) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (Maputo Protocol) which obligates states parties to 'take the necessary measures to reduce military expenditure significantly in favour of spending on social development in general, and the promotion of women in particular'. Article 10(3) therefore has specific instructions for states to reduce their military expenditure and to re-invest the resources in social development, including elimination of gender-based violence. This article presents article 10(3) of the Maputo Protocol as a legally binding provision to assist the implementation of the AU 2020 theme, and analyses the challenges in its implementation. It also highlights the role of the judicial and human rights institutions of the AU in ensuring that article 10(3) becomes a means to implement the AU 2020 theme. The crux of the findings is that although there are challenges in the implementation of article 10(3) of the Maputo Protocol, this provision can be a legal tool in the hands of the AU in ensuring that African countries implement the AU 2020 theme of silencing the guns to eradicate gender-based violence.

## TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

**Faire taire les armes pour mettre fin aux violences basées sur le genre en Afrique: évaluation de l'article 10(3) du Protocole de Maputo**

**RÉSUMÉ:** L'un des objectifs du thème que l'Union africaine (UA) a retenu pour l'année 2020 «Faire taire les armes: créer des conditions propices au développement de l'Afrique» est de mettre fin aux violences basées sur le genre. Comme la campagne rêve d'une Afrique sans conflit, on estime que les types de violences basées sur le genre dont il est fait référence sont celles qui ont lieu durant les situations de conflit. Les textes disponibles relatifs à la mise en œuvre pratique du thème de l'année ne mentionnent pas l'article 10(3) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (Protocole de Maputo) qui oblige les États parties à «prendre les mesures nécessaires pour réduire

\* LLB (UOM), LLM & LLD (Pretoria); Programme Manager, Centre for Human Rights, University of Pretoria; sheetal6189@yahoo.com

This article is adapted from the author's unpublished doctoral thesis submitted to the University of Pretoria: A Budoo 'The role of gender budgeting in implementing the obligation to provide resources to realise women's human rights in Africa' (2016).

de manière significative les dépenses militaires en faveur de dépenses pour le développement social en général, et la promotion des femmes en particulier». L'article 10(3) contient donc des directives spécifiques pour que les États réduisent leurs dépenses militaires et réinvestissent les ressources dans le développement social, y compris l'élimination de violences basées sur le genre. La présente contribution présente l'article 10(3) du Protocole de Maputo comme une disposition juridiquement contraignante pour renforcer la mise en œuvre du thème que l'UA a retenu pour l'année 2020, et analyse les défis de sa mise en œuvre. Il met en relief le rôle que les institutions judiciaires et des droits de l'homme de l'UA peuvent jouer pour concrétiser le pouvoir normatif de l'article 10(3) dans la mise en œuvre du thème de l'année. Cette contribution note que, bien que la mise en œuvre de l'article 10(3) du Protocole de Maputo est parsemée d'embûches, la disposition constitue un levier juridique à la disposition de l'UA pour s'assurer que les pays africains mettent en œuvre le thème qu'elle a retenu pour l'année 2020, à savoir faire taire les armes pour mettre fin aux violences basées sur le genre.

**KEY WORDS:** gender-based violence, Maputo Protocol, military expenditure, conflict, national security, African Commission on Human and Peoples' Rights, African Court on Human and Peoples' Rights

**CONTENT:**

1	Background.....	325
2	Types of gender-based violence in Africa during conflicts.....	327
3	The Maputo Protocol and elimination of gender-based violence during conflict .....	329
4	Article 10(3) of the Maputo Protocol .....	332
4.1	Unpacking article 10(3) of the Maputo Protocol.....	332
4.2	Challenges in implementing article 10(3) of the Maputo Protocol.....	333
4.3	The judicial and human rights institutions of the African Union and article 10(3) of the Maputo Protocol .....	335
5	Conclusion .....	341

## 1 BACKGROUND

In 2019, 83 countries from sub-Saharan Africa were in a conflict situation with 14 having disputes, 9 facing non-violent crises, 45 being subject to violent crises, 10 having limited wars and 5 being in war.<sup>1</sup> Such conflicts are the results of 'crime, jihadism, insurgency and communal violence' that are fuelled by several factors such as '[p]olitical exclusion, institutional and governance weakness, poverty, and a lack of access to resources, job opportunities and land'.<sup>2</sup>

Given the high incidence of conflict in the continent, it is of no surprise that the African Union's (AU) 2020 theme is 'Silencing the guns: Creating conducive conditions for Africa's development'. The AU 2020 theme includes ending gender-based violence as one of its objectives.<sup>3</sup> Since the campaign is to create a conflict-free Africa,<sup>4</sup> it is estimated that the types of gender-based violence referred to are those

1 Website of Statista available at <https://www.statista.com/statistics/262938/conflicts-in-sub-saharan-africa-by-intensity/> (accessed 18 August 2020).

2 The International Institute for Strategic Studies 'Armed Conflict Survey 2019: Sub-Saharan Africa' available at <https://www.iiss.org/publications/armed-conflict-survey/2019/armed-conflict-survey-2019/subsaharan-africa> (accessed 18 August 2020).

3 Website of the AU available at <https://au.int/en/flagships/silencing-guns-2020> (accessed 1 April 2020).



that occur during conflict situations. This is emphasised by the Platform of United Nations (UN) and regional independent expert mechanisms on the elimination of discrimination and violence against women (Platform on EDVAW) which met in Addis Ababa in February 2020 and adopted a Joint statement on the 'Elimination of discrimination and violence against women and girls, including its root causes, must be integrated in all efforts to silence the guns before, during and after conflict' (EDVAW Statement).<sup>5</sup> The EDVAW Statement makes reference to the UN Security Council Resolution 1325 on women, peace and security<sup>6</sup> and requires states to adopt a holistic approach to violence against women during conflict and consider it as a discrimination against women, the root causes of which have to be addressed during and after conflict.

The AU has adopted several documents<sup>7</sup> for the implementation of the AU 2020 theme but none of them mentions article 10(3) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (Maputo Protocol) despite the African Peace and Security Architecture Roadmap making gender a cross-cutting issue and referring to gender-sensitive budgeting.<sup>8</sup> Similarly, no AU document adopted prior to the AU 2020 theme mentions article 10(3) of the Maputo Protocol even if they focus on women and peace, and generally mention the Maputo Protocol.<sup>9</sup> Article 10(3) of the Maputo Protocol obligates state parties to 'take the necessary measures to

4 50th Anniversary Solemn Declaration by the Heads of State and Government of the African Union (26 May 2013).

5 Platform on EDVAW 'Elimination of discrimination and violence against women and girls, including its root causes, must be integrated in all efforts to silence the guns before, during and after conflict' adopted on 4 February 2020, available at [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Statement\\_conflict\\_prevention\\_EDVAW\\_platform.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Statement_conflict_prevention_EDVAW_platform.pdf) (accessed 18 August 2020).

6 UN Security Council 'Resolution 1325 (2000)' adopted on 31 October 2000 S/RES/1325 (2000).

7 For instance: Windhoek Declaration at the 6th Annual Retreat of Special Envoys and Mediators on the Promotion of Peace and Security in Africa (22 October 2015); Newsletter 'Silencing the Guns by 2020: Practical Steps to Disarmament Demobilization Reintegration Interventions' (3 March 2017); Report on the proceedings of the Fifth African Union High-Level Retreat on the Promotion of Peace, Security and Stability in Africa 'Silencing the guns, owning the future: Realising a conflict-free Africa' held from 21 to 23 October 2014 in Arusha, Tanzania; African Peace and Security Architecture Roadmap 2016-2020; Report of the Peace and Security Council on its Activities and the State of Peace and Security in Africa, for the Period February 2019 - February 2020; Fifth Report of the Peace and Security Council of the African Union on the implementation of the AU Master Roadmap of Practical Steps to Silence the Guns in Africa by the year 2020, for the period (February 2019 – February 2020); Summit Orientation Concept Note on the AU Theme of the Year 2020 – Silencing the Guns: creating conducive conditions for Africa's Development (2020); Decision on the second report of the Peace and Security Council of the African Union on the implementation of the African Union Master Roadmap of Practical Steps to silencing the guns in Africa (Niamey, Niger, 4-5 July 2019); and AU Master Road Map of Practical Steps to Silencing the Guns in Africa (2016).

8 African Peace and Security Architecture Roadmap 2016-2020 64.

9 For example, AU Commission 'Implementation of the women, peace and security agenda in Africa' (2016); AU Agenda 2063; and AU Peace and Security Council 'Continental results framework on Women, Peace, Security in Africa' (2018).

reduce military expenditure significantly in favour of spending on social development in general, and the promotion of women in particular'. Article 10(3) of the Maputo Protocol is unique in the sense that it directly imposes an obligation on states concerning their budgetary policies.

Article 10(3) of the Maputo Protocol, read together with its other articles,<sup>10</sup> can legally equip the AU to require African states that have ratified the document<sup>11</sup> to reduce their military expenditure, thereby silencing the guns, in favour of social development and the promotion of women. Using desktop research to review primary sources such as the Maputo Protocol and other legal documents, and secondary sources in the form of academic publications and reports, I analyse the role of the Maputo Protocol, particularly its article 10(3) in realising the AU 2020 theme's objective of silencing the guns to end gender-based violence.

To this end, I first lay the background to the study, which is the current section. Second, I elaborate on the types of gender-based violence that women endure during conflicts in Africa. Third, I study the provisions of the Maputo Protocol to assess the extent to which it requires states to eliminate gender-based violence during conflict situations. Fourth, I unpack article 10(3) of the Maputo Protocol with the view of demonstrating that it extends beyond budgetary allocation for the elimination of gender-based violence. While so doing, I analyse the role of the judicial and human rights institutions of the AU in ensuring the implementation of article 10(3). Fifth, I provide a conclusion.

## **2 TYPES OF GENDER-BASED VIOLENCE IN AFRICA DURING CONFLICTS**

The term used in the AU 2020 theme is 'gender-based violence', similar to Agenda 2063 which aspires an Africa free from gender-based violence, amongst others.<sup>12</sup> The 2020 AU theme was derived from Agenda 2063 which envisaged silencing the guns by 2020 'through enhanced dialogue-centred conflict prevention and resolution, to make peace a reality for all people'.<sup>13</sup> The first 10-year implementation plan of Agenda 2063 links silencing the guns with ending gender-based

10 Arts 4(2)(i) and 26(2) of the Maputo Protocol.

11 42 out of 55 African countries have ratified the Maputo Protocol as at 20 August 2020: African Union 'List of countries which have signed, ratified/acceded to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa' 16 October 2019 available at <https://au.int/sites/default/files/treaties/37077-sl-PROTOCOL%20TO%20THE%20AFRICAN%20CHARTER%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLE%27S%20RIGHTS%20ON%20THE%20RIGHTS%20OF%20WOMEN%20IN%20AFRICA.pdf> (accessed 18 August 2020).

12 Para 37 and 51 of Agenda 2063 of the AU.

13 Para 72(j) of Agenda 2063 of the AU.

violence,<sup>14</sup> thus explaining the inclusion of the latter as one of the objectives of the AU 2020 theme.

However, the use of the term gender-based violence in these documents can be problematic since it encompasses both violence against men and women and does not take into account the entrenched vulnerabilities of women during conflicts. The UN Committee on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women raised a similar concern relating to the use of the term gender-based violence when it emphasised the use of the term 'gender-based violence against women' as a more 'precise' phrase.<sup>15</sup>

To avoid such confusion at the regional level, the Maputo Protocol uses the term 'violence against women' and it is unclear why, despite the presence of a legal framework using a clearer term, Agenda 2063 and the AU 2020 theme uses the term gender-based violence. For the purposes of this article, I assume that gender-based violence under Agenda 2063 and the AU 2020 theme refers to gender-based violence against women or violence against women and use the terms interchangeably.

The Maputo Protocol defines violence against women as

all acts perpetrated against women which cause or could cause them physical, sexual, psychological, and economic harm, including the threat to take such acts; or to undertake the imposition of arbitrary restrictions on or deprivation of fundamental freedoms in private or public life in peace time and during situations of armed conflicts or of war.<sup>16</sup>

This definition is very broad and encompasses violence against women during situations of armed conflicts or of war.

Nevertheless, women throughout Africa are subjected to violence due to armed conflicts. Such violence occur when:<sup>17</sup> women's lives are at risk due to conflicts; clashing forces use violence against women such as abduction and trafficking as a strategy to attack the enemy; women displaced due to conflict are subjected to physical or sexual violence; and girls are forced to be married because of conflict driven poverty or as rewards for combatants.

One of the common forms of violence that women face during armed conflicts is sexual violence, which has been recognised as a crime against humanity.<sup>18</sup> It includes 'rape, sexual slavery, forced prostitution, forced pregnancy, forced abortion, enforced sterilization, forced marriage and any other form of sexual violence of comparable gravity'.<sup>19</sup> Such sexual violence are used as weapons of armed conflicts,

14 AU Commission 'Agenda 2063: First ten year implementation plan' (2015) 5.

15 CEDAW Committee 'General Recommendation No 35 on gender-based violence against women, updating General Recommendation No 19' adopted on 26 July 2017 CEDAW/C/GC/35 para 9.

16 Art 1(j) of the Maputo Protocol.

17 UN 'Report of the Secretary-General on conflict-related sexual violence' (2018) S/2018/250.

18 Art 7 of the Rome Statute of the International Criminal Court, adopted in 1998 and entered into force in 2002.

19 UN (n 17) 3.

where it expresses itself brutally.<sup>20</sup> For instance, in the Democratic Republic of Congo, in 2019 there were 1409 conflict-related rapes reported<sup>21</sup> while a study in 2011 revealed that about 1.7 to 1.8 women reported having been raped in their lifetime in the country.<sup>22</sup> South Sudan has been considered as having one of the highest rates of physical/sexual violence against women during conflict in the world, with 65% of women reporting having subjected to the same during their lifetime.<sup>23</sup>

### 3 THE MAPUTO PROTOCOL AND ELIMINATION OF GENDER-BASED VIOLENCE DURING CONFLICT

The Maputo Protocol contains several provisions that protect women, that is 'persons of female gender, including girls',<sup>24</sup> from violence during conflicts. To begin with, article 2 of the Maputo Protocol requires states to 'combat all forms of discrimination against women through appropriate legislative, institutional and other measures'.<sup>25</sup> While so doing, states have to 'modify social and cultural patterns' with the objective of eliminating discriminatory acts against women by virtue of their sex. In the context of violence against women during conflict, states therefore have to embark on initiatives to ensure that women are not subjected to violence as a result of discrimination. This was also reflected in the EDVAW Statement that considers violence against women during conflict as a manifestation of discrimination against women.<sup>26</sup>

The Maputo Protocol protects the inherent right to dignity of every woman and imposes an obligation on states to adopt measures to ensure that women are not exploited or degraded.<sup>27</sup> Such measures must ensure 'the protection of women from all forms of violence, particularly sexual and verbal violence'.<sup>28</sup> This article has relevance for violence against women during conflicts since a proper application of

20 IA Daudu & LS Shulika 'Armed conflict in Africa: examining sexual violence as an instrument of war' (2019) 8 *Journal of African Union Studies* 1 at 51-52.

21 UN Office of the Special Representative of the Secretary-General on Sexual Violence in Conflict available at <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/countries/democratic-republic-of-the-congo/#:~:text=In%202019%2C%20the%20United%20Nations,to%20non%2Dstate%20armed%20groups.> (accessed 18 August 2020).

22 A Peterman, T Palermo & C Bredekamp 'Estimates and determinants of sexual violence against women in the Democratic Republic of Congo' (2011) 101 *American Journal of Public Health* 6.

23 What Works to Prevent Violence Against Women and Girls in Conflict and Humanitarian Crises and Others 'No safe place: A lifetime of violence for conflict-affected women and girls in South Sudan' (2017) 12.

24 Art 1(k) of the Maputo Protocol.

25 Art 2(1) of the Maputo Protocol.

26 EDVAW Statement (n 5).

27 Art 3 of the Maputo Protocol.

28 Art 3(4) of the Maputo Protocol.

its provisions will contribute to the elimination of violence against women.

One of the most important articles relating to elimination of violence against women during conflict is article 4 of the Maputo Protocol that provides for the rights to life, integrity and security of the person. Even though it does not specifically mention armed conflict, article 4 is applicable at all the times since the article does not mention that governments are exonerated from their obligations in cases of armed conflicts. Article 4(1) protects the rights to life and security of the African women and prohibits '[a]ll forms of exploitation, cruel, inhuman or degrading punishment and treatment'. States have to take several steps to ensure the protection of the rights mentioned in article 4(1).<sup>29</sup> Many of these steps, if adopted, will ensure that women are protected from violence, or the elimination of violence, during conflicts. For instance, states have to not only enact and enforce laws to prohibit all forms of violence, including sexual violence against women but they have to ensure that perpetrators of violence against women are punished. Conflict-ridden countries therefore have to ensure that they implement their laws on violence against women by arresting and prosecuting those who use violence against women as a weapon of conflict.

In addition to the legal measures to criminalise violence against women, states have to adopt 'such other legislative, administrative, social and economic measures as may be necessary to ensure the prevention, punishment and eradication of all forms of violence against women'.<sup>30</sup> States also have the obligation to '[i]dentify the causes and consequences of violence against women and take appropriate measures to prevent and eliminate such violence'.<sup>31</sup> These articles thus

29 Art 4(2) of the Maputo Protocol: a) Enact and enforce laws to prohibit all forms of violence against women including unwanted or forced sex whether the violence takes place in private or public; b) Adopt such other legislative, administrative, social and economic measures as may be necessary to ensure the prevention, punishment and eradication of all forms of violence against women; c) Identify the causes and consequences of violence against women and take appropriate measures to prevent and eliminate such violence; d) Actively promote peace education through curricula and social communication in order to eradicate elements in traditional and cultural beliefs, practices and stereotypes which legitimise and exacerbate the persistence and tolerance of violence against women; e) Punish the perpetrators of violence against women and implement programmes for the rehabilitation of women victims; f) Establish mechanisms and accessible services for effective information, rehabilitation and reparation for victims of violence against women; g) Prevent and condemn trafficking in women, prosecute the perpetrators of such trafficking and protect those women most at risk; h) Prohibit all medical or scientific experiments on women without their informed consent; i) Provide adequate budgetary and other resources for the implementation and monitoring of actions aimed at preventing and eradicating violence against women; j) Ensure that, in those countries where the death penalty still exists, not to carry out death sentences on pregnant or nursing women; k) Ensure that women and men enjoy equal rights in terms of access to refugee status determination procedures and that women refugees are accorded the full protection and benefits guaranteed under international refugee law, including their own identity and other documents.

30 Art 4(2)(b) of the Maputo Protocol.

31 Art 4(2)(c) of the Maputo Protocol.

encompass initiatives by governments to silence the guns to ensure a conflict free Africa since conflicts exacerbate violence against women.

Specific to a conflict-free Africa, article 10 of the Maputo Protocol protects the right to peace of women. It provides that '[w]omen have the right to a peaceful existence and the right to participate in the promotion and maintenance of peace'.<sup>32</sup> Article 11 of the Maputo Protocol expressly provides for the protection of women in armed conflicts. It requires states to respect the rule of international humanitarian law applicable in armed conflicts, particularly those that are applicable to women.<sup>33</sup> Article 11(3) of the Maputo Protocol provides that states undertake

to protect asylum seeking women, refugees, returnees and internally displaced persons against all forms of violence, rape and other forms of sexual exploitation, and to ensure that such acts are considered war crimes, genocide and/or crimes against humanity.

The question that arises is whether states have no obligation towards women who do not fall within the ambit of the above article. Dyani has argued that article 11(2) of the Maputo Protocol that requires states to 'protect all civilians, including women, irrespective of the population to which they belong' clarifies this confusion and includes the protection of all women, and not only those mentioned in article 11(3).<sup>34</sup>

States also have the obligation to ensure that elderly women<sup>35</sup> and women with disabilities<sup>36</sup> are protected from violence, including during armed conflicts.

The Maputo Protocol contains several provisions that firstly require states to eliminate violence against women during conflict and secondly, impose an obligation on them to end such conflicts since they expose women to violence. Therefore, if implemented, these articles will ensure that the objective of the AU 2020's theme to eliminate violence against women is attained. However, despite these articles, as demonstrated in the background to the study, many African countries are in conflict situation, where women are subjected to all forms of violence. This implies that there is a gap in the implementation of these articles and several factors might influence such implementation. For the purposes of this study, I present the budgetary allocation provisions of the Maputo Protocol, especially article 10(3) of the Maputo Protocol as one of the measures that states must strictly adopt to ensure that the objective of eradicating violence against women by silencing the guns is achieved.

32 Art 10(1) of the Maputo Protocol.

33 Art 11(1) of the Maputo Protocol.

34 N Dyani 'Protocol on the Rights of Women in Africa: protection of women from sexual violence during armed conflict' (2006) 6 *African Human Rights Law Journal* 166 at 181.

35 Art 22 of the Maputo Protocol.

36 Art 23 of the Maputo Protocol.

## 4 ARTICLE 10(3) OF THE MAPUTO PROTOCOL

### 4.1 Unpacking article 10(3) of the Maputo Protocol

Article 10(3) of the Maputo Protocol imposes an obligation on states to 'take the necessary measures to reduce military expenditure significantly in favour of spending on social development in general, and the promotion of women in particular'. It is unique since it prioritises one budgetary item over another.<sup>37</sup> It puts a hierarchy in terms of expenditure and requires states to consider expenditure on social development and the promotion of women over military expenditure.<sup>38</sup> Article 10(3) has been considered as a radical provision that departs from the usual human rights norms.<sup>39</sup> Rightly so because no other binding human rights instrument directs states to reduce expenditure on one budgetary item for the purposes of allocating it to human rights items. Yeshanew has advanced that article 10(3) is a 'policy prescription' for states.<sup>40</sup>

Military expenditure is targeted in article 10(3) because they account for a substantial proportion of the gross domestic product (GDP) and national budget.<sup>41</sup> In 2017, African countries' military expenditure in terms of its GDP were among the highest in the world, with North Africa being second worldwide with a military expenditure of 3.6 per cent per GDP, followed by sub-Saharan Africa with 1.7 per cent of its GDP.<sup>42</sup> Hence, there is a need for African governments to reduce their military expenditure and to reallocate it to other budgetary items.

Article 10(3) mentions social development and the promotion of women. Expenditure for the promotion of women is clear within the Maputo Protocol. However, the inclusion of social development generally might take away the focus from women since social development encompasses different components. Despite the fact that the Copenhagen Declaration of 1995 concentrates on social development, it does not define the term.

In 2008, the AU adopted the Social Policy Framework for Africa<sup>43</sup> that elaborated on 19 key thematic social issues that need attention in

37 A Budoo 'Gender budgeting as a means to implement the Maputo Protocol's obligations to provide budgetary resources to realise women's rights in Africa' (2016) 9 *African Journal of Legal Studies* 199-219 at 206.

38 G Giacca *Economic, social and cultural rights in armed conflict* (2014) 50.

39 As above.

40 SA Yeshanew *The justiciability of economic, social and cultural rights in the African regional human rights system* (2013) 291.

41 N Tian and others 'Military expenditure and transparency in sub-Saharan Africa' (2018) Stockholm International Peace Research Institute Policy Paper 4.

42 As above.

43 First Session of the African Union Conference of Ministers in charge of Social Development 'Social Policy Framework for Africa' (27-21 October 2008) CAMSD/EXP/4(I).

the context of social development. One of them is gender equality and women's empowerment that raises concern about the high level of violence against women on the continent.<sup>44</sup> One of the recommended actions takes into consideration 'women affected by armed conflict and other forms of violence and discrimination'.<sup>45</sup> The Social Policy Framework thus includes eliminating the vulnerabilities that women face, including violence during conflicts. Therefore, by mentioning social development, article 10(3) extends to ending violence against women during armed conflict, and to further end conflict since they expose women to vulnerabilities.

Another aspect of article 10(3) is that it requires states to take 'necessary measures' to reduce military expenditure. The term can have a two-fold interpretation. First, states must ensure that they reduce their military expenditure through the budgeting process. Second, states are mandated to take other necessary steps to ensure that their military expenditure is reduced. One such step is engaging in strategies to end conflicts within the country. Ending conflicts within the country will automatically lead to a reduced expenditure on military since states will no longer have to engage in combats. Therefore, the obligation of the state does not only end with a reduction of military expenditure in the budget but extends to other necessary measures that states can take that will ensure a conflict free state, thereby freeing resources to be allocated to social development and the promotion of women.

A state usually should be free in deciding about how to allocate its resources and this allocation of resources is considered as 'authoritative'.<sup>46</sup> However, article 10(3) has specific instructions for states to take necessary steps to reduce their military expenditure and to re-invest the resources in social development, including elimination of gender-based violence. Article 10(3) and the other budgetary provisions of the Maputo Protocol are relevant to the AU 2020 theme because they firstly impose an obligation on states to reduce military expenditure, including engaging in strategies to end conflict, and secondly, they require states to ensure the elimination of gender-based violence through the adoption of several steps. Nevertheless, as indicated, article 10(3) is nowhere mentioned in the strategies to implement the AU 2020 theme.

## **4.2 Challenges in implementing article 10(3) of the Maputo Protocol**

### **4.2.1 Military expenditure and national security**

The implementation of article 10(3) of the Maputo Protocol can be problematic since military expenditure matters concern the security of

44 Para 2.2.13 of the Social Policy Framework for Africa.

45 Para 2.2.13(g) of the Social Policy Framework for Africa.

46 S Pollack 'The politics of taxation' in RT Meyers (ed) *Handbook of government budgeting* (1999) 332.



states and a reduction of that expenditure jeopardises same. Although not being the only composition of national security, military expenditure is a central element of national security.<sup>47</sup> Interchangeably used with the term defence, national security is the 'safeguarding of a people, territory, and way of life'.<sup>48</sup> The issue is whether states risk the safety and the right to peace of its 'people, territory, and way of life' by reducing their military expenditure. States can easily justify the non-application of article 10(3) of the Maputo Protocol by stating that it was more important to protect the national security.

Hence, despite the ratification of the Maputo Protocol, many African countries have not been able to take the 'necessary measures' to redirect their military expenditure into social development and the promotion of women's rights. This gives rise to the question as to whether African countries understood the implications of all the provisions of the Maputo Protocol and whether they really understood what an implementation of article 10(3) of the Maputo Protocol would entail.

#### 4.2.2 Interpretation of the term 'necessary measures'

Additionally, the interpretation of the term 'necessary measures' can be very subjective. While reviewing the budget of a country, the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) might not consider necessary the measures taken by the state and can find that the state has not respected the provisions of the Maputo Protocol while the state can argue that the steps it has taken are necessary for the interest of the state. Yeshanew has noted that this term can represent a challenge for a 'monitoring organ' which is trying to decide what would amount to 'necessary measures'.<sup>49</sup> However, the African Commission is the body responsible for the interpretation of the Maputo Protocol and states must accept the interpretation of the African Commission as to whether states have taken the 'necessary measures' to give effect to the provisions of article 10(3) of the Maputo Protocol.

Thus, African countries which have ratified the Maputo Protocol are expected to take 'necessary measures to reduce military expenditure significantly in favour of social development and the promotion of women'. They are not expected to rely on escape routes such as the part concerning 'necessary measures' to justify non-implementation of the provisions of the article as this will be non-respect of the principle of *pacta sunt servanda* under article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 (Vienna Convention).

Additionally, article 31 of the Vienna Convention provides that states should interpret treaties in 'good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose'. The object and purpose of the

47 JJ Romm *Defining national security: the nonmilitary aspects* (1993) 1.

48 AA Jordan and others *American national security* (2009) 1.

49 Yeshanew (n 40) 293.

Maputo Protocol is the protection of women's human rights. As such, an interpretation of 'necessary measures' under article 10(3) of the Maputo Protocol will be in favour of the realisation of women's human rights to the detriment of military expenditure, which includes silencing the guns.

#### **4.2.3 Relationship between military expenditure and violence against women**

Article 10(3) of the Maputo Protocol relies on the assumption that a decrease in military expenditure budget will increase social development, and the promotion of the rights of women, including a reduction in violence against women. The first question which arises is why military expenditure has been identified as an element to be reduced in the national budget. As rightly put forward by Dumas:<sup>50</sup>

Whatever else can be said for it, military activity does not grow food, it does not produce clothing, it does not build housing, and it does not keep people amused. Nor does it create the kind of machinery, equipment, and facilities that can be used to grow food, produce clothing, build housing, and the like. Military activity may have other kinds of value, but it has no economic value because it does not directly contribute to material well-being, to the material standard of living.

Military expenditure can be therefore considered as an additional cost burden which does not generate any revenue or development for the country.

The second question that arises is whether a reduction in military expenditure will indeed silence the guns and lead to a reduction in violence against women. Although there is no research on this link, existing research demonstrates that when a country is in a conflict situation, violence against women is increased, either by them being victims of the hostilities, or them taking part in hostilities.<sup>51</sup> Hence, article 10(3) of the Maputo Protocol assumes that the reduction in military expenditure will lead to silencing the guns, hence reducing violence against women.

### **4.3 The judicial and human rights institutions of the African Union and article 10(3) of the Maputo Protocol**

The judicial and human rights institutions of the AU comprise of the African Commission, the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) and the African Committee of Experts on the Rights and

50 LJ Dumas 'The role of demilitarization in promoting democracy and prosperity in Africa' in J Brauer & JP Dunne (eds) *Arming the South: the economics of military expenditure, arms production and arms trade in developing countries* (2002) 16-17.

51 See generally S Ngono & FPT Duri 'Problematizing victimhood and agency: Women and terrorism in 21st Century' in M Mawere & N Marongwe (eds) *Violence, politics and conflict management in Africa: envisioning transformation, peace and unity in the twenty-first century* (2016) 327-357.

Welfare of the Child (African Children's Committee).<sup>52</sup> For the purposes of this article, focus is on the African Commission and the African Court. Since the Maputo Protocol did not create 'new mechanisms or procedures to improve implementation',<sup>53</sup> the existing judicial and human rights institutions, namely the African Commission and the African Court have the responsibility to oversee the implementation of the rights therein.

The provisions of the Maputo Protocol fall within the scope of the African Commission because the former was adopted as a supplement to the African Charter in terms of article 66 of the African Charter.<sup>54</sup> As such, the African Commission is mandated to ensure the protection of the rights provided by the Maputo Protocol, including the implementation of article 10(3).

The African Court has jurisdiction in cases and disputes to interpret and apply the African Charter, the African Court Protocol and 'any other [h]uman [r]ights instrument ratified by the states concerned'.<sup>55</sup> The Maputo Protocol falls within the jurisdiction of the African Court by virtue of article 3 of the African Court Protocol.

Both the African Commission and the African Court have to ensure that the rights in the Maputo Protocol are protected. The following sub-sections investigate whether the African Commission and the African Court have used their mandates to ensure the implementation of article 10(3) of the Maputo Protocol.

#### 4.3.1 Litigation

The African Commission and the African Court are mandated to receive cases that relate to violations of the provisions of the African Charter<sup>56</sup> and, by extension, those of the Maputo Protocol as explained in the previous paragraphs. The African Court has, till now decided only one case on its merits under the Maputo Protocol<sup>57</sup> and it had no aspect of military expenditure or budgetary allocation of resources. Contrary to the African Court, in the case of *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v Sudan*,<sup>58</sup> the African Commission recommended Sudan to provide sufficient resources to various provinces to address the long-term sources of conflicts. This decision of the African Commission demonstrates that

52 AU 'Judicial and human rights institutions' available at <http://www.au.int/en/organs/cj> (accessed 20 August 2020).

53 F Viljoen *International human rights law in Africa* (2012) 257.

54 Art 66 of the African Charter 'Special protocols or agreements may, if necessary, supplement the provisions of the present Charter.'

55 Art 3 of the African Court Protocol.

56 Arts 47 to 59 of the African Charter: In the event a state has violated the provisions of the African Charter, another state or individuals or organisations can submit a communication to the African Charter alleging such violations.

57 *Association Pour le Progrès et la Défense des Droits des Femme Maliennes and the Institute for Human Rights and Development in Africa v Mali* African Court on Human and Peoples' Rights (11 May 2018).

58 279/03-296/05 para 229(6).

conflicts have impacts on the realisation of human rights and states need to take necessary measures to address them. Hence, even if article 10(3) of the Maputo Protocol has not yet been the subject of litigation before the African Court and the African Commission, this case demonstrates the African Commission's position concerning the link between conflict and the realisation of human rights. The African Commission and the African Court are recommended give a boost to the realisation of the AU 2020 theme by mainstreaming elimination of conflict and eradication of violence against women while deciding cases against states that have ratified the Maputo Protocol. In cases of countries with high military expenditure, they can also recommend or order the state to reduce the same in favour of eradication of violence against women.

#### **4.3.2 Reporting on implementation**

Article 62 of the African Charter imposes an obligation on states to submit a report to the African Commission every two years on the 'legislative or other measures' adopted to realise the rights therein. Article 26 of the Maputo Protocol requires states to submit a report under article 62 of the African Charter. The state reporting procedure is a 'forum for constructive dialogue' where the African Commission can 'monitor implementation' of the African Charter and 'identify challenges' which arise in the implementation of the provisions of the African Charter.<sup>59</sup> The African Commission formulates concluding observations after considering the state reports<sup>60</sup> which are 'recommendations to guide improvements' of a state's performance.<sup>61</sup> The African Commission adopted guidelines on state reporting under the Maputo Protocol and requires states to elaborate on the administrative measures they have taken, including budgetary allocations, to implement specific provisions of the Maputo Protocol.

Although many concluding observations of the African Commission make reference to violence against women,<sup>62</sup> they do not specifically mention article 10(3) of the Maputo Protocol. Even when the African Commission makes reference to military expenditure, it does so at the exclusion of article 10(3). One such instance is the recommendation to Nigeria where reference was made to violence by military without referring to article 10(3) of the Maputo Protocol.<sup>63</sup>

59 Website of the African Commission 'State reporting' available at <http://www.achpr.org/states/> (accessed 16 August 2020).

60 Rule 82 of the Rules of Procedure of the African Commission 2020.

61 Viljoen (n 53) 365.

62 African Commission 'Concluding observations on the 3rd periodic report of Cameroon' adopted during its 15th extra-ordinary session (7-14 March 2014); 'Concluding observations and recommendations on the 5th and 6th periodic report of the Federal Republic Democratic of Ethiopia' adopted during its 56th ordinary session (21 April to 7 May 2015).

63 African Commission 'Concluding Observations and Recommendations on the 5th Periodic Report of the Federal Republic of Nigeria on the Implementation of the African Charter on Human and Peoples' Rights (2011-2014)' adopted during its 57th ordinary session (4 to 18 November 2015).

Similarly, states do not generally report on article 10(3) of the Maputo Protocol. As it is, they face challenges in presenting reports under the state reporting guidelines.

The African Commission can use the state reporting procedure to raise more awareness about the AU 2020 theme of silencing the guns and to eradicate violence against in its concluding observations. The Special Rapporteur on the Rights of Women in Africa (SRRWA), who is the focal point for women's human rights in Africa, has to ensure that the concluding observations include the reduction of military expenditure in favour of social development and the promotion of women. The African Commission must also do regular follow-ups of the concluding observations to ensure that states implement the recommendations concerning eradicating conflict and gender-based violence.

State parties also have the responsibility to ensure that they provide information on the implementation of article 10(3) of the Maputo Protocol in the state reporting procedure. The report presented by states need to have information about several aspects of implementation. In the first instance, states that have not yet ratified the Maputo Protocol are urged to ratify the same to ensure that they provide women victims of violence access to remedies. Secondly, the state report needs to elaborate on plans of actions, if any, that the state has adopted to engage in strategies to implement the AU 2020 theme at the local level. Third, conscious of their legal obligations, states have to report on the legislative and other measures, including budgetary to ensure that they give effect to the provisions of the Maputo Protocol, more particularly article 10(3) with the objective of eradicating violence against women by silencing the guns. This includes strengthening efforts to fight terrorism or insurgencies and engaging with leaders of rebel groups to understand their needs and come to a compromise to ensure that conflicts come to an end. Fourth, countries need to have a report on budgetary allocation to implement article 10(3) of the Maputo Protocol. This implies that the state needs to adopt a transparent budgeting process that indicates their allocation to military, even if such amount is only a gross one. Despite the fact that countries such as the Central African Republic, the Democratic Republic of Congo and Somalia now have disaggregated verified military expenditure in their budget,<sup>64</sup> many African countries still provide little to no information about military expenditure that is available to the public. This might be due to national security since a state would not want its enemies to know the exact amount it is spending on arms to fight against them.<sup>65</sup> African states further treat military expenditure as a secret because they do not want their citizens to know the huge amount of money they are spending on military when poverty is rampant in the country.<sup>66</sup> However, to ensure transparency in the manner in which they are

64 Tian and others (n 41).

65 W Omitoogun 'Military expenditure and conflict in Africa' (2001) unpagued available at <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.1078.1034&rep=rep1&type=pdf> (accessed 19 August 2020).

66 As above.

spending the tax collected from the population, African states need to indicate their military expenditure, even if it is a gross amount.

To assist the African Commission in monitoring the implementation of the Maputo Protocol, African states therefore need to, in the first instance, ensure a timely submission of their state reports under the Maputo Protocol. In the second instance, they need to provide comprehensive data on the implementation of article 10(3) of the Maputo Protocol.

In addition to state parties, civil society organisations (CSOs) have an important role in the state reporting process. In the first instance, CSOs that are within a country that has not yet ratified the Maputo Protocol can lobby for the ratification of the document with their government. This ratification will allow the African Commission, during the state reporting procedure, to question the state about the implementation of article 10(3) of the Maputo Protocol. Further, CSOs can engage in sensitisation campaigns with their governments to implement the provisions of the Maputo Protocol with the view of making Africa conflict free so that women are not exposed to conflict related violence. CSOs can also train government officials on the state reporting procedure and focus on measures to eliminate violence against women during conflicts.

CSOs can further submit shadow reports to the African Commission<sup>67</sup> on the implementation of article 10(3) of the Maputo Protocol.<sup>68</sup> Such shadow reports can assess the budget of a country from a gender lens to analyse whether they are allocating sufficient financial resources to the eradication of violence against women, including in conflict situations. Although many shadow reports mention the protection of women from violence, especially during conflicts,<sup>69</sup> they do not make specific reference to article 10(3) of the Maputo Protocol. Hence, CSOs need to engage more with article 10(3) of the Maputo Protocol to ensure a conflict-free Africa where women are not subjected to violence.

### 4.3.3 Investigations, studies and research

Article 45(1)(a) of the African Charter provides that the African Commission has the following function:

67 Rule 74(2) of the 2020 Rules of Procedure of the African Commission.

68 See Draft Guidelines on Shadow Reporting under the African Charter on Human and Peoples' Rights and the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (October 2019) available at [https://www.chr.up.ac.za/images/centrenews/2020/centre\\_webinars/Finalized\\_guidelines\\_2019.pdf](https://www.chr.up.ac.za/images/centrenews/2020/centre_webinars/Finalized_guidelines_2019.pdf) (accessed 10 November 2020).

69 See for example, Human Rights Watch 'Shadow report to the African Commission on Human and Peoples' Rights in response to the 6<sup>th</sup> periodic report of Cameroon' (2020); National Human Rights Commission of Côte d'Ivoire 'Rapport alternatif sur la situation des droits de l'homme en Côte d'Ivoire' (2016); Zimbabwe Civic Organisations' shadow report to the African Commission (2019); Amnesty International 'Nigeria: Shadow report to the African Commission on Human and Peoples' Rights (2018); and Amnesty International 'Angola: Submission to the African Commission on Human and Peoples' Rights (2012).

To collect documents, undertake studies and researches on African problems in the field of human and peoples' rights, organize seminars, symposia and conferences, disseminate information, encourage national and local institutions concerned with human and peoples' rights, and should the case arise, give its views or make recommendations to Governments.

As such, the African Commission has to undertake studies and research in the area of human rights. This article can be applied for studies and research on women's rights. However, till now, there has been no research on the implementation of article 10(3) of the Maputo Protocol. The African Commission can therefore act under this article to undertake studies and research in relation to violence against women during conflicts. These studies and research will be based on the articles of the Maputo Protocol which provide for the protection of women from violence during conflicts.

#### **4.3.4 Resolutions, general comments and guidelines**

Article 45(1)(b) of the African Charter mandates the African Commission to 'formulate and lay down, principles and rules aimed at solving legal problems relating to human and peoples' rights and fundamental freedoms upon which African Governments may base their legislations'. The African Commission has executed this mandate by adopting guidelines, resolutions and general comments on different human rights issues, including women's human rights. Nevertheless, none of them make reference to article 10(3) of the Maputo Protocol as a means to eradicate violence against women. The closest document to article 10(3) of the Maputo Protocol is Resolution 283 adopted in 2014, which focuses on the situation on women and children in armed conflict. Despite focusing on violence against women during conflict, the Resolution omits reference to article 10(3) of the Maputo Protocol. Hence, the African Commission still needs to expressly include article 10(3) while adopting documents.

In the first instance, it is recommended that the African Commission make reference to the entrenched vulnerabilities of women during conflicts in resolutions concerning women's rights. Secondly, the African Commission can adopt a resolution on the use of the Maputo Protocol, specifically article 10(3) as a means to realise the AU 2020 theme to silence the guns with the objective of eradicating violence against women.

Thirdly, the African Commission can adopt general comments under the articles of Maputo Protocol that concern eradication of gender-based violence during conflicts, and resolving conflicts to expand upon the nature and scope of these articles. This will assist African states in understanding their obligations under those articles. This general comment can elaborate on the specific steps that states are required to take to ensure that they eradicate conflict and gender-based violence in line with the AU 2020 theme.

#### 4.3.5 The Special Rapporteur on the Rights of Women in Africa

The African Commission established the special mechanism of the SRRWA in 1999 to ensure that women's rights receive sufficient attention while it is exercising its functions under article 45(1)(a) of the African Charter.<sup>70</sup> The SRRWA has to 'assist African governments in the development and implementation of their policies of promotion and protection of the rights of women in Africa, particularly in line with the domestication' of the Maputo Protocol and 'the general harmonization of national legislation to the rights guaranteed' therein.<sup>71</sup> The SRRWA must further 'undertake promotional and fact finding missions' in African countries<sup>72</sup> to 'disseminate' the provisions of the Maputo Protocol and to 'investigate on the situation of women's rights'.<sup>73</sup> The SRRWA has, through the platform on EDVAW, expressed the importance of eradicating gender-based violence as part of the AU 2020 theme. However, this is not enough. The SRRWA must ensure that she mainstreams the exposure of women to violence during conflicts in implementing its mandates. While doing so, she needs to lay emphasis on article 10(3) of the Maputo Protocol as the legal basis.

## 5 CONCLUSION

In a nutshell, the AU 2020 theme of silencing the guns with the objectives of, among others, eradicating violence against women, does not mention the Maputo Protocol as a legal foundation. Till now, the progress to implement the theme has been minimal. In the context of eradicating violence against women by silencing the guns, the Maputo Protocol provides the legal basis for, firstly, the protection of women from violence and, secondly, the elimination of conflicts that expose women to exacerbated violence. Article 10(3) of the Maputo Protocol goes a step further and requires states to take 'necessary steps' to reduce military expenditure. These 'necessary steps' can either be in the form of reducing existing military expenditure, and investing in social development and the promotion of women, or to take steps such as engaging in dialogue with leaders of the opposing sides of the conflict to ensure that conflicts are resolved, thus automatically ensuring that the state will no longer need to spend excessively on military expenditure to defend itself. Article 10(3) thus is an avenue to hold states accountable in the event they have not engaged in strategies to

70 African Commission 'Resolution on the Designation of the Special Rapporteur on the Rights of Women in Africa' ACHPR/res.38 (XXV) 99 (1999) para 4: 'Referring to the provisions of article 45(1)(a) of the African Charter on Human and Peoples' Rights'.

71 Website of the African Commission available at <http://www.achpr.org/mechanisms/rights-of-women/about/> (accessed 19 August 2020).

72 See the activity reports of the Special Rapporteur for information about the missions undertaken, available at <http://www.achpr.org/mechanisms/rights-of-women/> (accessed 19 August 2020).

73 As above.



reduce military expenditure, including strategies to resolve conflicts. Hence, it is a powerful tool in the implementation of the AU 2020 theme, especially in the context of silencing the guns for the eradication of violence against women.

# The role of continental and regional courts in peace-building through the judicial resolution of election-related disputes

Grace Wakio Kakai\*

<https://orcid.org/0000-0002-3317-9196>

**ABSTRACT:** As a prerequisite for ensuring the rule of law, democracy and good governance, most African states carry out regular elections. Although they are conducted in a specific constitutional and legal framework aimed at ensuring a peaceful transfer of power, elections in Africa are increasingly characterised by electoral violence. Electoral violence is multifaceted and diverse, with various causes and consequences. If left unaddressed, electoral violence has the potential to destabilise states, result in civil conflict and affect regional stability and security. The article establishes that there has been increasing judicialisation of electoral contests, as evidenced by the growing body of electoral jurisprudence developed by constitutional and supreme courts across Africa. The African Court on Human and Peoples' Rights, and some of the Regional Economic Communities' courts, particularly, the Community Court of Justice of the Economic Community of West African States and the East African Court of Justice, are also being seized with such suits. These suits are premised on states' compliance with their obligations under various instruments. While there has been much scholarship on the emerging electoral jurisprudence at the national level, this has not been the case with regard to the role of the African Court and the regional courts. This article establishes that the approaches of the African Court and regional courts are linked to their material jurisdiction, the level of compliance with the decisions they render and their overall operating contexts. These factors have to be addressed holistically in order for the courts under study to play an effective role in addressing electoral disputes, and consequently curbing electoral violence and contributing to stability and security on the continent.

## TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

### Le rôle des juridictions continentales et régionales dans la consolidation de la paix par le règlement judiciaire des différends liés aux élections

**RÉSUMÉ:** Pour garantir l'État de droit, la démocratie et la bonne gouvernance, la plupart des États africains organisent des élections régulières. Bien qu'elles se déroulent dans un cadre constitutionnel et juridique spécifique visant à assurer un transfert pacifique du pouvoir, les élections en Afrique sont de plus en plus caractérisées par la violence électorale. La violence électorale est multiforme et diverse, avec diverses causes et conséquences. Si elle n'est pas traitée, la violence électorale peut déstabiliser les États, entraîner des conflits civils affectant ainsi la stabilité et la sécurité régionales. L'article établit qu'il y a eu une judiciarisation croissante des compétitions électorales, comme en témoigne le corpus croissant de

\* LLM (Pretoria), LLB (Nairobi); [gracewakio@gmail.com](mailto:gracewakio@gmail.com). Head of Legal Division, African Court on Human and Peoples' Rights. The interpretations and conclusions in this article are entirely those of the author. They do not necessarily represent the views or positions of the African Court on Human and Peoples' Rights or the African Union at large.

jurisprudence électorale développée par les cours constitutionnelles et suprêmes à travers l'Afrique. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et certains tribunaux des Communautés économiques régionales, en particulier la Cour de justice communautaire de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest et la Cour de justice de l'Afrique de l'Est sont également saisis de telles affaires. Ces affaires sont fondées sur le respect par les États de leurs obligations en vertu de divers instruments, en particulier la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la bonne gouvernance ainsi que le Protocole de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest sur la démocratie et la bonne gouvernance et le Traité instituant la Communauté de l'Afrique de l'Est. Bien qu'il y ait eu suffisamment de recherches sur la jurisprudence électorale émergente au niveau national, cela n'a pas été le cas en ce qui concerne le rôle de la Cour africaine et des tribunaux régionaux. Cet article établit que les démarches des différentes juridictions régionales sont liées à leur compétence matérielle, au niveau du respect des décisions qu'elles rendent et à leurs contextes généraux de fonctionnement. Ces facteurs doivent être traités de manière holistique pour que les tribunaux étudiés puissent jouer un rôle efficace dans le règlement des conflits électoraux, et par conséquent enrayer la violence électorale et contribuer à la stabilité et à la sécurité sur le continent.

**KEY WORDS:** Electoral violence, electoral disputes, electoral jurisprudence, peace-building, regional courts, African Court

**CONTENT:**

1	Introduction.....	344
2	Causes and consequences of electoral violence in Africa .....	346
2.1	Causes of electoral violence .....	346
2.2	Consequences of electoral violence.....	348
3	Judicial role in the resolution of electoral conflicts in Africa .....	349
4	African Court's role in the prevention and mitigation of electoral conflicts.....	352
4.1	<i>Tanganyika Law Society, Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher Mtikila v Tanzania</i> .....	353
4.2	<i>Actions pour la Protection des Droits de l'Homme v Côte d'Ivoire</i> .....	354
4.3	<i>Suy Bi Gohore Emile v Côte d'Ivoire</i> .....	355
4.4	<i>Jebra Kambole v Tanzania</i> .....	357
5	Regional courts as new actors in the prevention and mitigation of electoral conflicts.....	359
5.1	The ECOWAS Court.....	359
5.2	The East African Court of Justice.....	364
6	Lessons from the judicialisation of electoral contests at the African Court and regional courts in Africa .....	367
7	Conclusion .....	370

## 1 INTRODUCTION

African states are increasingly embracing elections as a key benchmark for affirming their democratic credentials.<sup>1</sup> At the same time, electoral violence has become a pervasive trait of electoral periods in many of Africa's multi party states.<sup>2</sup> Electoral violence has been experienced in Togo (2005), Democratic Republic of Congo (2006), Lesotho (2007), Nigeria (2007), Kenya (2007/2008), Guinea Bissau (2008), Zimbabwe

1 S Adejumobi 'Elections in Africa: a fading shadow of democracy?' (2000) 21(1) *International Political Science Review* 59 64.

2 SM Burchard *Electoral violence in sub-Saharan Africa: causes and consequences* (2015) 3.

(2008), Côte d'Ivoire (2010/2011), and Burundi (2015).<sup>3</sup> The emerging pattern is that elections have become one of the causes of conflict in Africa.

The increasing prevalence of electoral violence on the continent highlights the need to develop and nurture institutional mechanisms for resolving electoral conflicts at the national, regional, and continental levels. This has seen increased judicial resolution of electoral disputes particularly over parliamentary and presidential elections.<sup>4</sup> However, the capacity to settle electoral disputes, especially contests over the legitimacy of presidential elections, is weak in most African states due to concerns over judicial independence and impartiality.<sup>5</sup>

Given the actual and perceived weaknesses of domestic courts as suitable institutions for resolution of election-related conflicts, the continental court, the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) and the courts established under the auspices of the various Regional Economic Communities (RECs), particularly the Community Court of Justice of the Economic Community of West African States (ECOWAS Court) and the East African Court of Justice (EACJ), have increasingly become involved in resolution of election-related disputes. Taking into account the need for African states to prioritise the resolution of electoral conflicts, this article explores the contributions of the African Court and the regional courts in improving the legitimacy of electoral processes on the continent through judicial resolution of election-related disputes.

This article is divided into six parts. After this introductory part, part 2 briefly highlights the causes and regional consequences of electoral violence. Part 3 describes how judicial intervention contributes to peaceful resolution of electoral conflicts. This part is focused on the judicialisation of electoral disputes and how domestic courts in African countries are increasingly being presented with high stakes electoral disputes including the adjudication of disputes over the results of presidential elections. In part 4, by setting out the relevant cases determined, this article demonstrates that the African Court and regional courts in Africa are increasingly taking up a new role in resolution of election-related disputes. In part 5, this article examines the lessons emerging from the jurisprudence of the African Court and regional courts on the resolution of election-related disputes. Part 6 summarises the contribution of this article and sets out the conclusion.

3 See D Motsamai 'When elections become a curse: redressing electoral violence in Africa' (2010) EISA Policy Brief Series Number 1 1.

4 See the discussion in part 3 of this article.

5 See in this regard, O Kaaba 'The challenges of adjudicating presidential election disputes in domestic courts in Africa' (2015) 15 *African Human Rights Law Journal* 329.

## 2 CAUSES AND CONSEQUENCES OF ELECTORAL VIOLENCE IN AFRICA

Although election-related violence is a widespread phenomenon on the African continent, its causes and consequences do not necessarily follow the same trends in different countries. Such inter-country differences are, to a large extent, dictated by the historical, socio-economic, and political conditions specific to a given polity.<sup>6</sup> Yet, there are commonalities cutting across different countries insofar as the causes and consequences of election-related violence on the continent are concerned, as highlighted in this section.

### 2.1 Causes of electoral violence

Although there are diverse factors which propel and trigger electoral violence in Africa, these generally revolve around structural and institutional flashpoints which create the potential for such violence.<sup>7</sup> The adoption of multi-party democracy brought about the logic of periodic renewal of government leadership through elections. However, violence has usually ensued in situations where there is a strong possibility of changing existing power relations and the incumbents are unwilling to cede power.<sup>8</sup> This is due to the fact that many African states still have an intolerant political culture, with different practices employed to manipulate the electoral outcome. Such practices include the use of security forces to harass opponents, bias on the part of electoral management bodies, restriction of movement of political opponents through establishment of 'no-go' areas during campaigns, expenditure of public resources to campaign for some parties, and manipulation of ethnic identities.<sup>9</sup>

The nature of the electoral system is also a potential cause of electoral violence.<sup>10</sup> The structure of an electoral system can either exacerbate or de-escalate electoral conflict as it has a direct impact on identity and representation.<sup>11</sup> Violence often occurs when elections are

6 S Koko 'Understanding election-related violence in Africa: patterns, causes, consequences and a framework for preventive action' (2013) 12(3) *Journal of African Elections* 51 at 53.

7 D Kimemia *Africa's social cleavages and democratisation: colonial, postcolonial, and multiparty era* (2016) 215; J Ahere 'Kenyan elections, 2013: can the precipice be avoided?' (2012) 5(2) *Africa Peace and Conflict Journal* 27 29; K Höglund 'Electoral violence in conflict-ridden societies: concepts, causes, and consequences' (2009) 21(3) *Terrorism and Political Violence* 412 at 424.

8 Koko (n 6) 52.

9 K Mbugua 'Resolution and transformation of election related conflicts in Africa' (2006) 5(1) *Journal of African Elections* 22-25.

10 Höglund (n 7) 422.

11 For a study of the various types of electoral systems see for example: W Khobe 'the quest for a more perfect democracy: is mixed member proportional representation the answer?' in K Mbonyeni and others (eds) *Human rights and democratic governance in Kenya: a post-2007 appraisal* (2015) 121-147.

'zero-sum' events and 'losers' are excluded from participation in governance. Majoritarian electoral systems, like the first-past-the-post (FPTP) model, heighten the stakes of the electoral contest. The winner-takes-all dynamic and the high political premium awarded to the largest party under majoritarian rules imply that the electoral stakes are higher than they are under proportional representation systems, where electoral outcomes tend to disperse the nodes of political power across a broader range of groups.<sup>12</sup>

Another critical factor is the competence, autonomy, and neutrality of election supervision bodies, electoral commissions and courts.<sup>13</sup> Where election supervision bodies are suspected of a lack of impartiality, this often leads to violence due to the perceived absence of a neutral arbiter of electoral disputes.<sup>14</sup> Given that elections are complex processes, they are susceptible to errors that can generate protests and objections by parties competing for political positions. In anticipation of these inevitable errors, electoral processes should provide for recourse mechanisms that aggrieved parties may exploit to redress perceived or real injustices. In this regard, a lack of trust in the recourse or appeal mechanisms poses a major challenge to the electoral process as well as to peace and security.<sup>15</sup>

Also significant are the structural causes of electoral violence located in the social fabric of a society. Societies with a legacy of unequal political representation and developmental disparities are vulnerable to election-related violence.<sup>16</sup> Regions perceiving themselves as victims of long periods of political exclusion and economic marginalisation come to regard elections not merely as a process of selecting the country's leaders but as a tool to overcome their predicament.<sup>17</sup> This contributes to raising the stakes and the related tensions, which, unless properly managed, can degenerate into electoral violence.<sup>18</sup> Other structural conditions that can contribute to electoral violence include extreme poverty, under-development, socioeconomic inequality, high levels of ethnic heterogeneity, the 'curse' of natural resources, pervasive corruption and a recent history of armed conflict.<sup>19</sup>

Lastly, in most African states, ethnicity plays a major role in determining how political parties recruit their members. Political parties recruit their members or supporters primarily on the basis of

12 H Fjelde & K Höglund 'Electoral institutions and electoral violence in sub-Saharan Africa' (2014) 46 *British Journal of Political Science* 297 at 302.

13 Adejumobi (n 1) 62.

14 Koko (n 6) 73.

15 L Smith 'Explaining violence after recent elections in Ethiopia and Kenya' (2009) 16(5) *Democratization* 867 at 870.

16 Koko (n 6) 68.

17 Report of the Global Commission on Elections, *Democracy and security, deepening democracy: A strategy for improving the integrity of elections worldwide* (2012) 27.

18 Koko (n 6) 68.

19 DA Akpan 'Appraisal of the role of political violence: the development of youths in Nigeria in the 21st century' (2015) 9(3) *African Research Review* 147 at 156.

the ethnicity of the top party leaders or the regions from which they originate.<sup>20</sup> This has resulted in major political parties having an ethnic outlook with localised support in specific regions only. Given that competitive elections are, by their nature, confrontational and adversarial, this ethnicisation of political parties can, when taken to extremes, predispose parties towards inter-ethnic clashes.<sup>21</sup>

## 2.2 Consequences of electoral violence

The worrying trend of election-related conflicts is that they threaten democracy, peace, stability and human development.<sup>22</sup> Nationally, electoral violence violates the citizens' right to vote. It can also threaten the fundamental right to life, personal security, and property. If steps are not taken to resolve electoral disputes, they may have adverse effects on the democratic progress of a state, through protracted incumbent legitimacy crises, and loss of confidence in the electoral process. This impedes effective political competition and participation.<sup>23</sup> Moreover, electoral violence has the potential to undermine democratic transitions in countries emerging from dictatorship and conflict, furthering instability and social tensions in fragile states, increasing uncertainty and risks for investors, and jeopardising growth and development in low-income economies.<sup>24</sup>

Although election-related violence occurs at the domestic level, it has regional implications on peace and security. If left unaddressed, electoral violence has the potential to destabilise states, result in civil conflicts and affect regional stability and security thus adversely impacting sustainable human development. Given the serious consequences of electoral violence at both the national and regional level, it is in the interest of international and regional peace and security, as well as in the interest of human rights, democracy and the rule of law, that measures should be taken to resolve electoral disputes.<sup>25</sup>

20 Ahere (n 7) 43.

21 Mbugua (n 9) 25.

22 M Ruteere & K Wairuri 'Explaining and mitigating elections-related violence and human rights violations in Kenya' in K Njogu & PW Wekesa (eds) *Kenya's 2013 general election: stakes, practices and outcomes* (2015) 112 113.

23 EV Adolfo and others 'Electoral violence in Africa' (2012) 3 *The Nordic Africa Institute Policy Notes* 1-4; S Omotola 'Explaining electoral violence in Africa's new democracies' (2010) 10(3) *Journal of Conflict Resolution* 51-73.

24 See generally R Paris *At war's end: building peace after civil conflict* (2004); MW Doyle & N Sambanis *Making war and building peace* (2006); and P Collier *Wars, guns and votes: democracy in dangerous places* (2009).

25 EO Abuya 'Can African states conduct free and fair presidential elections?' (2010) 8(2) *Northwestern Journal of International Human Rights* 122 123.

### 3 JUDICIAL ROLE IN THE RESOLUTION OF ELECTORAL CONFLICTS IN AFRICA

Judicial adjudication forms part of the electoral dispute resolution architecture in Africa. Almost all African constitutions or electoral laws recognise that things can go wrong with elections and provide for the possibility of redress.<sup>26</sup> Courts are empowered to hear electoral disputes either as courts of first instance or in an appellate capacity on appeal from an administrative body.<sup>27</sup> This has led to what Prempeh has called 'judicially settled election contests' as, often in the context of 'winner-takes-all' politics, those who lose fear marginalisation and turn to the courts, with a view to overturning the election outcome.<sup>28</sup> This has in turn resulted in the 'judicialisation of elections'.<sup>29</sup>

The purpose of judicial resolution of electoral disputes is two-fold: first, to redress grievances and put things right; second, and more importantly, to calm down the tempers of supporters of a political party who may find it difficult to accept that their party could lose the election.<sup>30</sup> The judiciary has therefore become a major player in the resolution of electoral disputes in order to prevent escalation of violence that usually attends election processes.<sup>31</sup>

In a positive step towards attainment of democratic consolidation, politicians and voters in Africa are increasingly using the judicial process to resolve election-related disputes.<sup>32</sup> For example, a number of presidential election petitions have been filed and adjudicated across

26 Kaaba (n 5) 332.

27 LA Nkansah 'Dispute resolution and electoral justice in Africa: the way forward' (2016) 41(2) *Africa Development* 97 at 104.

28 HK Prempeh 'Comparative perspectives on Kenya's post-2013 election dispute resolution process and emerging jurisprudence' in C Odote & L Musumba (eds) *Balancing the scales of electoral justice: resolving disputes from the 2013 elections in Kenya and the emerging jurisprudence* (2016) 177 at 214.

29 K Kanyinga & C Odote 'Judicialisation of politics and Kenya's 2017 elections' (2019) *Journal of Eastern African Studies* 1 at 3.

30 S Gloppen and others 'Elections in court: the judiciary and Uganda's 2006 presidential and parliamentary elections' in J Kiiza and others (eds) *Electoral democracy in Uganda: understanding the institutional processes and outcomes of the 2006 multiparty elections* (2008) 53-89.

31 AO Oluwadayisi 'The role of the judiciary in the application of peacebuilding theory and methods to election dispute resolution in Nigeria' (2016) 45 *Journal of Law, Policy and Globalization* 138.

32 See A Schedler 'What is democratic consolidation?' (1998) 9(2) *Journal of Democracy* 91-107; J Linz & A Stepan *Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America, and post-communist Europe* (1996) 5-6 for the argument that democratic consolidation consists of efforts to prevent democratic breakdown as actors subject themselves to the laid down rules in resolving conflicts.



Africa in recent times, in Ghana,<sup>33</sup> Kenya,<sup>34</sup> Namibia,<sup>35</sup> Nigeria,<sup>36</sup> Sierra Leone,<sup>37</sup> Uganda,<sup>38</sup> Zambia<sup>39</sup> and Zimbabwe.<sup>40</sup> This may be regarded as an affirmation of the confidence in the role of the judiciary as a credible mediator in political disputes.<sup>41</sup>

Even more audacious, the Supreme Court of Kenya in 2017<sup>42</sup> and the Supreme Court of Appeal in Malawi in 2020,<sup>43</sup> nullified election results and ordered the conduct of fresh presidential elections. This shows that domestic courts in Africa are increasingly playing an assertive role as an independent and impartial arbiter in democratic politics in general and in electoral disputes more specifically. As a result, the courts' role in ensuring democratic advancement, peace, and stability within the African continent is enhanced.<sup>44</sup>

33 *Nana Addo Dankwa Akufo-Addo & 2 others v John Dramani Mahama & 2 others* (Supreme Court of Ghana) 2013.

34 *Orengo v Moi & 12 others* (High Court of Kenya) 1993; *Mwau v Electoral Commission of Kenya & 2 others* (High Court of Kenya) 1993; *Kibaki v Moi & 2 others* (No 3) (2008) 2 KLR (EP) 351; *Moi v Matiba & 2 others* (2008) 1 KLR (EP) 622; *Raila Odinga v The Independent Electoral and Boundaries Commission & 3 others* (Supreme Court of Kenya) 2013; *John Harun Mwau & 2 others v Independent Electoral and Boundaries Commission & 3 others*, (Supreme Court of Kenya) 2017.

35 *Itula & others v Minister of Urban and Rural Development & others* (Supreme Court of Namibia) 2020.

36 *Buhari v Obasanjo* (2005) 13 NWLR 1; *Muhammadu Buhari v Independent National Electoral Commission & 4 others* (Supreme Court of Nigeria) 2008; *Abubakar v Yar'Adua* (Supreme Court of Nigeria) 2008.

37 *Sierra Leone People's Party v National Electoral Commission & Another* (Supreme Court of Sierra Leone) 2012.

38 *Besigye Kiza v Electoral Commission, Yoweri Museveni* (Supreme Court of Uganda) 2007; *Besigye Kiiza v Museveni Yoweri Kaguta, Electoral Commission* (Supreme Court of Uganda) 2001; *Amama Mbabazi v Yoweri Museveni & others* (Supreme Court of Uganda) 2016.

39 *Lewanika & others v Chiluba* (1999) 1 LRC 138; *Anderson Kambela Mazoka & 2 others v Levy Patrick Mwanawasa & 2 others* (Supreme Court of Zambia) 2002; *Hakainde Hichilema and Another v Edgar Chagwa Lungu and others* (Constitutional Court of Zambia) 2016.

40 *Morgan Tsvangirai v Robert Mugabe & 3 others* (Constitutional Court of Zimbabwe) 2013; *Nelson Chamisa v Emmerson Dambudzo Mnangagwa & others* (Constitutional Court of Zimbabwe) 2019.

41 DU Enweremadu 'The judiciary and the survival of democracy in Nigeria: analysis of the 2003 and 2007 elections' (2011) 10(1) *Journal of African Elections* 114 at 134.

42 *Raila Amolo Odinga & another v Independent Electoral and Boundaries Commission & 2 others* (Supreme Court of Kenya) 2017.

43 *Arthur Peter Mutharika & another v Electoral Commission & another* (Supreme Court of Appeal of Malawi) 2020.

44 W Khobe 'The institutional transformation and performance of the judiciary after 2010' in Y Ghai and others (eds) *Katiba 2010: achievements and challenges* (2020) 17 19; See also O Akinkugbe & JT Gathii 'Judicial nullification of presidential elections in Africa: Peter Mutharika v Lazarus Chakera and Saulos Chilima in context' available at [https://www.afronomicslaw.org/2020/07/03/judicial-nullification-of-presidential-elections-in-africa-peter-mutharika-v-lazarus-chakera-and-saulos-chilima-in-context?fbclid=IwAR0l2WSXRXZZqHBL89N37uR1lhjIHTU3Q\\_zX8vW9N3EPiShQuiJrIo8zo](https://www.afronomicslaw.org/2020/07/03/judicial-nullification-of-presidential-elections-in-africa-peter-mutharika-v-lazarus-chakera-and-saulos-chilima-in-context?fbclid=IwAR0l2WSXRXZZqHBL89N37uR1lhjIHTU3Q_zX8vW9N3EPiShQuiJrIo8zo) (accessed 21 July 2020).

Moreover, even in instances where disputed election results are not nullified, the fact that litigants in election petitions are given a fair hearing by the court to vent their grievances is enough to obviate the need to resort to violence.<sup>45</sup> Thus in countries like Ghana, Nigeria, and Uganda, where election petitions challenging contested presidential election results were dismissed, the judiciary's role has been appreciated for enabling peaceful regulation of competition among the political actors.<sup>46</sup>

Despite the progress noted earlier, there have been misgivings about the outcomes of judicial adjudication of most presidential election petitions.<sup>47</sup> Electoral disputes are not always resolved expeditiously and courts' decisions on such matters are sometimes overtaken by events.<sup>48</sup> There is also the perception of judicial bias, either due to the influence of corruption or lack of judicial independence, in some cases.<sup>49</sup>

These misgivings and discontent with the resultant judicial outcomes from domestic courts and elections tribunals across the continent have led politicians and voters to seek alternative judicial recourse, to remedy electoral injustices. Thus, the search for electoral justice has in recent times moved beyond domestic courts.

- 45 C Kwarteng 'Swords into ploughshares: the judicial challenge of Ghana's 2012 presidential election results' (2014) 103(1) *The Round Table: Commonwealth Journal of International Affairs* 83 at 92.
- 46 AG Abdulai & G Crawford 'Consolidating democracy in Ghana: progress and prospects?' (2010) 17 *Democratization* 26 35; BK Twinomugisha 'The role of the judiciary in the promotion of democracy in Uganda' (2009) 9 *African Human Rights Law Journal* 1 21; OF Olayinka 'Towards the sustenance of democracy in Nigeria: the role of an independent judiciary in elections' in R Adeola & AO Jegede (eds) *Governance in Nigeria post-1999: revisiting the democratic 'new dawn' of the fourth republic* (2019) 131 at 137.
- 47 Kaaba (n 5) 354; M Azu 'Lessons from Ghana and Kenya on why presidential election petitions usually fail' (2015) 15 *African Human Rights Law Journal* 150 at 166.
- 48 JS Omotola 'Mechanisms of post-election conflict resolution in Africa's 'new' democracies' (2010) 19(2) *African Security Review* 2 5; JS Omotola 'Garrison' democracy in Nigeria: the 2007 general elections and the prospects of democratic consolidation' (2009) 47(2) *Commonwealth & Comparative Politics* 195-221; H Onapajo & UO Uzodike 'Rigging through the courts: the judiciary and electoral fraud in Nigeria' (2014) 13(2) *Journal of African Elections* 137 at 161.
- 49 M Thiankolu 'Role of the courts in ensuring free and fair elections in Kenya' (2019) 4 *Kabarak Journal of Law and Ethics* 53 63; F Sekindi 'Presidential election disputes in Uganda: a critical analysis of the supreme court decisions' (2017) 16(1) *Journal of African Elections* 154 155; and G Mwonzora & MB Xaba 'From the booth to the dock: 2018 elections in Zimbabwe and the elusive search for electoral integrity' (2020) 58 *Commonwealth and Comparative Politics* 1.

#### 4 AFRICAN COURT'S ROLE IN THE PREVENTION AND MITIGATION OF ELECTORAL CONFLICTS

Political crises in Africa tend to have a multiplier effect on the region. It is therefore imperative that continental and regional institutions develop new strategies and approaches to prevent and resolve electoral conflicts.<sup>50</sup> To this end, the African Court and regional courts have adopted an approach to electoral conflict that has enabled them to deal with potential electoral problems before conflicts implode, thus allowing for the elaboration of a preventive response.

The role developed by the African Court (and the regional courts) can be typified as: resolving disputes over electoral rules and ensuring that the electoral rules create 'a level playing field – they engage in rule-evaluation'.<sup>51</sup> By this, they make sure that the legal rules governing the conduct of elections are in consonance with the higher norms and principles embodied in continental and regional human rights instruments. It is the discharge of this role by the African Court that is the subject of interrogation in this part.

The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights (Court Protocol) provides in its article 3(1) that

[t]he jurisdiction of the Court shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the [African Charter on Human and Peoples' Rights], this Protocol and any other relevant human rights instrument ratified by the States concerned.

A similar provision found in article 4 of the Court Protocol, which deals with the jurisdiction of the African Court in advisory matters states that: '[t]he Court may provide an opinion on any legal matter relating to the Charter or any other relevant human rights instruments'. With respect to the law applicable before the African Court, article 7 of the Court Protocol reiterates the same in the following words: '[t]he Court shall apply the provisions of the Charter and any other relevant human rights instruments ratified by the states concerned'. The African Court has used this wide jurisdictional mandate to evaluate the electoral laws and constitutional provisions of various states to assess their

50 Mbugua (n 9) 33.

51 For the various roles that courts play in resolution of elections-related disputes see Gloppen and others (n 30).

compatibility with continental, regional and international human rights norms.<sup>52</sup>

#### 4.1 ***Tanganyika Law Society, Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher Mtikila v Tanzania***<sup>53</sup>

In June 2011, the applicants, two Tanzanian non-governmental organisations (NGOs), and an opposition politician brought an application to the African Court alleging that the ban on independent candidacy in presidential and legislative elections pursuant to the Constitution of Tanzania was a violation of several rights enshrined in the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter). The rights allegedly violated were freedom of association, the right to participate in public and governmental affairs, and the right against discrimination, as well as a broader argument that the state had 'violated the rule of law by initiating a constitutional review process to settle an issue pending before the courts of Tanzania.'<sup>54</sup> Tanzania argued that the resolution of the question before the Court 'should be left to the people of Tanzania',<sup>55</sup> which would make an appropriate determination on whether to retain or lift the ban on independent candidates through either parliament or a constituent assembly.

The African Court unanimously found the respondent state's constitutional ban on independent candidacy in presidential and legislative elections to be a violation of the African Charter. Specifically, the Court found violations of the rights, not to be discriminated against, to freedom of association and to participate in public and governmental

52 The African Court's exercise of its jurisdiction on election-related issues is poised to develop further as evidenced by the orders for provisional measures it has issued recently; See Application 62/2019 *Sebastien Ajavon v Benin*, Order on Provisional Measures 17 April 2020, suspending the holding of municipal and council elections in Benin pending the Court's decision on the merits of case; in Application 3/2020 *Houngue Eric Noudehouenou v Benin*, Order on Provisional Measures, 5 May 2020, the Court ordered Benin to take all necessary measures to remove any administrative, judicial and political obstacles for the candidacy of the applicant for the 2020 municipal, council and local elections and Ruling on Provisional Measures, 25 September 2020, granting provisional measures with similar orders to the respondent state with regard to the applicant's candidacy in the forthcoming 2021 Benin presidential elections; It has also issued orders for provisional measures in relation to the presidential election in Côte d'Ivoire scheduled for October 2020 – See Application 12/2020 *Guillaume Kigbafori Soro and 19 others v Côte d'Ivoire*, Ruling on Provisional Measures, 15 September 2020, directing the state to take all necessary measures to immediately remove all obstacles preventing Mr Sorro from enjoying his rights to vote and be elected in particular during the October 2020 presidential election; See also Application 25/2020 *Laurent Gbagbo v Côte d'Ivoire*, Ruling on Provisional Measures, 25 September 2020, ordering the respondent state to immediately remove all obstacles preventing the applicant from enrolling in the voters' register.

53 *Tanganyika Law Society, Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher Mtikila v Tanzania* (merits) 2013 1 AfCLR 34 (*Mtikila* case).

54 *Mtikila* (n 53) para 4.

55 *Mtikila* (n 53) para 80.1.

affairs. The Court therefore ordered the state to remedy the violations within a reasonable time through legislative, constitutional, and ‘all other necessary measures’, and to inform the African Court of the measures adopted. In effect, the state would have to remove the ban on independent candidates in the challenged electoral law and provisions of the Constitution to comply with the judgment. Despite this decision by the African Court, the respondent state has not fully complied with the judgment. Although the respondent state published the judgment on an official government website as directed by the Court,<sup>56</sup> it has not undertaken the constitutional or legislative measures to give effect to the Court’s judgment, arguing that these are contingent on the holding of a referendum without indicating when it would be held.<sup>57</sup>

#### **4.2 *Actions pour la Protection des Droits de l’Homme v Côte d’Ivoire*<sup>58</sup>**

This case offered an opportunity for the African Court to interpret what it considered to be a ‘human rights treaty’ as envisaged in article 3 of the Court Protocol. The applicant, an Ivorian NGO, alleged that by adopting a new law on the Independent Electoral Commission (IEC), Côte d’Ivoire violated the right of all citizens to equality before the law, as well as the right to an independent and impartial electoral body.<sup>59</sup>

The African Court had to first determine whether the African Charter on Democracy, Elections and Governance, 2007 (African Democracy Charter),<sup>60</sup> and the Protocol on Democracy and Good Governance adopted by the Economic Community of West African States of 2001 (ECOWAS Democracy Protocol),<sup>61</sup> could be considered human rights treaties in the sense of article 3 of the Court’s Protocol.<sup>62</sup> The Court concluded that, since both instruments either expressly enunciate the subjective rights of individuals or place mandatory obligations on state Parties for the enjoyment of such rights, the instruments fall within the scope of article 3 of the Court’s Protocol.<sup>63</sup> The Court found that a violation of the African Democracy Charter and the ECOWAS Democracy Protocol led to a violation of the African Charter.<sup>64</sup>

In the end, the African Court found that the composition of the IEC was imbalanced in favour of the government and that this imbalance

56 Activity Report of the African Court on Human and Peoples’ Rights (2018) EX.CL/1057(XXXII) 14.

57 Activity Report of the African Court on Human and Peoples’ Rights (2020) EX.CL/1204(XXXVI) 18.

58 *Actions Pour la Protection de Droits de l’Homme (APDH) v Côte d’Ivoire* (merits) 2016 1 AfCLR 668 (APDH case).

59 APDH (n 58) para 20.

60 APDH (n 58) paras 49-51.

61 APDH (n 58) para 63.

62 APDH (n 58) para 65.

63 APDH (n 58) paras 58-65.

64 APDH (n 58) para 153.

affected its independence and impartiality. Furthermore, the impugned law gave the President of the Republic an ‘incumbent advantage’ by placing him or any other candidate from his party in a much more favourable situation in relation to the other candidates. The Court therefore held that, by not placing all the potential candidates on the same footing, the law violated the right to equal protection of the law as enshrined in the human rights instruments ratified by the respondent state, especially article 10(3) of the African Democracy Charter and article 3 of the African Charter. The Court also found that Côte d’Ivoire did not fulfill its obligation as regards the right to equal protection of the law under article 10(3) of the African Democracy Charter, article 3(2) of the African Charter and article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). The Court ordered the respondent state to amend its national legislation to be ‘compliant with the aforementioned instruments to which it is a Party’.<sup>65</sup>

One of the salient features of the African Court’s judgment in *APDH v Côte d’Ivoire* is its affirmation of the broad subject matter of the jurisdiction of the court. As indicated above, article 3 of the Court Protocol gives the African Court the mandate to invoke not only those human rights treaties concluded under the auspices of the African Union, but also those at regional and international level to which a state is a party. This is very important, because it allows the African Court to address normative ambiguities and gaps that exist within the African human rights system.<sup>66</sup>

With respect to compliance with the Court’s judgment, the respondent state submitted a communication to the Court on 28 August 2019 to indicate that it had promulgated a new law altering the composition of the IEC in compliance with the Court’s judgment.<sup>67</sup> The question of compliance with this judgment arose in the *Suy Bi Gohore Emile & others v Côte d’Ivoire* case which is discussed next.

#### 4.3 *Suy Bi Gohore Emile & others v Côte d’Ivoire*<sup>68</sup>

The nine applicants, all citizens of Côte d’Ivoire, brought an application to the Court challenging the independence and impartiality of the Independent Electoral Commission of Cote d’Ivoire. The applicants argued that a new law on the re-composition of the IEC promulgated in 2019 impaired the independence and impartiality of the IEC and violated the spirit of the judgments of the African Court of 18 November

65 As above.

66 B Kioko ‘The African Charter on Democracy, Elections and Governance as a justiciable instrument’ (2019) 63(1) *Journal of African Law* 39 56.

67 Activity Report of the African Court on Human and Peoples’ Rights (2020) EX.CL/1204(XXXVI) 20.

68 Application 44/2019, Judgment on Merits and Reparations, 15 July 2020 (*Gohore* case).

2016 in *APDH* case and of 28 September 2017 to interpret this judgment on merits.<sup>69</sup>

The respondent state raised an objection on the Court's material jurisdiction, because in its view, the application was based primarily on allegations that it violated article 30 of the Court's Protocol. This meant, in the view of the respondent state, that the applicants were requesting the Court to monitor the execution of its judgment, despite there being no provision, either in the African Charter or in the Court's Protocol, which confers such competence on the Court.<sup>70</sup>

With regard to this objection, the Court noted that article 30 of the Protocol explicitly imposes an obligation on states to comply with its judgments. In fact, it considered that this obligation constitutes the *conditio sine qua non* of any international litigation. It is the existence of this duty that separates international judicial mechanisms from quasi-judicial mechanisms that are not authorised to issue binding decisions. Therefore, considering the obligation to execute the Court's judgments, which generally imposes a duty on states to remedy established human or peoples' rights violations, the Court held that non-compliance with article 30 of the Protocol is tantamount to a 'violation of a human or peoples' rights', as referred to in article 27(1) of the Court's Protocol.<sup>71</sup> Accordingly and through a combined reading of articles 3, 27(1) and 30 of the Court's Protocol, the Court found that it has material jurisdiction in a case or dispute on whether or not a state has complied with its judgment within the time stipulated, and make appropriate orders to remedy the violation, if necessary.<sup>72</sup>

On the merits, the Court found that the applicants failed to demonstrate that the respondent state established an electoral body that is composed of members who are not independent and impartial and manifestly imbalanced in favour of the ruling party. The Court also found that the applicants failed to establish that the electoral body is overly institutionally dependent on the executive due to inadequate degrees of administrative or financial autonomy and that it is manifestly lacking confidence from political stakeholders based on its reform process.<sup>73</sup> However, considering the manifest imbalance of the number of Chairpersons of the Local Electoral Commission's proposed by the ruling party, following Bureau elections based on the previous law when the electoral body at the Local levels was still imbalanced in favour of the government, the Court found that the respondent state has not fully complied with article 17 of the African Democracy Charter and article 3 of the ECOWAS Democracy Protocol, and has therefore violated these provisions.<sup>74</sup> Following this finding, the Court ordered the respondent state to take the necessary measures before any election

69 *Gohore* (n 68) para 9.

70 *Gohore* (n 68) para 31.

71 *Gohore* (n 68) para 60.

72 *Gohore* (n 68) para 61.

73 *Gohore* (n 68) para 183.

74 *Gohore* (n 68) para 228.

to ensure that new Bureau elections, based on the new composition of the electoral body, are organised at the local levels.

In addition, the Court noted the absence of a mechanism to ensure that the process of nomination of members of the electoral body by political parties, especially opposition parties and civil society organisations, are driven by those entities. Accordingly, the Court found that the respondent state has not fully complied with its obligations to ensure public trust and transparency in the management of public affairs and effective citizens' participation in democratic processes as prescribed by article 3(7), article 3(8) and article 13 of the African Democracy Charter. The Court also found that the respondent state has not complied with its obligation to ensure that the electoral body has the confidence of all the political actors, as prescribed by article 3 of the ECOWAS Democracy Protocol. The Court therefore found that the respondent state has violated these provisions.<sup>75</sup> As at the time of writing this paper, the issue of implementation of this judgment is still under consideration by the African Court.

#### 4.4 *Jebra Kambole v Tanzania*<sup>76</sup>

The applicant, a public-spirited member of the Tanganyika Law Society, filed the application contesting the provisions of article 41(7) of the Constitution of the United Republic of Tanzania. The applicant alleged that Tanzania had violated his rights under the African Charter by maintaining article 41(7) in its Constitution, which bars any court from inquiring into the election of a presidential candidate after the Electoral Commission has declared a winner.<sup>77</sup>

Specifically, the applicant alleged that article 41(7) of Tanzania's Constitution violated his right to non-discrimination, his right to equal protection of the law and the right to have his cause heard, especially the right to appeal to competent national organs against acts violating his fundamental rights as provided for under articles 2, 3(2) and 7(1)(a) of the African Charter, respectively.<sup>78</sup> The applicant also alleged that the respondent state had failed to honour its obligation to recognise the rights, duties and freedoms enshrined in the African Charter and to take legislative and other measures to give effect thereto as stipulated under article 1 of the African Charter.<sup>79</sup>

The Court considered whether article 41(7) of Tanzania's Constitution violated the applicant's right to non-discrimination under article 2 of the African Charter. The Court found that article 41(7) of the Constitution creates a differentiation between litigants in that while Tanzania's courts are permitted to look into any allegation by any

75 *Gohore* (n 68) para 229.

76 Application 18/2018, Judgment on Merits and Reparations, 15 July 2020 (*Kambole* case).

77 *Kambole* (n 76) para 3.

78 *Kambole* (n 76) para 4.

79 *Kambole* (n 76) para 5.



litigant, they are not allowed to do so when a litigant seeks to inquire into the presidential election. The result is that those seeking to inquire into the election of a president are, practically, treated differently from other litigants, especially by being denied access to judicial remedies, while litigants with other claims are not similarly barred. The Court held, with six for, and four against, that in the absence of clear justification as to how the differentiation and distinction in article 41(7) of its Constitution is necessary and reasonable in a democratic society, this provision effects a distinction between litigants and that this distinction has no justification under the African Charter.<sup>80</sup> The Court held that this amounted to a violation of article 2 of the African Charter.

In relation to the alleged violation of article 7(1)(a) of the African Charter, the Court noted that among the key elements of the right to a fair hearing, as guaranteed under article 7 of the African Charter, is the right of access to a court for adjudication of one's grievances and the right to appeal against any decision rendered in the process. In this regard, the Court noted that article 41(7) of the Constitution ousts the jurisdiction of courts to consider any complaint in relation to the presidential election after the Electoral Commission has declared a winner. This, the Court reasoned, entails that irrespective of the nature of the grievance or the merits thereof, as long as the same pertains to the declaration by the Electoral Commission of the winner of a presidential election, no remedy by way of a judicial challenge exists to any aggrieved person within the respondent state. The Court also noted that there was nothing in the submissions of the respondent state which established that any of the conditions in article 27(2) of the African Charter were met in order to justify a limitation of the right to have one's cause heard. In the circumstances, the Court held, with nine for, and one against, that article 41(7) of the respondent state's Constitution violated the applicant's rights under article 7(1)(a) of the African Charter.<sup>81</sup>

On the basis of the violations found, the Court ordered the respondent state to take all necessary constitutional and legislative measures, within a reasonable time, to ensure that article 41(7) of its Constitution is amended and aligned with the provisions of the Charter so as to eliminate, among others, any violation of articles 2 and 7(1)(a) of the African Charter.<sup>82</sup> The Court also ordered Tanzania to submit a report within 12 months of the notification of the judgment, on the measures taken to implement the orders and to submit further reports every six months thereafter until the Court is satisfied that there has been full implementation.

80 *Kambole* (n 76) para 82.

81 *Kambole* (n 76) para 103.

82 *Kambole* (n 76) para 118.

## 5 REGIONAL COURTS AS NEW ACTORS IN THE PREVENTION AND MITIGATION OF ELECTORAL CONFLICTS

Efforts aimed at regional integration within the African continent have led to the formation of Regional Economic Communities (RECs) such as the East African Community (EAC), the Economic Community of West African States (ECOWAS), and the Southern Africa Development Community (SADC). Given that the founding principles of the RECs provide that the protection and promotion of democracy and human rights and respect for the rule of law are part of their fundamental principles or goals, the regional courts formed to adjudicate disputes over regional integration, particularly, the EACJ, the ECOWAS Court, and the SADC Tribunal, have claimed jurisdiction in the protection of democracy and human rights.<sup>83</sup>

However, the SADC Tribunal was disbanded by SADC member states in 2012. It was re-established in 2014 with a revised jurisdiction restricted to inter-state disputes thus it has no competence to adjudicate democracy and human rights related cases filed by individuals.<sup>84</sup> This part of the article is therefore restricted to analysing the approach adopted by the ECOWAS Court and the EACJ in the adjudication of election-related disputes.

### 5.1 The ECOWAS Court

Initially established as a court that is primarily charged with the interpretation of the ECOWAS Community law and development of jurisprudence that would deepen economic integration in the Western African region, the ECOWAS Court's jurisdiction has been expanded to include complaints involving human rights violations.<sup>85</sup> Thus whereas the ECOWAS Court was initially created to enhance economic integration, its trajectory both with respect to the substantive amendments to its protocol and the nature of the cases instituted before it is being shaped by good governance concerns and socio-political conflicts in the Community.<sup>86</sup>

Though the ECOWAS Court lacks an express mandate to adjudicate over electoral disputes, it has claimed a limited jurisdiction in situations where an electoral cause is inextricably linked to alleged

83 ST Eboobrah 'Litigating human rights before sub-regional courts in Africa: prospects and challenges' (2009) 17(1) *African Journal of International and Comparative Law* 79-101; LN Murungi & J Gallinetti 'The role of sub-regional courts in the African human rights system' (2010) 7(13) *International Journal on Human Rights* 119-142.

84 KJ Alter and others 'Backlash against international courts in west, east and southern Africa: causes and consequences' (2016) 27(2) *European Journal of International Law* 293 306-314.

85 Articles 9(4) and 10(d) of the ECOWAS Community Court Supplementary Protocol (2005).

human rights violations. Litigants before the Court therefore view it as an important alternative forum to pursue their elections-related claims.<sup>87</sup>

### 5.1.1 *Dr Jerry Ugokwe v Nigeria and Dr Christian Okeke*<sup>88</sup>

The applicant, a member of the Nigerian House of Representatives whose election had been annulled by the Elections Tribunal and the Federal Appeal Court of Nigeria, alleged an infringement of his right to a fair hearing by the Elections Tribunal and the Nigerian Court of Appeal. He prayed for an interim order restraining the Elections Commission from invalidating his certificate of attestation, granting the said certificate to another person, and an order preventing the Federal National Assembly from relieving him of his position as an Assembly member. The applicant also asked the Court to declare as void the procedures and the judgment delivered by the Elections Tribunal and by the Court of Appeal. The Federal Republic of Nigeria filed a preliminary objection, arguing that the Court lacks the jurisdiction to entertain election disputes.

The Court held that the legal texts applicable confer no general or specific power to adjudicate on election disputes. In addition, it found that notwithstanding that a dispute has electoral dimensions, the determination of other rights of the parties may be referred to the Court.<sup>89</sup> Against this premise, the Court proceeded to examine whether the fundamental right of the applicant to a fair hearing was infringed in the course of the hearings before the Elections Tribunal and the Court of Appeal. The Court affirmed that it has jurisdiction in cases of alleged denial of fair hearing.<sup>90</sup> However, the Court dismissed the suit for lack of merit.

In sum the court carved a narrow jurisdictional basis to intervene in electoral causes where human rights violations are implicated in an electoral dispute. In delineating the scope of its jurisdiction, it affirmed that an application filed as an appeal against an election-dispute related decision of the domestic courts of member states would not be within

86 See generally KJ Alter and others 'A new international human rights court for west Africa: the ECOWAS Community Court of Justice' (2013) 107 *American Journal of International Law* 737; ST Ebobrah 'Critical issues in the human rights mandate of the ECOWAS Court of Justice' (2010) 54 *Journal of African Law* 1-25; and HS Adjolohoun 'The ECOWAS Court as a human rights promoter? Assessing five years' impact of the Koraou slavery judgment' (2013) 31(3) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 342-371.

87 OD Akinkugbe 'Towards an analyses of the mega-political jurisprudence of the ECOWAS Community Court of Justice' available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3186627](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3186627) (accessed 23 July 2020).

88 Suit No ECW/CCJ/JUD/02/05, Judgment No ECW/CCJ/JUD/03/05, 7 October 2005 (*Ugokwe* case).

89 *Ugokwe* (n 88) para 19; See also similar reasoning in *Sule Audu et al v The Federal Republic of Nigeria*, Suit No ECW/CCJ/APP/02/16, Ruling of 20 March 2017; and *Omar Jallow & Another v Republic of The Gambia*, Suit No ECW/CCJ/APP/33/16, Judgment No ECW/CCJ/JUD/06/17, 10 October 2017.

90 *Ugokwe* (n 88) para 28.

the scope of the Court's jurisdiction where a violation of human rights could not be demonstrated.<sup>91</sup>

### 5.1.2 *Congrès pour la Démocratie et le Progrès (CDP) & others v Burkina Faso*<sup>92</sup>

The dispute arose out of an amendment to the electoral laws of Burkina Faso that ousted the applicants who were supporters of the former President, Blaise Compaoré from participation in future electoral processes. The Burkina Faso Parliament's position was that the rationale of the transition was to mark a complete break with the previous regime and the governance system of Compaoré. In this way, the exclusion clause would guarantee that the transition was not recaptured *ex post facto* by Compaoré's cadres.<sup>93</sup>

The principal question before the Court was whether the amendment of Burkina Faso's electoral law and its application violated the right of political parties and citizens to participate and vote in elections. The applicants, a group of opposition political parties and individuals, alleged the breach of their fundamental human rights by Burkina Faso's Transitional Government by enacting the impugned amendments to the electoral law. They contended that the new law adopted violates their right to participate freely in elections in Burkina Faso and violates several international legal instruments that Burkina Faso is a party to. On its part, Burkina Faso argued that the Court lacked jurisdiction to entertain the action.

The Court held that although it may lack the jurisdiction to adjudicate over electoral disputes in member states, 'it may be validly seized when it appears that the electoral process is marred by human rights violations, the punishment of which falls within its jurisdiction'.<sup>94</sup> Thus in electoral cases that are intertwined with allegations of breach of human rights, the ECOWAS Court will assume jurisdiction.

On the merits, the Court decided that the amendments to the electoral law were in violation of regional and international law and demanded that all obstacles to participation in transitional elections should be lifted.<sup>95</sup> The Court explained that there were no justifiable reasons for excluding such a broad number of individuals from

91 *Ugokwe* (n 88) para 32.

92 Suit No ECW/CCJ/APP/19/15, Judgment No ECW/CCJ/JUG/16/15, 13 July 2015 (*CDP* case).

93 See in the account in A Witt 'Where regional norms matter: contestation and the domestic impact of the African Charter on Democracy, Elections and Governance' (2019) *Africa Spectrum* 1 9-13; see also A Witt & S Schnabel 'Taking intervention politics seriously: media debates and the contestation of African regional interventions "from below"' (2020) 14 *Journal of Intervention and Statebuilding* 1 6-8.

94 *CDP* (n 92) para 19.

95 *CDP* (n 92) para 14.

participating in democratic elections specifically on the basis of such 'ambiguous criteria'.<sup>96</sup> Moreover, the Court also claimed that sanctions for unconstitutional changes of government can only be applied against regimes and states – including their leaders – but not the rights of ordinary citizens.<sup>97</sup> And finally, the Court held that the exclusion envisaged by the impugned law was neither legal nor necessary for the stabilisation of the democratic order in Burkina Faso. Rather, it significantly limited the choice of the Burkinabe electorate and thus undermined the competitive character of the elections.<sup>98</sup> In terms of compliance, the decision of the Court was rejected by the Burkinabe Transitional Government. The argument for non-compliance was founded on the view that a revision of the electoral code only four months prior to the scheduled elections was impractical.<sup>99</sup>

### **5.1.3 *Centre for Democracy and Development and Center for Defence of Human Rights and Democracy v Mamadou Tandja & Niger*<sup>100</sup>**

The applicants, NGOs based in Niger, asked the ECOWAS Court for declarations that President Mamadou Tandja's decision to remain in power and to organise a constitutional referendum was null and void. They also sought a declaration that the violent suppression of protests was illegal and a violation of the human rights of the people of Niger's freedom of expression, assembly and association. The applicants also sought orders prohibiting President Tandja from organising a referendum, remaining in power beyond December 2009 and dispersing the protests against his plan to run for a third term. The respondents raised a preliminary objection, contending that should the Court find that it is competent to entertain the matter, it would be assuming jurisdiction over a matter that relates to the internal law of a member state, contrary to its powers.

The Court noted that convening an electoral body for a referendum on the Constitution of Niger is an exercise of regulatory power in a sovereign member state. Consequently, the court is not competent to adjudicate on the lawfulness or constitutionality of the acts complained of, or to prohibit the undertaking of such acts. Hence, it declared itself incompetent to prohibit President Tandja or the agents of the Republic of Niger from organising the referendum in order to remain in power or to disperse the protest marches against the organisation of the referendum.

96 *CDP* (n 92) para 11.

97 As above.

98 *CDP* (n 92) para 12.

99 Witt (n 93) 116.

100 Suit No ECW/CCJ/APP/07/09, Judgment No ECW/CCJ/JUD/05/11, 9 May 2011.

#### 5.1.4 *Amnesty International Togo & others v Togo*<sup>101</sup>

The application concerned the allegations by the applicants that, following protests in 2017 in Togo calling for the adoption of presidential term limits, the internet was shut down. The first to seventh applicants, NGOs based in Togo and the eighth applicant, a Togolese journalist and blogger, claimed that the shutting down of the internet infringed their rights to freedom of expression as provided in article 9 of the African Charter and other international human rights instruments.<sup>102</sup> The respondent state justified the shutdown as necessary in order to safeguard the national security interest of the country.<sup>103</sup> The Court held that it had jurisdiction to hear and determine the matter as allegations relating to human rights violations constitute grounds for the court to assume jurisdiction.<sup>104</sup>

On the merits, the Court declared that shutting down of internet access by the Republic of Togo violated the rights of the applicants to freedom of expression and further directed the respondent state to enact and implement laws, regulations, and safeguards in order to meet its obligations with respect to the right of freedom of expression in accordance with principles contained in international human rights instruments.<sup>105</sup>

#### 5.1.5 *Obinna Umeh & others v Nigeria*<sup>106</sup>

The applicants, public-spirited Nigerian citizens, approached the ECOWAS Court to challenge the electoral laws of Nigeria that proscribed independent candidacy by mandatorily requiring those seeking elective offices to do so on the platform of a registered political party. They argued that section 221 of the Constitution of Nigeria amounts to the denial of their right to direct participation in the government of their country and a violation of article 21 of the Universal Declaration of Human Rights, article 13 of the African Charter and article 25 of the ICCPR.<sup>107</sup>

Nigeria argued that what the applicants were asking for is a constitutional amendment, an undertaking which is vested in the people of Nigeria through national and state assemblies and beyond the scope of the power of the Court. It also argued that the Court lacked jurisdiction to hear and determine the dispute.<sup>108</sup> The Court dismissed

101 Suit No ECW/CCJ/APP/61/18, Judgment No ECW/CCJ/JUD/09/20, 25 June 2020 (*Amnesty International Togo* case).

102 *Amnesty International Togo* (n 101) para 2.

103 *Amnesty International Togo* (n 101) para 3.

104 *Amnesty International Togo* (n 101) para 23.

105 *Amnesty International Togo* (n 101) para 45.

106 Suit No ECW/CCJ/APP/48/18, Judgment ECW/CCJ/JUD/10/20, 1 July 2020 (*Umeh* case).

107 *Umeh* (n 106) para 11.

108 *Umeh* (n 106) para 14.

the argument that it lacked jurisdiction to entertain the suit. It held that it has competence to compel member states to conform to, or meet their international obligations but does so where necessary by examining any impugned national laws with the view to ascertaining whether indeed any human rights violations occurred.<sup>109</sup>

On the merits, the Court held that it cannot compel Nigeria to amend its Constitution, in the abstract, where there have not been any proven human rights violations. The Court held that section 221 of Nigeria's 1999 Constitution as amended, does not infringe on the applicants' right to participate freely in the government of their country, either directly or through freely chosen representatives in accordance with the provisions of the law.<sup>110</sup>

## 5.2 The East African Court of Justice

The East African Court of Justice, (EACJ), is established under the Treaty for the Establishment of the East African Community (the EAC Treaty).<sup>111</sup> In its original structure, the Court had one chamber. However, amendments to the EAC Treaty that came into effect in March 2007 created an Appellate Division, making the Court a two-chamber court.<sup>112</sup> In terms of jurisdiction, the EACJ is empowered to hear cases 'over the interpretation and application' of the EAC Treaty.<sup>113</sup> The Treaty provides that the EACJ 'shall have such other original, appellate, human rights and other jurisdiction *as will be determined* by the Council at a suitable subsequent date'.<sup>114</sup> However, the extension of the jurisdiction of the Court to cover human rights disputes is yet to be undertaken.

Despite the absence of an explicit provision on its human rights jurisdiction, the Court has claimed a limited jurisdiction based on the founding principles of the community and adjudicated on human rights and governance disputes. The EAC Treaty provides, that one of its founding principles is 'the recognition, promotion and protection of human and peoples' rights in accordance with the provisions of the African Charter on Human and Peoples' Rights'<sup>115</sup> and that one of its operational principles is 'the maintenance of universally accepted

109 *Umeh* (n 106) para 25.

110 *Umeh* (n 106) para 83; For comparison, see the contrary reasoning by the African Court in *Tanganyika Law Society, Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher Mtikila v Tanzania* (merits) 2013 1 AfCLR 34; and the South African Constitutional Court in *New Nation Movement NPC and others v President of the Republic of South Africa and others* CCT 110/19 (11 June 2020).

111 Treaty for the Establishment of the East African Community, article 24, 30 November 1999, 2144 UNTS 255 (EAC Treaty).

112 The EAC Treaty provides that the Court 'shall consist of a First Instance and an Appellate Division,' article 23(2).

113 Note 109 above article 27(1); In addition, the EAC Establishment Treaty provides that the role of the Court shall be to 'to ensure the adherence to law in the interpretation and application of and compliance with this Treaty,' article 23(1).

114 EAC Treaty, article 27(2).

115 EAC Treaty, article 6(d).

standards of human rights'.<sup>116</sup> In many applications before the EACJ, complainants have solely invoked these provisions in requesting declarations from the EACJ regarding violations of their human rights. In a number of cases, the EACJ recognised that it had jurisdiction to deal with alleged violations of the EAC Treaty, that in the end could amount to human rights violations, and that some human rights violations were direct violations of the Treaty itself.<sup>117</sup> Thus, a major feature of the EACJ is the manner in which it has repurposed its original mandate over trade disputes to adjudicate what are, essentially, human rights cases.<sup>118</sup> There have been several attempts to utilise this limited human rights jurisdiction claimed by the EACJ to litigate on election-related cases arising from Partner states.

### 5.2.1 *Sitenda Sebalu v The Secretary General of the East African Community*<sup>119</sup>

In this case, a Ugandan citizen applied to the EACJ challenging a decision of the Ugandan Supreme Court in a parliamentary election petition, which was decided against him. The applicant came to the EACJ intending to further appeal the Ugandan Supreme Court's judgment since, in his view, he still had a right of appeal to the EACJ under articles 6, 7(2), 8(1)(c), 23, 27(1) and 30 of the EAC Treaty and Rules 1(2) and 21 of the EACJ Rules of Procedure. The respondent state argued that the EACJ lacked appellate jurisdiction from the decisions of domestic courts of the Partner states. The Court found that article 23 of the EAC Treaty confers an appellate jurisdiction which is internal within the EACJ itself, namely, from the First Instance Division to the Appellate Division but that it is not competent to hear appeals from decisions of national courts in electoral disputes.

116 EAC Treaty, article 7(2).

117 See for example *James Katabazi and 21 others v Secretary General of the East African Community and others*, 1 November 2007 (EACJLR) (2005-11) 58, para 39; *Plaxeda Rugumba v The Secretary General of the East African Community and Another*, 30 November 2011, EACJLR (2005-11) 226 236-38, paras 42, 43 and 45; *Samuel Mukira Mohochi v The Attorney General of the Republic of Uganda*, 17 May 2013, EACJLR (2005-11) 274 281, para 25; *Venant Masenge v The Attorney General of the Republic of Burundi*, 18 June 2014, EACJLR (2012-15) 136 141, para 29.

118 See in this regard JT Gathii 'Mission creep or a search for relevance: the East African Court of Justice's human rights strategy' (2013) 24 *Duke Journal of Comparative and International Law* 249, 277; V Lando 'The domestic impact of the decisions of the East African Court of Justice' (2018) 18 *African Human Rights Law Journal* 463-485; A Possi 'The East African Court of Justice: towards effective protection of human rights in the East African Community' (2013) 17(1) *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 173.

119 Reference No 1 of 2010, Judgment of 30 June 2011.



### **5.2.2 East African Civil Society Organization Forum v The Attorney General of the Republic of Burundi and 2 others<sup>120</sup>**

This reference sought to challenge the decision of the Constitutional Court of the Republic of Burundi in so far as it endorsed the legality of Mr. Pierre Nkurunziza's participation as a candidate in Burundi's 2015 presidential election. The applicant, a platform of civil society organisations in East Africa, faulted the impugned decision for purportedly violating the Arusha Peace and Reconciliation Agreement for Burundi, 2000 (Arusha Accord), as well as the Constitution of the Republic of Burundi and, consequently, the EAC Treaty.

Despite the provisions of the Arusha Accord and article 96 of the Burundi Constitution, President Nkurunziza was nominated as a presidential candidate for a third term. Fourteen senators of the Burundi Senate filed a case in the Constitutional Court of Burundi seeking interpretation of articles 96 and 302 of Burundi Constitution. The Constitutional Court validated President Nkurunziza's nomination for the presidential election. President Nkurunziza participated in the 2015 Burundi presidential election and was subsequently declared the winner.<sup>121</sup>

The crux of the reference was that the nomination and participation of Mr. Pierre Nkurunziza in the 2015 Burundi presidential election, despite his having been twice elected as the President of Burundi, contravened the Arusha Accord, the Burundi Constitution and the EAC Treaty. The applicant faulted the decision of the Constitutional Court of Burundi for violating Burundi's domestic law and the EAC Treaty. The applicant argued that the violation of the national laws and Community Law by an organ of an EAC Partner state, would amount to a violation of the rule of law principle enshrined in article 6(d) and 7(2) of the EAC Treaty.

The Court held that it was rightly seized with the duty to interrogate whether Burundi's Constitutional Court had complied with the principles of the rule of law and good governance as enshrined in the EAC Treaty.<sup>122</sup> The Court went on to hold that it would review a judicial decision of a domestic court of a Partner state, first, where it established on the face of the record that, the decision depicted outrage, bad faith, and wilful dereliction of judicial duty, and, secondly, where no action, or manifestly insufficient action has been taken by the appropriate judicial disciplinary body to deal with the said decision.<sup>123</sup> The EACJ held that the decision and reasoning of the Constitutional Court of Burundi could not be categorised as an outrageous judicial decision, so as to invoke state responsibility attributable to the respondent state.

120 Reference No 2 of 2015, Judgment of 3 December 2019 (*East African CSO Forum case*).

121 *East African CSO Forum* (n 120) para 6.

122 *East African CSO Forum* (n 120) para 26.

123 *East African CSO Forum* (n 120) para 43.

Thus, the EACJ's international judicial review mandate was improperly invoked.<sup>124</sup>

## 6 LESSONS FROM THE JUDICIALISATION OF ELECTORAL CONTESTS AT THE AFRICAN COURT AND REGIONAL COURTS IN AFRICA

The preceding part depicts the emergence of a continental and regional electoral adjudication regime centred on the activity of the African Court and regional courts which have claimed an adjudicatory mandate in electoral disputes. It is thus arguable that the African Court and regional courts in Africa are becoming alternative avenues for resolution of electoral disputes. This development conforms to the recent trend of judicialisation of (mega) politics, which includes subjecting electoral outcomes and other foundational collective identity questions, and nation-building processes to judicial resolution.<sup>125</sup>

The evolving jurisprudence of the courts under study shows that cases involving election related disputes or complaints have been brought before these courts when litigants are dissatisfied with the fairness of the determinations by domestic courts or domestic processes. The African Court and regional courts have thus provided an avenue to peacefully channel electoral disputes for judicial resolution. In this sense, these courts are not only deciding and affirming the human rights of these litigants, but they also provide a forum to challenge restrictive and non-compliant electoral practices.<sup>126</sup> By doing so, the courts clarify the applicable international, continental and regional human rights standards applicable to the various aspects of the electoral process that the states should adhere to. States' adherence to these standards will enhance confidence in the electoral process and consequently acceptance of the outcomes of the electoral contests and legitimacy of those elected. When electoral disputes and conflicts are managed within the relevant legal frameworks, this ultimately impacts on democratic progress, stability and peace and security in the polity.

The jurisprudence developed by the African Court and the regional courts shows that the interplay between human rights and democratisation cannot be ignored and that these two concepts are two sides of the same coin. This can be seen in the approach adopted by these two courts with regard to their material jurisdiction. They have used the express human rights mandate to claim a role in adjudicating election-related disputes. Thus although no court under study has been granted an express jurisdiction to adjudicate electoral disputes, election-related cases, as seen in the *Christopher Mtikila, APDH, Suy*

124 *East African CSO Forum* (n 120) para 49.

125 R Hirschl 'The judicialization of mega-politics and the rise of political courts' (2008) 11 *Annual Review of Political Science* 93-118.

126 JT Gathii 'Introduction to the book' Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3630722](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3630722) (accessed 23 July 2020).

*Bi Gohore* and *Jebra Kambole* cases by the African Court and the *Jerry Ugokwe* case by the ECOWAS Court, still reach these courts by way of raising human rights violations, over which the courts have jurisdiction. It can therefore be argued that although states may be reluctant to expressly grant jurisdiction over electoral-related disputes to supranational courts, certain aspects of the conduct of elections (such as the rights to participation, freedom of expression and association and access to an appeal or to a remedy when aggrieved with the conduct of elections) will continue to reach these supranational courts.<sup>127</sup>

The cases discussed exemplify an increasing expectation that the African Court and regional courts will adjudicate electoral conflicts, which often go to the heart of democratic politics on the continent. The cases also illustrate the centrality of human rights in resolving electoral disputes and conflicts. The inter-linkage between human rights and peacebuilding therefore means that these courts are emerging actors in resolving electoral disputes and conflicts and therefore in peacebuilding in general.

In view of the fact that the African Court and regional courts are not appellate courts with regard to decisions of national courts, litigants bring election-related disputes before the former courts, as claims of violations of treaty obligations that fall within their jurisdiction. The African Court and regional courts have also become important venues to channel political conflict where intractable conflicts are incapable of being channelled through domestic institutions. These include challenges to constitutional provisions as can be seen in the jurisprudence of the African Court in the *Christopher Mtikila*, and *Jebra Kambole* cases.<sup>128</sup>

It is arguable that these courts are in the process of shaping a continental and regional normative system regarding the common problem of electoral conflicts. The emerging democratisation jurisprudence might be characterised as aimed at facilitating the creation of a democratic public sphere. That is, a significant zone of freedom for individual citizens, civil society organisations and political actors to engage in meaningful deliberation concerning key questions and challenges for the democratic community.<sup>129</sup>

The African Court and the ECOWAS Court have tried to construct the minima of a democratic constitutional order through their elections-related case law. They have done this through the upholding of core democratic rights, and shaping an inclusive and fair electoral

127 O Kaaba 'The challenges of adjudicating presidential election disputes in Africa: Exploring the viability of establishing an African supranational elections tribunal' unpublished LLD Thesis, University of South Africa, 2015 216.

128 See also *General Kayumba Nyamwasa and others v Rwanda* (interim measures) 2017 2 AfCLR 1, where the African Court declined to grant the applicants' prayer for provisional measures to stop a referendum on constitutional amendments allowing the President of the Republic of Rwanda to run for a third term from the previously constitutionally stipulated two-term presidential term limit.

129 TG Daly *The alchemists: questioning our faith in courts as democracy-builders* (2017) 154.

system as shown in the *Christopher Mtikila, Jebra Kambole, and APDH and Suy Bi Gohore* cases by the African Court and the *Congrès pour la Démocratie et le Progrès* by the ECOWAS Court. The courts have claimed jurisdiction in matters that involve shaping electoral rules with the aim of ensuring a genuinely representative political system, insofar as these relate to the respect of human rights. With the wide material jurisdiction of the African Court and the ECOWAS Court's express human rights jurisdiction despite the caveat that it only deals with 'human rights questions' and not the internal laws of member states, these two courts symbolise great potential in this regard.

The EACJ's electoral adjudication has been comparatively light in contrast to the jurisprudence of the ECOWAS Court. This is arguably due to the fact that the EAC has a limited normative framework on human rights and democracy. The EAC Treaty, has no stand-alone provision elaborating on the conduct of democratic elections in Partner states and the term democracy is mentioned cursively.<sup>130</sup> Should the EAC Partner states adopt a human rights protocol expressly granting the EACJ human rights jurisdiction, there will be a clearer and wider framework for its consideration of election-related disputes.

The African Court and regional courts benefit from a range of advantages that makes them ideal for resolution of election-related conflicts. They are good alternatives in case of shortcomings in the domestic courts such as those related to concerns around judicial independence. Moreover, they might be more easily perceived as neutral since they do not have a particular stake in the outcome of the case. In the case of the African Court, judges are required to recuse themselves in matters filed against the state of which they are nationals.<sup>131</sup> Thus, another way of strengthening election-related conflict prevention and resolution is to ensure that both domestic and regional courts have express jurisdiction and capacity to deal with these conflicts, so that the strengths of the national, regional and continental levels of adjudication can be effectively leveraged.<sup>132</sup>

The increasing recourse to African Court and regional courts in resolving electoral conflicts signals a growing trend in Africa where judicial institutions at regional and continental levels are beginning to matter in ways that may not have been envisaged. Scholarly and other writers alike have traditionally depicted Africa as a place where formal institutional rules are largely irrelevant.<sup>133</sup> However, as shown in this article, political actors are increasingly seeking to resolve their electoral

130 Kaaba (n 127) 150.

131 Article 22 of the Court's Protocol and Rule 9(2) of the Rules of the African Court (25 September 2020) provide that a judge who is a national of a state that is a party to a case shall not hear that case; see also AA Olowofoyeku 'Sub-regional courts and the recusal issue: emergent practice of the East African Court of Justice' (2012) 20(3) *African Journal of International and Comparative Law* 365-387.

132 N Hadjigeorgiou *Protecting human rights and building peace in post-violence societies* (2020) 147.

133 DN Posner & DJ Young 'The institutionalization of political power in Africa' (2007) 18(3) *Journal of Democracy* 126 127.

grievances through judicial means and thus the African Court and regional courts are coming to matter much more than they used to, and have displaced violence as the primary means of resolving such conflicts.

It is to be noted that, for the African Court to exercise jurisdiction over applications filed by individuals and NGOs, the state concerned must have made a declaration in this regard, as required under Article 34(6) of the Court Protocol. Of the 30 state parties to the Court Protocol, only ten have made this declaration.<sup>134</sup> However, the possibilities of accessing the African Court in election-related disputes is facing a new threat with four of the ten states that had recognised the jurisdiction of the Court to receive cases filed by individuals and NGOs withdrawing the declarations. The countries that have withdrawn their declarations are Rwanda, in February 2016, Tanzania, in November 2019, and Benin and Côte d'Ivoire, in March and April 2020, respectively.<sup>135</sup> It is noteworthy that the election-related disputes adjudicated by the African Court and analysed in this article, were against Rwanda, Tanzania, Benin, and Côte d'Ivoire. To ensure that the role of the African Court in adjudicating election-related disputes is strengthened, the state Parties to the Court Protocol that have withdrawn their declaration should be encouraged to re-deposit them and those states have not done so, to do so.

Despite the fact that 25 member states of the African Union are not party to the Court's Protocol, the Court's democratisation jurisprudence has an impact on them by virtue of their ratification of the African Charter and other international and regional human rights instruments. Through its interpretation of these instruments, the African Court elaborates normative standards that apply to all state Parties to these instruments. For example, in terms of a spill-over effect, the Court's determinations in the *APDH* and *Gohore* cases are expected to influence how other African states compose and structure their election management bodies. In these cases, the African Court set minimum standards for the independence and impartiality of electoral management bodies, which if adhered to, will improve their legitimacy and acceptance of results of elections they conduct, therefore reducing the likelihood of occurrence of electoral violence on the continent.

## 7 CONCLUSION

Electoral disputes are acknowledged as one of the sources of conflicts and instability in Africa. This context has resulted in the African Court and regional courts providing channels for peaceful resolution of

134 Status List as at 22 September 2020, on the state parties to the Court Protocol and those that have made the Declaration (on file with author).

135 For analysis see SH Adjolohoun 'A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples' Rights' (2020) 20 *African Human Rights Law Journal* 1-40; and TG Daly & M Wiebusch 'The African Court on Human and Peoples' Rights: mapping resistance against a young court' (2018) 14 *International Journal of Law in Context* 294-313.

electoral disputes. It has become apparent that successful court intervention is contingent on the jurisdictional mandate conferred to the African Court and regional courts. This would require African states to grant the necessary competence to the African Court and regional courts in this regard. In addition, they should ensure prompt and full implementation of the decisions rendered by the African Court and regional courts on electoral disputes that they adjudicate on. Doing so would ensure that the African Court and regional Courts play an effective role in the prevention and resolution of conflicts precipitated by electoral violence, thus contributing to the continent's stability.

# Les mécanismes d'intégration des ex-rebelles dans le processus de stabilisation des zones de conflits en Afrique

Cédric Yasser Nzouakeu Nyandjou\*

<https://orcid.org/0000-0002-4680-2848>

**RÉSUMÉ:** Il faut stabiliser les zones de conflits en Afrique afin que le développement socio-économique tant souhaité puisse se réaliser. La pacification de ces zones doit être recherchée à travers l'exécution linéaire du processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion. Ce processus devrait se faire dans un climat de convivialité et de sérénité favorable à l'inclusion des ex-rebelles dans la vie civile. Mais le constat de sa mise en œuvre dans l'ensemble des pays qui l'ont expérimenté reste mitigé. Si certains pays ont pu bénéficier des avantages liés à ce processus, d'autres par contre, sont dans l'incertitude à cause de la précarité du climat sécuritaire et socio-politique. La résurgence des conflits armés en dépit des efforts fournis dans le cadre du désarmement, de la démobilisation et de la réinsertion mérite qu'on questionne l'efficacité de ce processus. Cette contribution analyse non seulement la mise en œuvre des mécanismes de réintégration des ex-rebelles dans le processus de stabilisation des zones de conflits en Afrique, mais aussi les difficultés entravant le processus de paix poursuivi dans le cadre du désarmement, de la démobilisation et de la réinsertion. Pour la circonstance, l'approche comparative a permis de comprendre que le processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion s'avère très utile lorsque les programmes qu'il développe sont adaptés aux réalités économiques et socio-politiques locales. Lorsqu'ils sont inclusifs, ces programmes produisent des résultats concrets et louables. Mais l'inadaptation de ces programmes ajoutée à l'insuffisance des ressources qui sont allouées, à la mauvaise gouvernance, à la méfiance et à la moralité douteuse de certains acteurs posent de sérieuses difficultés à la réalisation des objectifs poursuivis dans le cadre du désarmement, de la démobilisation et de la réinsertion des ex-rebelles. D'où la nécessité de repenser pour chaque zone de conflit les programmes de désarmement, de démobilisation et de réinsertion en fonction du contexte vécu.

## TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

### **The mechanisms for involving former rebels in the stabilisation process of conflict areas in Africa**

**Abstract:** Conflict areas in Africa must be stabilised so that the much-desired socio-economic development can take place. Pacifying these areas must be sought through the linear execution of the process of disarmament, demobilisation and reintegration.

\* Consultant en Droit, en Géostratégie sociale et économique, Coexin Consulting France et Cameroun, Centre d'études et de recherches en droit et développement; Doctorant en Droit (Université de Dschang, Cameroun). L'auteur remercie les membres du comité éditorial pour leurs commentaires qui ont permis l'amélioration de la présente contribution tant dans sa forme que dans son fond; cedricyasser@gmail.com

This process should take place in a climate of conviviality and serenity that is favourable to the inclusion of former rebels in civilian life. But the report of the implementation of such a process in countries that have experienced it remains mixed. While some countries have been able to benefit from the advantages of this process, others are uncertain because of the precarious security and socio-political climate. The surge of armed conflicts despite efforts made in the context of disarmament, demobilisation and reintegration deserves questioning the effectiveness of this process. This contribution analyses not only the implementation of mechanisms for the integration of ex-rebels into the process of stabilising conflict zones in Africa, but also the difficulties hampering the peace process pursued in the context of disarmament, demobilisation and reintegration. For the purposes of this analysis, the comparative approach made it possible to understand that the process of disarmament, demobilisation and reintegration is very useful when the programmes it develops are adapted to local economic and socio-political realities. When inclusive, these programmes produce concrete and commendable results. But the inadequacy of these programmes, added to the insufficiency of the resources which are allocated, to the bad governance, to the mistrust and to the questionable morality of certain actors constitute serious difficulties to the achievement of the objectives pursued in the framework of disarmament, the demobilisation and reintegration of ex-rebels. Hence the need to rethink disarmament, demobilisation and reintegration programmes for each conflict area according to the context experienced.

**MOTS CLÉS:** ex-rebelles, désarmement, démobilisation, réinsertion, paix, stabilisation des zones de conflits

#### SOMMAIRE:

1	Introduction .....	373
2.	L'implémentation des mécanismes d'intégration .....	376
2.1	L'opérationnalisation des stratégies de désarmement, de démobilisation et de réinsertion.....	377
2.2	L'effectivité des programmes d'intégration .....	381
3	La portée limitée des mécanismes d'intégration.....	386
3.1	Les difficultés relatives à la mise en œuvre du processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion .....	387
3.2	La création d'un climat de sécurité précaire.....	390
4	Conclusion.....	393

## 1 INTRODUCTION

La décolonisation et la lutte pour les indépendances ont créé plusieurs foyers de conflits armés en Afrique. Ces foyers se sont surtout multipliés avec la crise économique et l'avènement du vent de l'Est, qui soufla l'ère de la démocratie sur les pays africains.<sup>1</sup> Bien plus, la mauvaise gouvernance, la corruption, l'intolérance, les replis identitaires, la violation des principes démocratiques ont largement contribué à maintenir le cycle de la terreur dans bon nombre de pays.<sup>2</sup> Certains États n'ont presque pas connu de stabilité socio-politique permanente depuis leur accès à l'indépendance. L'enchevêtrement de la violence et des guerres laisse croire que certaines zones étaient destinées au chaos. Malgré les efforts entrepris par la communauté

1 B Gueye 'La démocratie en Afrique, succès et résistances' (2009) 129 *Revue Pouvoirs* 5-26.

2 A N'Dimina-Mougala 'Les conflits identitaires ou ethnopolitiques africains au XXe siècle: caractéristiques et manifestations' (2012) 248(4) *Guerres mondiales et conflits contemporains* 97-119.



internationale pour pacifier ces zones, les différends n'ont cessé de croître.

Mais, décidés d'endiguer les factions rebelles et de redorer l'image de l'Afrique ternie par les calamités et les guerres, plusieurs États vont, à la faveur de négociations et des accords de paix avec les mouvements armés, concevoir des mécanismes permettant d'introduire les ex-rebelles dans le processus de pacification des zones armées.<sup>3</sup> En sollicitant leur contribution dans le processus de stabilisation des zones de conflits, les États vont se donner les moyens pour reconverter ces ex-rebelles.<sup>4</sup> Cette reconversion suppose la transition de la vie de combattant à la vie de civile, qui s'effectue par l'exécution d'un processus linéaire de désarmement, de démobilisation et de réinsertion dans la vie socio-économique voire politique.

Ce processus doit favoriser la réintégration des ex-rebelles. La réintégration n'est autre que l'aboutissement du processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion; c'est un processus social et économique continu et à long terme de développement. Or, la réinsertion est l'assistance offerte aux anciens combattants pendant la démobilisation, et avant le processus de réintégration. C'est l'assistance matérielle et/ou financière à court terme visant à satisfaire des besoins immédiats, et peut durer jusqu'à un an.<sup>5</sup>

Pour mieux saisir l'exécution des stratégies de désarmement et de démobilisation, il faut comprendre les notions qui s'y rattachent. Au fait, que faut-il exactement entendre par désarmement et par démobilisation? Dans l'acception commune, le désarmement s'entend comme la collecte, la documentation, le contrôle et l'élimination des armes de petit calibre, des munitions, des explosifs et des armes légères et lourdes des combattants et, souvent également, de la population civile. C'est aussi la suppression des moyens permettant de mener des opérations militaires ou la réduction des armements.<sup>6</sup>

Le désarmement consiste à retirer les armes aux soldats. Dans cette phase, les soldats renoncent à leurs armes personnelles, leurs munitions et l'équipement associé avant la démobilisation. Ici, les unités en cours de démobilisation abandonnent leurs armes lourdes, véhicules et autres équipements. Les armes et le matériel peuvent être détruits ou réaffectés en vertu d'un accord de paix. On procède à ce stade, à la collecte, au contrôle, à l'élimination des armes légères et de petit calibre et au développement des programmes de gestion responsable des armes.<sup>7</sup> La gestion responsable des armes comprend la réduction de la production, de l'approvisionnement et du transfert

3 M Khamis 'La Cour africaine des droits de l'homme: quelles restrictions à l'accès à la justice?' Mémoire, Université de Montréal (2018) 14.

4 M Benchikh 'Les conflits armés en Afrique et le droit international', Thèse, Université Cergy-Pontoise (2008) 233.

5 J Tercinet *Le maintien de la paix et de la sécurité internationales* (2012) 714.

6 G Cornu *Vocabulaire juridique* (2018) 736.

7 J Freund 'Le concept de désarmement stratégique' (1990) 47(3) *Fondation pour les études de défense nationale* 56.

d'armes et la promulgation des mesures régionales visant à restreindre la circulation transfrontalière des armes.<sup>8</sup>

Quant à la démobilisation, elle désigne la libération officielle et contrôlée des combattants actifs de forces armées ou d'autres groupes armés.<sup>9</sup> La démobilisation consiste à transformer les combattants en civils. Cette phase implique le rassemblement, le désarmement, la gestion et la libération des anciens combattants. Il peut s'appliquer aux combattants irréguliers, aux combattants de la guérilla ou de la liberté, et même aux soldats réguliers. Ce dernier groupe subit également une démobilisation, mais réduite, car les forces armées réduisent souvent leurs effectifs après un conflit. Cette phase commence par l'identification des critères de sélection, suivie de la sélection et du traitement thérapeutique des personnes à démobiliser. Le traitement peut se dérouler dans des centres temporaires jusqu'à la concentration des troupes dans des camps désignés à cette fin (sites de cantonnement, camps, zones de regroupement ou casernes). La deuxième étape de la démobilisation comprend la fourniture des moyens d'appui aux démobilisés, que l'on appelle la réinsertion.<sup>10</sup> La démobilisation se termine par une reconnaissance officielle de la libération du service militaire ou d'un groupe armé.

On entend par ex-rebelles, l'ensemble des anciens combattants précédemment engagés dans les luttes ou conflits armés par des factions ou des milices. Cette expression regroupe un ensemble de personnes prises indifféremment. Elle désigne à la fois les enfants, les femmes et les hommes qui ont été enrôlés ou qui ont rejoint les mouvements armés.<sup>11</sup> La réintégration des ex-rebelles s'inscrit dans un processus fractionné en plusieurs étapes. Elle traduit la volonté d'œuvrer en vue de rétablir la cohésion sociale, la sécurité et la paix gages de stabilité et d'un développement socio-économique durable. Les mécanismes déployés à ce niveau touchent tous les secteurs pouvant stimuler la croissance et le développement. La mise sur pied de nouvelles stratégies de croissance obéit alors à une logique rationaliste qui part des accords de paix au renforcement des valeurs morales, voire à la capacitation des ex-rebelles en vue d'une meilleure réinsertion.

Néanmoins, en dépit des efforts déployés ces dernières années pour pacifier les zones de conflits en Afrique, plusieurs difficultés persistent et tendent à ralentir le processus de paix ainsi que les projets de développement en vue. Comment expliquer cette persistance malgré les efforts consentis? Cette préoccupation est tellement importante qu'il

8 JJ Roche 'Sécurité et défense globales. Des mutations en cours, un débat embryonnaire' (2010) 14 *Les cahiers de la sécurité. Enjeux de la sécurité et de la défense* 16.

9 P Hugon 'Conflits armés, insécurité et trappes à pauvreté en Afrique' (2006) 218 *Afrique contemporaine* 33.

10 Note du Secrétaire général à l'Assemblée générale, mai 2005 (A/C.5/59/31).

11 Comité de Pilotage du Programme de Désarmement, de Démobilisation et de Réintégration en République Centrafricaine 'Stratégie Nationale de Réintégration des ex-combattants des groupes politico-militaires signataires de l'Accord de Paix Global de Libreville' (2011) 20.

est nécessaire d'interroger le contenu de ces mécanismes afin d'apprécier leur opportunité.

Jusqu'à ce jour, plusieurs processus de stabilisation des zones de conflits déployés à travers l'Afrique sont paralysés et précaires.<sup>12</sup> L'échec de ces mesures nous invite à réfléchir sur le problème de la structuration des mécanismes impliqués dans le processus de stabilisation des zones de conflits en Afrique. Au juste, ces mécanismes sont-ils conçus de manière à faciliter le processus de stabilisation des zones de conflits en Afrique? Les mécanismes déployés permettent-ils véritablement la déconstruction des groupes armés et la réintégration des ex-rebelles dans le processus de stabilisation des zones de conflits en Afrique?

Il appert, de toute évidence, que les différents mécanismes de réinsertion des ex-rebelles ont permis une avancée remarquable dans le processus de stabilisation des zones de conflits en Afrique. Ils ont du moins contribué à limiter la propension des crises et à rétrécir les rangs des rebelles. Mais ces mécanismes font face à de nombreuses difficultés, qui ralentissent le processus mis en place. L'objectif de ce travail est d'évaluer le contenu des mécanismes déployés dans le processus de pacification des zones de conflits en Afrique. Il sera plus précisément question, d'analyser les modalités et les stratégies déployées dans le cadre de la réintégration des ex rebelles en Afrique. Il faudra également identifier les problèmes auxquels sont confrontés les ex-combattants dans le cadre de leur réintégration, et proposer des actions devant être mises en œuvre pour répondre aux besoins et problèmes identifiés.

Cette contribution revêt un intérêt certain dans la mesure où elle propose des contributions relatives à une intégration efficace des ex-rebelles dans le processus de stabilisation des zones de conflits. La conduite d'une telle réflexion oblige dès lors à une démarche méthodique. Pour y parvenir, nous aurons recours à l'approche comparative, et à l'approche analytique. Puisqu'il est question d'interroger le contenu des mécanismes déployés dans le processus de pacification des zones de conflits, il faut dans un premier temps étudier l'implémentation de ces mécanismes (2), et dans un second temps, ressortir la portée limitée des mécanismes d'intégration des ex-rebelles dans le processus de stabilisation des zones de conflits en Afrique (3).

## **2 L'IMPLÉMENTATION DES MÉCANISMES D'INTÉGRATION**

L'implémentation des mécanismes de réinsertion des ex-rebelles dans le processus de stabilisation des zones de conflits, est une tâche laborieuse qui nécessite l'implication et la mobilisation de tous les acteurs précédemment engagés ou pas dans les conflits armés. Chacun doit apporter sa modeste contribution pour reconstruire le paysage

12 B Abdoul 'L'approche contemporaine de la prévention des conflits en Afrique' Thèse, Université de Bordeaux (2016) 465.

politique et socio-économique. Le but est de construire un État de droit, tout en recherchant la justice à travers la protection des droits de l'homme et en assurant l'ordre public gage d'un développement propice et harmonieux. Dès lors, comment concilier les intérêts antagonistes afin d'assurer un avenir meilleur à des populations qui n'ont connu que guerre, misère et angoisse?

Le choix de la paix permet de surmonter les différends et les horreurs nés des conflits armés. En outre, plusieurs moyens sont mis en œuvre dans le cadre de la pacification des zones de conflits en Afrique. L'intervention des ex-rebelles dans ce processus s'inscrit dans une logique de diplomatie et de dialogue concertés, à l'effet de créer une synergie d'actions entre les différentes forces vives pour rétablir la paix et la cohésion sociale. Les stratégies de réinsertion qui intègrent le processus de développement global, sont alors conçues sur la base d'analyses politiques et socio-économiques. Ces stratégies sont mises en œuvre à travers l'opérationnalisation du programme de désarmement et de démobilisation (2.1) et l'application effective des programmes de réinsertion des ex-rebelles dans le processus de pacification des zones de conflits (2.2).

## **2.1 L'opérationnalisation des stratégies de désarmement, de démobilisation et de réinsertion**

L'opérationnalisation du programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion se justifie par la nécessité de renforcer le contexte sécuritaire.<sup>13</sup> Le programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion n'est qu'un des nombreux programmes à être mis en œuvre simultanément au début d'un processus de paix. Un échelonnement et une hiérarchisation appropriés de ces programmes sont essentiels. Ces programmes sont multidimensionnels et comprennent une multitude d'objectifs sociaux, économiques, politiques, militaires et/ou budgétaires, qui font partie de la stratégie globale de paix et de relèvement.<sup>14</sup> D'une part, les objectifs sociaux et économiques peuvent inclure des initiatives de relèvement rapide et un développement équitable et durable. Les objectifs politiques comprennent la démocratisation et la stabilité. D'autre part, les objectifs militaires peuvent inclure une force armée plus petite et plus abordable qui répond aux nouveaux besoins de sécurité du pays. Enfin, les objectifs budgétaires comprennent la réduction de la dette et du déficit, et l'amélioration de la balance des paiements.

Le processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion est le plus souvent considéré comme un processus au sein duquel les étapes techniques du désarmement, de la démobilisation et de la

13 UN République Centrafricaine 'Bilan Commun de Pays' (CCA) (2010) 8.

14 Y Conoir & G Verna *DDR, désarmer, démobiliser et réintégrer: défis humains, enjeux globaux* (2006) 640.

réinsertion ne sont pas des phases distinctes mais plutôt un continuum marquant la transition de la vie militaire à la vie civile active.<sup>15</sup> Au cours de chacune de ces phases, les besoins des anciens combattants diffèrent et de nombreuses mesures de soutien sont nécessaires. L'expérience montre d'ailleurs que le désarmement, la démobilisation et la réinsertion doivent être considérés comme un processus unique et continu.<sup>16</sup> La planification des trois activités doit être connectée et coordonnée pour éviter que les efforts ne soient fragmentés.

Dans les premiers jours qui suivent la cessation des hostilités, le désarmement et la démobilisation peuvent constituer une mesure indispensable pour renforcer la confiance. Ce processus occupe une place prépondérante dans les mandats des opérations de maintien de la paix des Nations Unies. Ces dernières années, il s'est avéré être crucial pour la consolidation de la paix, comme en témoignent les références de plus en plus fréquentes aux tâches de désarmement et de démobilisation dans les missions intégrées de consolidation de la paix.<sup>17</sup> Il est aujourd'hui considéré comme est un outil important pour les pays sortant d'un conflit en vue d'instaurer une paix, un relèvement et un développement durables.

Dans l'ensemble des États ayant connu des conflits armés, plusieurs tentatives visant à établir un cadre commun d'application des programmes de désarmement, de démobilisation et de réinsertion ont été entreprises. Ces programmes ont été mis en œuvre en fonction du contexte propre à chaque pays. En effet, tout programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion doit tenir compte, au niveau de sa planification et de sa mise en œuvre, des facteurs qui ont joué un rôle déterminant dans le déclenchement du conflit, et prendre notamment en compte la culture, le développement politique et historique, et les causes profondes de la guerre civile. Les programmes de désarmement, de démobilisation et de réinsertion doivent surtout permettre à toutes les parties prenantes au processus d'y participer, parties au conflit et populations civiles comprises. L'exclusion du processus de certains acteurs entraîne la méfiance. Or, la confiance est dans ces conditions l'un des aspects les plus importants pour parvenir à un véritable désarmement.

Par ailleurs, le processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion a toujours évolué en fonction du contexte du conflit et de la nature de la paix. Bien qu'aucun processus ne soit identique, les praticiens peuvent tirer des leçons utiles pour les opérations de désarmement et de démobilisation ultérieures. Les standards intégrés

15 MC Steenken *Désarmement, démobilisation et réintégration* (DDR): tour d'horizon pratique (2017) IX.

16 C Bouquet 'La construction de la paix en Afrique: commencer par éviter la guerre' in M Fau-Nougaret & LM Ibriga (dirs) *L'architecture de paix et de sécurité en Afrique. Bilan et perspectives* (2014) 23 25.

17 G Amvane *Les rapports entre l'ONU et l'Union africaine en matière de paix et de sécurité sur le continent africain* (2012) 114; C Chamot 'Vers un partage des responsabilités entre les Nations Unies et les organisations régionales dans le maintien de la paix?' (1998) 5 *L'Observateur des Nations Unies*, 57; G Cahin 'Les Nations unies et la construction de la paix en Afrique: entre désengagement et expérimentation' (2000) 73 *Revue générale de droit international public* 105.

du désarmement et de la démobilisation ont été élaborés dans ce but. Ils ont permis de recueillir les enseignements tirés de l'expérience des années 1990 jusqu'au milieu des années 2000 pour fournir des lignes directrices pour les futures opérations de désarmement et de démobilisation.<sup>18</sup> Alors que ces standards offrent un outil et une référence utile pour le processus de désarmement, de démobilisation et de la réinsertion, il a été difficile de parvenir à un consensus sur les mises à jour pour répondre à la dynamique changeante des stratégies de désarmement et de démobilisation.<sup>19</sup>

On peut s'interroger sur la nécessité d'examiner les nombreux aspects du désarmement, de la démobilisation et de la réinsertion, y compris l'efficacité et l'impact des programmes, dans le but de mesurer leur succès. Mais c'est une entreprise difficile car ce processus ne constitue qu'une partie du processus de paix global, et il est souvent difficile d'attribuer un succès aux activités de désarmement, de démobilisation et de la réinsertion lorsqu'elles sont liées à d'autres initiatives de consolidation de la paix. En outre, l'absence d'une définition claire du succès présente un autre défi. Le succès correspond-t-il à l'absence de guerre, ou à un combattant désarmé? Qu'est-ce qu'une démobilisation réussie? En l'absence d'une définition claire, il est difficile de mesurer avec précision la manière dont le processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion contribue au résultat final. En tout état de cause, le succès de ce processus doit être mesuré conformément aux objectifs fixés au départ. Il est donc nécessaire de suivre minutieusement toutes les étapes du désarmement et de la démobilisation pour espérer parvenir à la pacification souhaitée.

Trois options se présentent aux combattants lorsque des initiatives post-conflits sont mises en œuvre. Ils peuvent s'auto-démobiliser. Dans ce cas, les ex-rebelles peuvent déposer les armes et retourner à la vie civile surtout lorsqu'un accord de paix *a priori* viable leur est proposé. Cette alternative concerne généralement les personnes engagées dans un conflit par peur de représailles, ou pour trouver des moyens de subsistance et qui ne se reconnaissent pas en réalité une âme de soldat. Le désarmement au Burundi a ainsi connu une vague de démobilisés enthousiastes qui ne se sentaient pas en phase avec les milices qui les enrôlaient.<sup>20</sup> Au Cameroun, plusieurs sécessionnistes et des ex-combattants de Boko-haram optent pour rejoindre les centres de démobilisation créés par le gouvernement.

Ils peuvent être démobilisés de gré ou de force: cette option se divise en deux sous-catégories. La première concerne les combattants

18 JB Veron 'Introduction thématique. Conflit, sécurité et développement: un nouveau paradigme, mais pour quels usages?' (2006) 218(2) *Afrique contemporaine* 32.

19 Banque Mondiale *Briser la spirale des conflits. Guerre civile et politique de développement* (2005) 247.

20 P Ulvin 'Ex-combattants in Burundi: *Why they joined, why they left, how they fared*' (2007) (Working Paper No 3) [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/49A8A14C53E6C67F492573800007A683-Full\\_Report.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/49A8A14C53E6C67F492573800007A683-Full_Report.pdf) (consulté le 2 novembre 2020) 11.

qui sont sous l'autorité d'un chef militaire. Ceux-ci sont généralement peu favorables aux transitions pacifiques par le biais du désarmement et de la démobilisation. Ils craignent généralement l'après-guerre et motivés par leur instinct de survie ou peu convaincus par les options de réinsertion qui leurs sont proposées, hésitent à déposer les armes. La deuxième sous-catégorie concerne les chefs militaires qui réfutent toute démobilisation. Ils ne veulent pas perdre leurs profits: militaires (grades auto-octroyés), économiques, fiscaux, illégaux acquis dans des zones qu'ils ont déclarées de non-droit. Leur démobilisation (voire leur reddition ou disparition) est souvent le premier pas à réaliser pour obtenir celle des hommes placés sous leur commandement.<sup>21</sup>

Par ailleurs, pour une meilleure implémentation du processus du désarmement, de démobilisation et de réinsertion, il faut intégrer la chaîne de désarmement, de démobilisation et de réinsertion de seconde génération à la chaîne traditionnelle. Si les deux approches (la chaîne de désarmement traditionnelle et la chaîne de seconde génération) ont des similitudes sur les objectifs à atteindre à savoir: appuyer le processus de paix, créer un espace politique favorable au développement, et assurer un environnement sûr, elles divergent par leurs orientations.<sup>22</sup>

Tandis que la chaîne traditionnelle met l'accent sur les combattants qui contingentent les structures militaires, la chaîne de deuxième génération insiste de manière plus générale sur les communautés affectées par les violences armées. La chaîne de désarmement de deuxième génération ne se borne pas à la simple mise en œuvre d'un accord de paix duquel découlerait un programme juridique de désarmement, préalable à une paix éventuelle. Il se déploie au niveau local, sur la base d'éléments factuels.

La nécessité d'une réintégration efficace s'impose avec l'implémentation de la chaîne de désarmement, de démobilisation et de réinsertion de seconde génération. La réintégration étant un processus assez long et surtout complexe, elle nécessite une collaboration efficace entre trois composantes essentielles: les personnes à réintégrer, les communautés vers lesquelles sont dirigées ces réintégrations et les personnes en charge des processus du désarmement. Les processus de désarmement devront donc prévoir des structures d'adhésion sur le long terme et offrir de véritables moyens de réintégration avec des perspectives d'avenir, plutôt que de simples rémunérations pour le

21 Lorsque le chef disparaît, l'organisation rebelle s'effondre en général assez rapidement; (...) on a eu l'exemple avec la reddition massive des forces de l'UNITA (Union nationale pour l'indépendance totale de l'Angola) après la mort de Jonas Savimbi, Banque mondiale 'Briser la spirale des conflits: guerre civile et politique de développement' (2005) 92.

22 Voir Nations Unies, Département des opérations de maintien de la paix, Bureau de l'Etat de droit et des institutions chargées de la sécurité, Section du désarmement, de la démobilisation et de la réintégration, Les pratiques de désarmement, démobilisation et réintégration (DDR) de 'deuxième génération' dans les opérations de paix. Une contribution aux discussions 'Nouvel horizon' sur les défis et les opportunités du maintien de la paix de l'ONU *Rapport commandité par le Département des opérations de maintien de la paix des Nations Unies' Publication des Nations Unies* (2010) 8.

désarmement. Des programmes collectifs de réintégration s'avèreront alors plus efficaces que des perspectives au cas par cas.

## **2.2 L'effectivité des programmes d'intégration**

L'effectivité des programmes d'intégration se mesure à travers la réintégration des ex-rebelles dans le processus de pacification des zones de conflits. La réintégration n'est que l'aboutissement d'un long processus comportant le désarmement, la démobilisation et la réinsertion. Elle peut comprendre des indemnités de sûreté transitoire, des aliments, des vêtements, un abri, des services médicaux, des services d'éducation à court terme, une formation, un emploi et des outils.

Plus précisément, par réintégration on entend le processus par lequel les anciens combattants acquièrent un statut civil et obtiennent un emploi et des revenus durables. La réintégration est essentiellement un processus social et économique de durée non déterminée, qui se déroule principalement dans les collectivités au niveau local. Elle fait partie du développement général d'un pays et relève de la responsabilité nationale. Elle exige souvent une assistance extérieure à long terme.<sup>23</sup>

Au plus, la réintégration fait référence au processus par lequel les anciens combattants et leur famille s'intègrent dans la vie sociale, économique et politique des communautés civiles. L'objectif de la réintégration est de permettre aux anciens combattants et à leur famille de devenir des citoyens productifs et autosuffisants qui contribuent au développement de la communauté. Le plus souvent, la réintégration est perçue comme un processus psychologique, social, politique et économique complexe qui commence avant la démobilisation et se poursuit pendant une période prolongée après la réinsertion des anciens combattants dans la vie civile.<sup>24</sup> La réintégration aide les soldats démobilisés à devenir des membres ordinaires et actifs de leur communauté, non identifiables en tant que groupe d'intérêt distinct et sans statut ou besoins spéciaux.

Au cours de ce processus, les acteurs sont appelés à surmonter les défis suivants: restaurer l'autorité de l'Etat et promouvoir l'Etat de droit et la gouvernance locale, relancer l'économie et réhabiliter les infrastructures sociales dans les zones post-conflit, rétablir la sécurité, renforcer la sécurité communautaire et enlever les barrières illégales, lier la réintégration au programme de réforme du secteur de la sécurité. La réussite de cette phase dépend de la réalisation de ces points. Les pays qui ont réalisé leur réintégration sur la base de ces défis ont vu leur situation sécuritaire, sociale, économique et politique connaître une nette amélioration.

23 Steenken (n 15) 20.

24 H Grotius *Le droit de la guerre et de la paix* (2012) 648.



Ainsi, en application de l'accord de paix global de Libreville signé le 21 juin 2008 entre l'État Centrafricain et les groupes politico-militaires dans le cadre du processus de consolidation de la paix en République centrafricaine, le programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion qui avait été conçu a permis de démobiliser environ 8 000 éléments des cinq principaux groupes signataires. Cet accord a lancé des programmes de réintégration afin de permettre aux ex-rebelles d'accéder au statut civil et d'obtenir un emploi ou une activité génératrice de revenus. Le programme mis en œuvre dans le cadre de cet accord a été déployé grâce à une stratégie reposant sur cinq composantes que sont: les travaux à haute intensité de main d'œuvre; la réinsertion économique; la réinsertion sociale; la réinsertion dans les forces de défenses et de sécurité; la réinsertion politique; le genre et la réinsertion.<sup>25</sup>

A travers les travaux à haute intensité de main d'œuvre, il était question de procéder à une transition sans heurt entre la démobilisation et la réintégration et de renforcer le capital social à travers l'implication conjointe des ex-combattants et des communautés dans la mise en œuvre de la réintégration. Au niveau de la réinsertion économique, la stratégie s'est déployée grâce, aux appuis octroyés dans la relance de l'économie dans les zones de désarmement et de démobilisation avec la participation des ex-combattants et des communautés, au renforcement des capacités techniques des producteurs dans les domaines de l'agriculture, de la pêche et de l'élevage. Elle a également été rendue possible par la réhabilitation des infrastructures et la réactivation des services sociaux de base; la promotion d'un meilleur accès aux ressources naturelles et un partage juste et équitable des bénéfices tirés de leur exploitation et par l'accroissement des services de la microfinance aux populations des anciennes zones de conflit.

Bien plus, la réinsertion sociale a été conduite d'une part par la promotion de la réconciliation, de la paix et des droits humains, le renforcement du civisme et la prévention des conflits; et d'autre part par le développement et la mise en œuvre d'une stratégie de création d'emplois/activités génératrices de revenus.<sup>26</sup> La réinsertion s'est également poursuivie au plan politique par la mise en place d'un plan d'intégration des ex-combattants dans les structures étatiques et par la restauration des institutions et des appareils étatiques. L'exécution des opérations de désarmement et de démobilisation a été rendue possible en partie, grâce à l'existence d'une stratégie nationale de réintégration claire et adaptée aux besoins socio-économiques, politiques et sociaux des combattants et des communautés d'accueil. Cette stratégie représentait un lourd défi pour le succès du programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion. Elle prenait en compte les opportunités économiques existantes et les besoins

25 M Martinelli & E Klimis 'La réforme du secteur de la sécurité en République centrafricaine. Quelques réflexions sur la contribution belge à une expérience originale' Rapport du GRIP 2009/5.

26 International Crisis Group 'Centrafrique: l'intervention de la dernière chance' *Briefing Afrique* (2 décembre 2013) 96.

prioritaires des bénéficiaires issus de l'étude socio-économique des zones d'intervention du projet.

En Côte d'Ivoire, après l'accord de Linas-Marcoussis, il était question de restaurer la sécurité, la paix et la stabilité politique dans la sous-région; de procéder à la reconstruction et au développement socio-économique du pays; de lutter contre la circulation illicite des armes légères et des combattants dans la sous-région; de refonder et de restaurer les forces nationales de défense et de sécurité. Pour y parvenir, le programme national chargé du désarmement, de la démobilisation et de la réinsertion a dû concevoir des documents de référence pour sensibiliser les combattants et les communautés; élaborer le budget global; procéder à l'identification des sites de pré-regroupement des forces; réhabiliter les sites des zones de désarmement; acquérir des équipements et matériels devant servir aux opérations; former des auxiliaires de police et de gendarmerie issus des ex-combattants; recenser près de 10 000 miliciens dont 8000 démantelés. Mais ces actions ont dû faire face comme nous le démontre le rapport du groupe de travail régional sur les programmes de désarmement, de démobilisation, de réintégration et la gestion post-conflit en Afrique de l'ouest à des contraintes financières, sécuritaires, militaires et politiques.<sup>27</sup>

En Sierra Leone après les accords de paix d'Abidjan et de Lomé signés entre le gouvernement de la Sierra Leone et le Front révolutionnaire unifié de Sierra Leone en 1996 et 1999, une force de maintien de la paix neutre a été chargée de désarmer tous les combattants, les forces civiles de défense, l'armée de Sierra Leone et les groupes paramilitaires. Le gouvernement a créé deux institutions majeures: le Comité national pour le désarmement, la démobilisation et la réinsertion et la Commission nationale en charge de la reconstruction, de la réinstallation et de la réhabilitation. Avec l'appui de la mission des Nations Unies en Sierra Leone, le programme de désarmement, de démobilisation et de réintégration s'est déroulé d'octobre 1998 à janvier 2002. En octobre 2005, le programme avait été largement exécuté, la mission des Nations Unies en Sierra Leone indiquant que plus de 70 000 anciens combattants avaient été désarmés et réinsérés. Plus précisément, le programme est parvenu à démobiliser 72 490 combattants en tout et à réunir 42 300 armes et 1,2 million de munitions.<sup>28</sup>

Ce résultat a été atteint grâce à une démarche qui s'est effectuée en cinq étapes à savoir: (1) le rassemblement consacré à l'organisation de l'arrivée des anciens combattants et à leur orientation; (2) les entretiens dédiés à la collecte d'informations sur les anciens combattants; (3) le rassemblement des armes, destiné à l'étiquetage des armes, à leur mise hors d'état provisoire et à leur entreposage; (4) la certification de l'éligibilité, pour permettre aux observateurs de l'ONU de vérifier et

27 Groupe de travail régional sur les Programmes DDR et la Gestion post-conflit en Afrique de l'Ouest *Atelier de mise en place organisé par le Club du Sahel et de l'Afrique de l'Ouest/OCDE Abidjan (Côte d'Ivoire)* (2006).

28 Nations Unies *Conférence sur le DDRR et la stabilité en Afrique 2005*.

d'autoriser les anciens combattants à rejoindre le programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion; (5) le transport destiné au rassemblement des combattants désarmés et à leur tri, puis à leur transfert vers l'un des centres de démobilisation où ils ont été accueillis et ont reçu une aide de première nécessité. Avant leur réinsertion dans la vie civile, les anciens combattants ont également bénéficié des conseils thérapeutiques, des informations et des séminaires de sensibilisation, ainsi qu'une éducation civique. Les anciens combattants ont par ailleurs touché des allocations transitoires destinées à les soutenir pendant les trois premiers mois dans le lieu de réinstallation de leur choix. Ils ont aussi perçu une indemnité de transport pour se rendre dans leur communauté locale.<sup>29</sup>

Globalement, le programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion en Sierra Leone a été très fructueux car, en plus d'avoir permis le désarmement des différentes factions belligérantes, il a engendré un environnement propice au déroulement d'élections présidentielles et parlementaires pacifiques en mai 2002. La réussite du programme peut être attribuée à de nombreux facteurs, dont l'un des plus importants a été la mise en place d'un cadre institutionnel puissant dédié au désarmement, à la démobilisation et à la réinsertion établissant des liens avec plusieurs institutions aux niveaux local, national et international. Parmi les acteurs clés de cette structure institutionnelle figurent le gouvernement, les forces de maintien de la paix, les agences des Nations Unies, la Banque mondiale, le ministère britannique du développement international, plusieurs organisations non gouvernementales et les forces de combat. Le programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion a ainsi pu réunir toutes les parties prenantes au processus de paix.

L'un parmi d'autres facteurs clés de la réussite du programme a été l'adoption d'une démarche en plusieurs étapes dédiée au désarmement au niveau des districts, démarche qui a par ailleurs encouragé l'adoption des mesures propices à l'instauration d'un climat de confiance. Des réunions tripartites mensuelles, rassemblant les différents acteurs et consacrées à l'examen permanent du processus de désarmement, ont engendré un climat bénéfique à la compréhension mutuelle. Par ailleurs, la nature et la perception du régime de l'après-guerre, tant au niveau national qu'international, ont contribué à galvaniser un soutien moral et financier considérable à l'égard du Programme de désarmement, démobilisation et réinsertion.

L'octroi d'indemnités de formation et de boîtes à outils aux anciens combattants a également encouragé la plupart d'entre eux à participer au programme. Ce dispositif reposant sur une prime d'installation sous la forme d'une indemnité de subsistance transitoire, a fortement incité les anciens combattants à rester dans leur district d'installation. Enfin, l'importance accordée par le programme à la prestation des services

29 UN *Rapport sur Désarmement, Démobilisation et Réintégration A/60/705 2006; Rapport sur l'Étude d'ensemble de toute la question des opérations de maintien de la paix sous tous leurs aspects. Assurer la paix et le développement: le rôle des Nations Unies dans l'appui à la réforme du secteur de la sécurité*, A/62/659, 23 2008.

d'information, de soutien psychologique et d'orientation aux niveaux de la région et du district a permis de renseigner les anciens combattants sur les opportunités en matière d'emploi.

L'expérience du Liberia en matière de désarmement, de démobilisation et de réintégration semble plus convaincante. En vertu de l'accord de paix global, les Libériens unis pour la réconciliation et la démocratie, le mouvement pour la démocratie au Liberia et les milices et chefs politiques de l'ex-Gouvernement du Liberia ont accepté un cessez-le-feu, et se sont engagés à mener à terme un processus de désarmement et de démobilisation. Pour ce faire, les principaux acteurs des groupes rivaux ont été invités à participer pleinement au processus de désarmement et de démobilisation. C'est ainsi que la commission nationale de désarmement, de démobilisation, de réinsertion et de réintégration dans le cadre d'une action extrêmement professionnelle, a mis à profit toutes les techniques stratégiques qui étaient à sa disposition et lancé des campagnes d'information et de sensibilisation pour appeler les combattants, par l'intermédiaire de leurs chefs militaires et politiques, à déposer les armes. Ce processus s'est soldé par ce qui est considéré comme un succès considérable.

Le Liberia a été en mesure de désarmer plus de 100 000 combattants parce qu'il a su instaurer un climat de confiance dès le départ.<sup>30</sup> En règle générale, les combattants se méfient des personnes qui ne font pas partie de leur structure de commandement. Ils accordent toutefois de l'importance aux avis et aux engagements lorsque les autorités sont crédibles. Celles-ci ont été capables de gagner la confiance des chefs militaires et politiques des trois factions en conflit qui exigeaient d'occuper les postes alloués à leurs factions respectives aux termes de l'accord de paix global avant que leurs hommes ne déposent les armes. Durant le processus de désarmement, de démobilisation et de réintégration, 27 000 armes furent détruites ainsi que 6,1 millions de munitions pour armes légères et 29 794 pièces d'artillerie inutilisées.<sup>31</sup>

Mais comment sont-ils arrivés à ce stade? Ce résultat semble de toute évidence être le fruit d'une action continue et renforcée. En effet, après avoir obtenu le désarmement et la démobilisation de près de 103 019 combattants en 2004, la phase de réhabilitation et de réinsertion a directement débuté par une triple approche reposant sur des objectifs de réinsertion en matière d'enseignement scolaire, de formation professionnelle et technique, et d'apprentissage.<sup>32</sup> Toutefois, il est important de préciser que cet Etat a bénéficié du soutien et de l'aide de la communauté internationale pour maintenir la paix.

30 A Bryden et autres *Gouvernance du secteur de la sécurité en Afrique de l'Ouest: les défis à relever* (2008) 177.

31 UN *Rapport sur l'Étude d'ensemble de toute la question des opérations de maintien de la paix sous tous leurs aspects*, A/59/608 du 15 décembre 2004.

32 D Bendix & R Stanley 'Security sector reform in Africa: the promise and the practice of a new donor approach' (2008) 3(2) *The African centre for the constructive resolution of disputes occasional paper series* 27-28.

Au Soudan, ce sont près de 180 000 participants du Nord et du Sud qui ont pu bénéficier du programme de désarmement, de démobilisation et de réintégration en quittant la vie militaire et en réintégrant la société. Ce programme a été géré opérationnellement par les Commissions de désarmement du Sud Soudan et du Nord Soudan, avec le soutien technique et logistique de l'unité intégrée de la section de désarmement, démobilisation et réinsertion de l'ONU.<sup>33</sup>

En République démocratique du Congo, un processus de désarmement faisant suite aux accords de cessez-le-feu de Lusaka (Zambie) signé le 10 juillet 1999, a été entrepris en 2004. Il a bénéficié du soutien de la Banque Mondiale, en vue du rétablissement de la paix dans la région des Grands lacs. Son exécution a permis de démobiliser environ 120 000 combattants armés sur 300 000 mais beaucoup d'efforts reste encore à fournir pour ramener la paix dans ce pays.<sup>34</sup>

### **3 LA PORTÉE LIMITÉE DES MÉCANISMES D'INTÉGRATION**

L'on ne saurait dénier la contribution des mécanismes d'intégration des ex-rebelles dans le processus de stabilisation des zones de conflits en Afrique. Ces mécanismes sont l'expression des compromis nés des précédents conflits. Ils traduisent la volonté commune si non individuelle, d'apaiser le climat sécuritaire et socio-politique des pays ayant été en proie aux conflits armés. A cet égard, l'exécution du processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion peut être considérée comme un moyen de pacification et de reconstruction des zones armées.

Mais le bilan de la mise en œuvre de ces mécanismes est aujourd'hui controversé. Si certains Etats jouissent encore des retombées du désarmement, de la démobilisation et de la réinsertion, d'autres par contre, sont dans l'incertitude au regard de la résurgence des conflits armés. Comment expliquer cette double mesure alors qu'au départ tout semblait être réuni pour la réussite du processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion? A l'évidence, la précarité du climat sécuritaire et socio-politique de certains pays (3.2) résulte du dysfonctionnement des stratégies mises en œuvre dans le cadre du désarmement, de démobilisation et de réintégration des ex-rebelles (3.1).

33 <http://www.un.int/wcm/content/site/portal/cache/offonce/home/pid/8432;jsessionid=F311E057717C8F67656D0C132A014481> (consulté le 24 juillet 2020).

34 Y Conoir 'Évaluation du Programme national de désarmement, démobilisation et réintégration en RDC' Rapport final, République démocratique du Congo, Unité d'exécution du Programme national de désarmement, démobilisation et réinsertion UEPN – DDR, septembre 2011 2.

### 3.1 Les difficultés relatives à la mise en œuvre des processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion

La pacification des zones de conflit est généralement le résultat de l'exécution continue et suivie du désarmement, de la démobilisation et de la réinsertion. Ces trois phases ont pu être schématisées par l'expression «*guns, camps, cash*».<sup>35</sup> Chaque étape doit être scrupuleusement exécutée avant l'entame de la prochaine. Les trois étapes ne pouvant pas être exécutés au même moment, il est nécessaire que chaque étape soit réalisée l'une après l'autre. Toutefois, dans la pratique, ce séquençage si clair n'est pas toujours appliqué ou suivi à la lettre par les parties prenantes, notamment les ex-rebelles. Dans la précipitation et eu égard à la nécessité de rétablir promptement l'ordre et la paix, les Etats s'empressent de recueillir les ex-mercenaires qui ne fournissent qu'une partie de leur arsenal et logistique; mais la base, les lieux d'approvisionnement et les magasins sont délibérément cachés.

Or, il est nécessaire dans cette phase de tout confisquer ou du moins, comme cela s'est fait par le passé en Sierra Leone, au Liberia et en Angola, de tout récupérer et par la suite de détruire cette chaîne en vue de s'assurer du rétablissement permanent de la paix.<sup>36</sup> Les phases de désarmement et de démobilisation sont souvent confondues ou inversées en raison de la réticence des combattants à remettre leurs armes sans gage de sécurité pour une alternative à la vie de soldat qui passe par la réintégration. Nombreuses sont les campagnes de désarmement, de démobilisation et de réinsertion dont la dynamique fléchit nettement au stade de la réintégration.

Dans l'ensemble, les difficultés relatives à la mise en œuvre du processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion sont liées à la réticence des ex-rebelles, à la mauvaise planification des stratégies, à l'insuffisance des ressources structurelles et financières prévues pour la satisfaction des besoins des parties et au caractère non inclusif de certaines stratégies. Au Burundi, les désarmés et démobilisés dont la réinsertion a subi de longs retards ont fini par éprouver une frustration notable et par se méfier du programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion.

En l'absence de phase de désarmement et avec une phase de réinsertion non planifiée sur le long terme qui ne visait qu'à fournir des aides à la réinsertion dans la vie civile, le processus de désarmement amorcé en République démocratique du Congo n'a finalement constitué qu'un cessez-le-feu momentané.<sup>37</sup> Ici, les périodes continues

35 M Knight et A Özerdem 'Guns, camps and cash' (2004) 4 *Journal of Peace Research* 44.

36 Nations Unies *Gestion efficace des armes et munitions dans un contexte de désarmement, de démobilisation et de réintégration en évolution* (2018) 44.

37 'Completing the Demobilisation, Disarmament, and Reintegration Process of Armed Groups in the Democratic Republic of Congo and the Link to Security Sector Reform of FARDC: Mission Difficult!' *Institute for Security Studies/ Institut d'études de sécurité* 23 novembre 2010 3.

d'insécurité ont retardé et renversé les progrès en matière de désarmement, de démobilisation et de réinsertion. Le Mouvement du M23<sup>38</sup> composé d'anciens rebelles du Congrès national pour la défense du peuple réinsérés dans l'armée congolaise a profité, de la défaillance du processus de désarmement des anciens combattants engagés dans la guerre du Kivu, pour reprendre les armes et s'imposer dans l'Est du pays.

La diversité des acteurs engagés et l'incohérence des logiques utilisées dans les processus de désarmement ne sont pas non plus étrangères aux difficultés relatives à la mise en œuvre du processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion. Il est généralement considéré que les deux premières phases (désarmement et démobilisation) relèvent de la compétence d'acteurs militaires, tandis que la dernière (réinsertion) serait prise en charge par des civils travaillant généralement dans le domaine du développement tels que des organisations de défense de la société civile ou des organisations non gouvernementales. Mais le constat donne à croire que ce circuit serait malmené, pour des raisons socio-économiques et parfois politiques.

Vu de plus près, le processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion ne connaît pas toujours une issue heureuse à cause de certains facteurs socio-économiques et politiques.<sup>39</sup> Les premiers facteurs sont liés à la modicité des moyens et à la mauvaise gestion des ressources allouées à ce processus. En effet, les ressources financières souvent allouées au processus de désarmement, de démobilisation et de réintégration ne sont pas toujours suffisantes pour couvrir l'ensemble des besoins exprimés. Il en est de même des ressources humaines sollicitées dans ce processus. Certaines personnes impliquées dans cette démarche ne sont pas des professionnels, ou ne disposent pas d'expérience nécessaire pour mieux conduire le processus. Bien plus, la mauvaise gestion de toutes ces ressources constitue une difficulté non négligeable.

Les seconds facteurs sont liés à la légitimité du politique, qui est parfois au centre des revendications des rebelles. Les représentants des Etats peinent souvent à imposer leur autorité, notamment lorsqu'ils sont tous ou majoritairement alliés d'un même parti politique. L'exclusion des représentants de la société civile ou des autres composantes sociales provoque également les tensions et paralyse le processus de pacification des zones armées.

Le désarmement non inclusif réalisé en Côte d'Ivoire et la méfiance des ex-combattants n'a pas permis de consolider le processus de paix recherché à travers la mise en œuvre du processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion en 2012. Le fait que Laurent Gbagbo

38 Le Mouvement du 23 mars ou M23 a été créé en pleine guerre du Kivu. Il est composé d'anciens membres du Conseil national pour la défense du peuple réintégrés dans l'armée congolaise suite au processus de démobilisation et de réintégration. Suite à ce qu'ils ont considéré comme une violation des accords du 23 mars par le gouvernement congolais, ils ont créé le M23 le 6 mai 2012.

39 'From Conflict to Resilience: Ex Combatant Trade Associations in Post Conflict' *Banque mondiale*, janvier (2012) 7.

fut traduit devant la Cour pénale internationale et envoyé à la Haye après son arrestation en 2011 a renforcé la méfiance déjà présente au sein du peuple vis-à-vis du nouveau président. Le processus de réconciliation initié par le gouvernement donnait l'impression de manquer de vigueur et n'a pas réussi à convaincre les opposants et les sceptiques, soit près de la moitié de la population tout de même. Lorsque le processus de désarmement a officiellement débuté en 2012, les combattants fidèles à Laurent Gbagbo ont «hésité à restituer leurs armes». <sup>40</sup> Qui leur garantissait que le nouveau gouvernement n'allait pas se venger de tous les fidèles de l'ancien président?

Étant donné que la remise d'une simple arme permettait de participer au processus, les sceptiques ne remirent alors qu'une seule de leurs armes et conservèrent l'autre par sécurité. D'autres, notamment des combattants fidèles à Gbagbo, ne participèrent pas du tout au programme dans un premier temps et se cachèrent ou fuirent au Libéria voisin. Le processus n'était donc pas inclusif; des combattants et un grand nombre d'armes restaient ainsi en dehors du système. Le cas de la Côte d'Ivoire illustre la dynamique complexe née de la pluralité des contextes de conflit et post-conflit. Les particularismes politiques locaux et les luttes de pouvoir sont une variable influente pour l'avenir du pays et sa société, sur laquelle les acteurs internationaux ne peuvent agir que de façon limitée. Un levier envisageable serait d'exiger et de soutenir des mesures post-conflit telles qu'un programme de désarmement avec une sensibilité accrue pour le contexte local.

Au Mali, les retards du désarmement et de la démobilisation sont liés à l'absence de confiance entre les parties. En revenant constamment sur ses engagements, notamment dans la prise en charge du mécanisme opérationnel de coordination et en retardant les réformes institutionnelles, le gouvernement mine lui-même la confiance des signataires. <sup>41</sup> De leur côté, les mouvements armés exigent davantage des garanties sur la décentralisation et le développement du Nord en retour de leur participation à l'avancement des mesures de confiance en matière de sécurité et de défense. <sup>42</sup> La dégradation de la situation sur le terrain a créé des obstacles à l'établissement des mesures de confiance et au processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion. Plusieurs retards sont dus à la renégociation constante du processus et à la multiplication des groupes armés.

40 F Ehlert 'Quelle viabilité pour le processus de désarmement, démobilisation et réintégration de la Côte d'Ivoire?' (2018) 17 *Friedrich-Ebert-Stiftung, Referat Afrika* 4.

41 'Le processus de Désarmement – Démobilisation – Réinsertion (DDR) au Mali: un parcours semé d'embûches' *Observatoire du monde arabo-musulman et du Sahel* décembre 2018 8.

42 Baba Ahmed, «Au Lancement officiel du programme DDR, les ex-rebelles posent leurs conditions», 7 Novembre 2018, <https://www.jeuneafrique.com/659488/politique/mali-au-lancement-officiel-du-programmeddr-les-ex-rebelles-posent-leurs-conditions/> (consulté le 27 juillet 2020).



En outre, la fourniture inopportune de ressources financières et d'autres aides logistiques a considérablement entravé le programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion. Aussi, les difficultés à intégrer les anciens combattants dans la société civile, essentiellement imputables à l'insuffisance des capacités au niveau communautaire et à la peur suscitée parmi les anciens combattants par la perspective d'un retour dans leur communauté d'origine, ont également gêné le programme de réinsertion.<sup>43</sup>

Bien plus, le nombre et la composition des groupes à désarmer a un impact important sur les programmes de désarmement, de démobilisation et de réinsertion. En Afrique, nombre des conflits de longue date sont caractérisés par une prolifération de groupes armés, des combattants mal organisés et des renversements d'alliances, comme en témoignent les exemples notamment du Darfour et de la République centrafricaine, et cela rend plus difficile l'identification et le rassemblement des combattants et la communication avec eux.<sup>44</sup>

Une autre difficulté non négligeable qui paralyse souvent le processus de paix, est la remise en cause de la légitimité de certains leaders des ex-rebelles. Ceux-ci sont souvent contestés et même désavoués par leurs partisans lorsqu'ils prennent des décisions qui ne vont pas toujours dans l'intérêt général des rebelles. Etant amenés à faire des compromis, ces leaders sont souvent poussés à renoncer à certaines revendications au profit de la paix. Entre la célérité des procédures, la nécessité de rétablir au plus vite la paix et de préserver la souveraineté des institutions, les représentants des rebelles n'ont pas toujours la possibilité de retourner à la base pour requérir l'avis ou les conseils afin de se prononcer. C'est cet état de choses qui conduit à la remise en cause de leur légitimité par leur camp. Cette déchéance si on peut ainsi la nommer va inspirer la multiplication des remous qui gangrènera le processus de paix enclenché.

### 3.2 La création d'un climat de sécurité précaire

Malgré les efforts entrepris pour désarmer, démobiliser et réinsérer les ex-rebelles, le climat sécuritaire et socio-politique de certains pays reste précaire. Il est aujourd'hui difficile d'admettre au regard de la résurgence des tensions et crises, que les multiples programmes de désarmement, de démobilisation et de réinsertion mises en œuvre dans l'ensemble des pays qui ont connu des conflits armés ont favorisé le retour de la paix et de la stabilité socio-politique. Si certains pays à l'instar de la Sierra Leone et du Liberia ont pu tirer leur épingle du jeu,

43 I Souare *Guerres civiles et coups d'Etat en Afrique de l'Ouest. Comprendre les causes et identifier les solutions possibles* (2007) 133; M Diallo 'La sécurité en Afrique de l'Ouest: enjeu de gouvernance et de développement' Réunion du Groupe d'Orientation des Politiques (GOP) du Club du Sahel et de l'Afrique de l'Ouest (CSAO/OCDE) (2007) 5 Document disponible à l'adresse: <http://www.oecd.org/fr/csao/publications/38415736.pdf> (consulté le 4 août 2020).

44 P Zena 'Leçons et limites du DDR en Afrique' (2013) 24 *Bulletin de la sécurité africaine* 8.

d'autres par contre restent dans la tourmente. Ces derniers semblent être prisonniers d'un cercle infernal de troubles et d'instabilités sécuritaires et socio-politiques.<sup>45</sup> Leur situation laisse perplexe et donne à s'interroger sur l'opportunité et la valeur du processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion dans l'apaisement des conflits et de la recherche de la paix.

Le travail fourni dans certains Etats est semblable à celui de Sisyphe. Après une période d'accalmie, on se retrouve parfois au point de départ avec des heurts, des bruits de guerres et des mouvements armés. Ces images reflètent en quelque sorte l'échec ou les limites des stratégies mises en œuvre dans le cadre du processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion qui n'auront contribué qu'à limiter la pension des ex-rebelles.

Lorsque les attentes des ex-rebelles ne sont pas satisfaites, ceux-ci peuvent retourner à leur ancienne vie et devenir de potentielles menaces pour la sécurité et la stabilité du pays ou de la région qui les abrite. En effet, la négligence des besoins des soldats démobilisés a des conséquences tant pour les soldats que pour la société à laquelle ils appartiennent. Les besoins non satisfaits peuvent entraîner des troubles sociaux dans les communautés et l'instabilité politique au niveau national. Un taux de chômage élevé, la criminalité et le ressentiment peuvent entraver les efforts de reconstruction et de développement.<sup>46</sup> La réconciliation des anciens adversaires est plus difficile dans de telles circonstances.

Si leurs besoins ne sont pas satisfaits, les anciens combattants peuvent constituer un risque particulier en raison de leur expérience dans la violence organisée. S'ils ne parviennent pas à combler leurs besoins de base, ils peuvent se livrer à la violence criminelle ou politique. Ils peuvent se réarmer en petits groupes pour participer à des actions telles que des barrages routiers ou des enlèvements pour renforcer leurs demandes. Ils peuvent être impliqués dans des conflits armés contre leurs anciens ennemis, intégrer d'autres groupes armés ou participer au crime organisé, déstabilisant ainsi le processus de paix.<sup>47</sup> Cette observation s'est d'ailleurs confirmée avec les récents attentats terroristes au Burkina Faso (janvier 2016), au Nigéria et en Côte d'Ivoire (mai 2020).

En dépit des efforts fournis au Mali depuis des décennies, le climat socio-politique est toujours précaire à cause de la multiplicité des acteurs et des groupes armés tels Al Qaïda au Maghreb Islamique et le Mouvement pour l'Unité et le Jihad en Afrique de l'Ouest, dont le désarmement, la démobilisation et la réinsertion des membres semblent relever de l'utopie.<sup>48</sup> Le nord du Mali semble être le repère

45 Banque mondiale *MDRP Rapport final: Vue d'ensemble des résultats du programme* (2010) 26.

46 Zena (n 44) 8.

47 R Esmenjaud & B Franke 'Qui s'est approprié la gestion de la paix et de la sécurité en Afrique?' (2009) 75(3) *Revue internationale et stratégique* 37.

48 N Sangaré 'Le Mali' in A Bryden et autres (dirs) *Gouvernance du secteur de la sécurité en Afrique de l'Ouest: les défis à relever* (2008) 196.

des groupes armés, le lieu de circulation et de commerce non contrôlé d'armes issues non seulement du conflit armé libyen, mais aussi de commerces illégaux qui concernent l'ensemble de la région sahélienne. Le processus de désarmement, de démobilisation et de réintégration qui avait été initié en 1993 n'a pas été exécuté de manière efficace. Le gouvernement malien n'avait pas eu les moyens d'intégrer tous les ex-combattants à la fois. Certains soldats maliens avaient refusé l'incorporation des soldats rebelles peu instruits dans leurs unités. La formation était trop limitée pour créer des unités intégrées. L'armée régulière malienne, insuffisamment équipée n'a pas su prévenir l'échec du désarmement effectué et la reprise éventuelle du conflit.

En conséquence, une rébellion sera déclenchée le 17 Janvier 2012 dans le nord du Mali par le Mouvement national de libération de l'Azawad. Cette lutte armée a connu du succès grâce au coup d'Etat qui a conduit au renversement du Président Amadou Toumani Touré par une fraction de l'armée. Et depuis lors le Mali est en proie à une instabilité socio-politique chronique.

La résurgence de l'instabilité socio-politique pourrait également s'expliquer par les résultats mitigés issus de certains programmes nationaux de désarmement, démobilisation et de réinsertion. Certains programmes ne sont pas allés jusqu'à leur terme, ou du moins, n'ont pas atteint les objectifs souhaités. Celui initié en République Démocratique du Congo en 2004 qui devait courir jusqu'en 2011 a brusquement été interrompu par décision politique en 2009. Il a certes permis de démobiliser environ 111 000 combattants sur les 210 000 envisagés dont 31 000 enfants qui ont pu retrouver une vie familiale et sociale, mais ce travail s'est révélé inopportun dans la mesure où la situation sécuritaire et socio-politique du pays ne s'est pas véritablement améliorée.<sup>49</sup>

L'interruption du processus de démobilisation n'est cependant pas le seul facteur de la reprise des hostilités dans l'Est de la République Démocratique du Congo. Les proches voisins du Congo que sont l'Ouganda mais surtout le Rwanda hébergent des camps de rebelles qui participeraient aux conflits armés que l'Etat central peu organisé et mal structuré a du mal à contenir. Les enjeux économiques et la richesse des ressources du sol de l'Est de la République Démocratique du Congo semblent expliquer que les combats y continuent. En outre, la création du M23 marque un frein à la mise en œuvre des processus de paix engagés au Kivu et donc au Congo.

Bien plus, la situation économique, les conditions du développement et le marché du travail ont également un impact important sur les progrès du programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion. L'engagement de nombreux ex-combattants vis-à-vis de celui-ci est en effet fortement influencé par la disponibilité d'autres emplois et moyens de subsistance, lesquels sont à leur tour façonnés par les programmes économiques, de développement et de reprise en phase de post-conflit. Les programmes de désarmement, de démobilisation et de réinsertion peuvent offrir des

49 Abdoul (n 12) 353.

formations, des systèmes de crédit et d'autres formes de soutien aux ex-combattants à la recherche de nouvelles sources de revenus.

Cependant, si la reprise économique globale stagne et si les opportunités sont rares, le programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion ne peut pas, à lui seul, modifier la donne de manière durable. Ainsi, dans le nord de l'Ouganda, des ex-combattants ont souvent été dans l'impossibilité de mettre en pratique leurs nouvelles aptitudes en raison du manque de demande et d'un marché atone,<sup>50</sup> ce qui pourrait expliquer en partie les taux élevés de criminalité chez les ex-combattants qui représentent 42% de la population carcérale dans le nord du pays.<sup>51</sup>

Plus encore, les événements récents vécus en Côte d'Ivoire dévoilent le bilan en réalité mitigé du processus de paix et le lot de divisions profondes dans le secteur de la sécurité qui tiennent le pays en haleine depuis 2017. La mutinerie des soldats au cours de cette période, reflète la fragilité et la précarité du climat socio-politique. Cet événement est venu ébranler la perception que l'on avait du programme et de la poursuite du processus de paix. Si les personnes désarmées avaient été effectivement réintégrées elles ne seraient pas descendues dans les rues. Si les divisions au sein de l'armée avaient été traitées, les velléités de certains à percevoir des primes supplémentaires n'auraient pas eu à s'exprimer sous forme de mutineries.

Un examen plus précis du déploiement et des résultats du programme montre que malgré un désarmement prétendument général, quelques 16 500 ex-combattants n'ont pas été démobilisés.<sup>52</sup> Les armes de petit calibre sont toujours en circulation. Elles se trouvent en la possession tant d'ex-combattants officiellement démobilisés que de groupes organisés, dont les structures qui ont vu le jour durant la guerre n'ont pas été démantelées. Avec une telle configuration de la situation sécuritaire il n'est pas surprenant de voir les ex-rebelles multiplier les braquages, les vols, les enlèvements et les meurtres.

## 4 CONCLUSION

Les mécanismes de réinsertion des ex-rebelles dans le processus de stabilisation des zones de conflits en Afrique avaient suscité un réel espoir en matière de prévention, de gestion et de règlement des conflits en Afrique. Mais cette synergie d'actions n'a pas permis d'éviter l'éclatement de nouveaux conflits dans les Etats où les mesures avaient été prises. Au Mali, en Côte d'Ivoire, en République Centrafricaine, comme au Congo Kinshasa, on observe encore des remous qui viennent saper les efforts entrepris par les institutions nationales et internationales.

50 A Finn 'The drivers of reporter reintegration in Northern Uganda' (2012) 2 *Banque mondiale* 17 et 20.

51 'Lack of Funding Stalls Ex-Combatants' Reintegration' *IRIN* 18 juin 2012 6.

52 Ehlert (n 40) 3.

La réapparition des conflits armés, en dépit des efforts concertés pour ramener la paix, s'explique essentiellement par la mauvaise gouvernance, l'insuffisance des ressources allouées et la moralité des personnes impliquées dans ce processus. Il faut donc pour repenser le système de désarmement, de démobilisation et de réinsertion applicable dans certains pays, mobiliser assez de ressources tant financières que professionnelles pour une meilleure réinsertion des ex-rebelles dans la vie civile. Il est donc nécessaire de rationaliser la gestion des fonds alloués à ce processus et de moraliser l'ensemble des acteurs qui y sont impliqués.

Par ailleurs, bien que les objectifs du programme de désarmement, de démobilisation et de réinsertion soient vastes, le processus doit être soigneusement planifié et exécuté pour renforcer la sécurité, soutenir le développement, réduire les dépenses publiques et éliminer les obstacles à la démocratie. Le programme doit être considéré comme un processus holistique, et non comme des étapes distinctes. Le succès de tout programme de soutien au désarmement, à la démobilisation et à la réintégration doit être étroitement lié à la situation politique, économique et sécuritaire du pays où il est mis en œuvre.

Au demeurant, pour assurer une meilleure intégration des ex-rebelles dans le processus de pacification des zones de conflits en Afrique, il est nécessaire de militariser les moyens de prévention des conflits en Afrique. Ceci suppose, le renforcement de la coopération militaire, l'amélioration et la modernisation des structures et moyens de renseignements, la multiplication des partenariats africains en matière de déploiement préventif et la création des structures adaptées et équipées à toutes éventualités. Il semble par ailleurs nécessaire de traiter le problème à la base, en s'attaquant aux questions de développement et d'amélioration des conditions de vie de population. Car très souvent, c'est la misère et la pauvreté ambiantes qui poussent un bon nombre de personnes à grossir les rangs des milices.

# **III**

## **CASE COMMENTARIES**

## **COMMENTAIRES DE DECISIONS**



# **Responsabilité étatique en matière de disparitions forcées à l'aune de l'affaire *Collectif des familles de disparu(e)s c. Algérie***

*Eric Bizimana\**

<https://orcid.org/0000-0002-2278-6679>

**RÉSUMÉ:** L'Afrique n'est pas encore dotée d'un cadre juridique spécifique au phénomène des disparitions forcées. Un tel cadre est indispensable pour établir les obligations des États et offrir des recours appropriés aux victimes. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne régit pas expressément la question. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples répond aux disparitions forcées en appliquant les dispositions de la Charte garantissant des droits dont la violation est consubstantielle à la disparition forcée et en s'inspirant d'autres instruments relatifs aux droits humains aux termes des articles 60 et 61 de cette même Charte. Cet article examine comment la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples examine les communications alléguant des disparitions forcées en l'absence d'un texte juridique régissant la matière. Suivant une approche comparative, l'article démontre que le cadre juridique africain existant est insuffisant et que la jurisprudence de la Commission sur la question est fluctuante et demeure peu développée. L'article propose l'adoption d'un traité et des lignes directrices établissant les obligations des États en matière de disparitions forcées, l'élaboration des lignes directrices à l'effet d'harmoniser la jurisprudence de la Commission en matière de réparations, et la prise en compte du contexte prévalant dans l'État défendeur dans la détermination du quantum et du délai de mise en œuvre des réparations.

## **TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:**

### **State responsibility for enforced disappearances in the light of the *Collectif des familles de disparu(e)s v Algeria case***

**Abstract:** Africa does not yet have a specific legal framework on the issue of enforced disappearances. Such a framework is essential to establish the obligations of states and provide appropriate remedies to victims. The African Charter on Human and Peoples' Rights does not expressly address the issue. As it stands, the African Commission on Human and Peoples' Rights responds to enforced disappearances by applying the provisions of the Charter that guarantee rights which are consubstantial with enforced disappearance and by drawing inspiration from other human rights instruments in accordance with articles 60 and 61 of the same Charter. This article examines how the African Commission on Human and Peoples' Rights decides on communications alleging enforced disappearances in the absence of a specific normative framework. Using a comparative approach, the article demonstrates that the existing African legal framework is inadequate, and the Commission's jurisprudence on the issue fluctuates and remains underdeveloped. The article proposes the adoption of a treaty and guidelines defining states' obligations with

\* Licence en droit (University of Burundi), LLM (University of Pretoria), Member of Bujumbura Bar Association; Senior Legal Officer at the Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA). Les points de vue exprimés dans cette contribution sont ceux de l'auteur et ne sauraient aucunement pas être attribués à IHRDA; bizimanaeric600@gmail.com



regard to enforced disappearances, the drafting of guidelines for the purpose of harmonising the Commission's case law on reparations, and the consideration of the context prevailing in the respondent states in determining the quantum and timeline for the implementation of reparations.

**MOTS CLÉS:** disparition forcée, responsabilité étatique, Algérie, Benidir, victime, proche du disparu, charte africaine, Commission africaine, Cour interaméricaine, réparation, jurisprudence, affaire, communication

## SOMMAIRE:

1	Introduction.....	396
2	La disparition forcée en droit international.....	397
3	La prévalence des disparitions forcées en Afrique .....	400
4	Aperçu sur l'attention de la Commission vis-à-vis des disparitions forcées .....	399
5	Évaluation de l'affaire Benidir .....	402
5.1	Résumé des faits et positions de la Commission africaine .....	404
5.2	L'inadaptation des obligations découlant de l'article 1 de la Charte aux disparitions forcées.....	405
5.3	La disparition forcée constitue une atteinte au droit à la vie.....	406
5.4	La disparition forcée: une atteinte à l'intégrité physique et morale.....	406
5.5	La disparition forcée comme atteinte au droit à la reconnaissance juridique ...	408
5.6	L'enquête judiciaire en matière de disparition forcée .....	409
5.7	Réparations en matière de disparition forcée.....	410
6	Conclusion et recommandations.....	413

## 1 INTRODUCTION

Les disparitions forcées est un phénomène qui porte gravement atteinte aux droits aussi bien de la victime directe que ceux des victimes indirectes. La personne disparue a été décrite comme un «non-citoyen»<sup>1</sup> ou «*non-person*»,<sup>2</sup> car placée en dehors de toute protection juridique. Les familles des victimes sont, à leur tour, plongées dans l'incertitude permanente quant au sort du disparu et dans la peur de subir des abus lorsqu'elles cherchent la vérité sur les disparitions. La volonté des auteurs à dissimuler la vérité et la peur des familles rendent difficile la mise en mouvement de l'action publique devant les juridictions nationales. Examiner la responsabilité étatique en matière de disparitions forcées revêt une grande importance en ce sens que, d'une part, la question n'est pas régie par un traité spécifique en Afrique et que, d'autre part, la jurisprudence africaine sur la question demeure fluctuante et incohérente.

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant n'ont pas encore traité la question. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission ou Commission africaine) a déjà traité plusieurs affaires invoquant la disparition forcée de personnes

1 *Anzualdo Castro c. Peru* IACHR (22 septembre 2009). Opinion concurrente du juge García Ramírez, 2.

2 Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, Observation générale sur le droit à la reconnaissance juridique dans le contexte de disparitions forcées, para 2. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GCRecognition.pdf> (consulté le 16 octobre 2020).

depuis 1992.<sup>3</sup> Mais, rares sont les affaires où la question de disparitions forcées a été explorée en profondeur.<sup>4</sup> D'autres affaires n'ont pas franchi l'étape de recevabilité.<sup>5</sup> Lorsqu'elle est saisie de plaintes relatives aux disparitions forcées, la Commission est confrontée à l'absence d'un traité spécifique et comble plus ou moins ce vide juridique en faisant recours aux autres instruments internationaux en vertu des articles 60 et 61 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte). La Communication 348/07 introduite par le Collectif des familles de disparu(e)s au nom de la famille Benidir contre l'Algérie (affaire *Benidir*) est de loin l'affaire dans laquelle la Commission a exploré la disparition forcée dans plusieurs de ses aspects. L'affaire *Benidir* sera, pour cela, au centre de cette étude. Elle touche sur certaines obligations incombant aux États mais laisse inexplorées bien d'autres. En raison de sa richesse sur la question de disparitions forcées, la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (la Cour interaméricaine) sera souvent invoquée dans cet article pour étayer l'étendue des obligations des États.<sup>6</sup>

Cet article examine comment la Commission répond au phénomène de disparitions forcées en Afrique en l'absence de cadre normatif spécifique. Après un aperçu sur le cadre juridique international sur les disparitions forcées, l'article examine brièvement la prévalence du phénomène de disparitions forcées en Afrique avant de s'appesantir sur l'attention de la Commission sur la question. Ensuite, l'article résume la décision *Benidir* avant d'examiner le raisonnement qui la sous-tend. Enfin, une conclusion et des recommandations sont formulées.

## 2 LA DISPARITION FORCÉE EN DROIT INTERNATIONAL

La disparition forcée est condamnée par plusieurs instruments internationaux relatifs aux droits humains dont la Déclaration de 1992 sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées,<sup>7</sup> la Convention interaméricaine de 1994 sur la disparition

3 *Achuthan c. Malawi* (2000) AHRLR 143 (ACHPR 1994); *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés c. Tchad* (2000) AHRLR 66 (ACHPR 1995).

4 *Mouvement Burkinabè des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso* (2001) AHRLR 51 (ACHPR 2001) 44; *Collectif des familles de disparu(e)s (représentant la famille Benidir) c. Algérie*, Communication 348/17, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 45<sup>ème</sup> rapport annuel d'activités (2019) (*Benidir*).

5 *Anuak Justice Council c. Ethiopie* (2006) AHRLR 97 (ACHPR 2006) 59 & 2; *Zitha c. Mozambique* (2011) AHRLR 138 (ACHPR 2011).

6 Voir par exemples les arrêts *Velásquez-Rodríguez c. Honduras* IACHR (22 juillet 1988), para 131; *Heliodoro-Portugal c. Panama* IACHR (12 août 2008), para 104; *Radilla-Pacheco c. Mexique* IACHR (23 novembre 2009), paras 161-162; *Gomes Lund c. Brésil* IACHR (24 novembre 2010), para 256.

7 Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 47/133 du 18 décembre 1992.

forcée des personnes,<sup>8</sup> le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998 qui érige les disparitions forcées en crime contre l'humanité,<sup>9</sup> et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006.<sup>10</sup> Sur le plan normatif africain, la disparition forcée est expressément prohibée par la Convention sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique (2009) et le Protocole relatif aux amendements au Protocole sur le Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (2014) qui n'est pas encore en vigueur. Au niveau sous régional, le Protocole sur la prévention et la suppression des violences sexuelles contre les femmes et les enfants de la Conférence internationale des Grands Lacs (2006) établit pour les Etats l'obligation de criminaliser la disparition forcée. Cependant aucun de ces textes ne rentre dans la compétence contentieuse de la Commission.<sup>11</sup> Pour traiter des violations non spécifiquement régies par la Charte, la Commission recourt aux autres instruments en vertu des articles 60 et 61 de la Charte.

Dans l'affaire *Benidir*, la Commission endosse la définition fournie par l'article 2 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées qui dispose:<sup>12</sup>

Aux fins de la présente Convention, on entend par «disparition forcée» l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi.

La disparition forcée est une violation autonome et continue qui commence par une privation de liberté et cesse au moment où l'Etat reconnaît la détention ou fournit l'information sur le sort de la personne disparue en identifiant les restes mortels.<sup>13</sup> La Commission ne traite pas la disparition forcée comme violation autonome mais traite ses éléments constitutifs comme des violations distinctes: privation du droit à la vie, privation arbitraire de liberté et atteinte à la liberté de mouvement.<sup>14</sup> Aussi, en présumant la mort du disparu, la

8 Adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains le 9 juin 1994, à Belém do Pará, au Brésil.

9 Adopté lors de la Conférence diplomatique des plénipotentiaires des Nations unies, le 17 juillet 1998 à Rome, en Italie.

10 Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 61/177 du 20 décembre 2006.

11 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art 45(2).

12 La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art 2.

13 *Heliodoro-Portugal* (n 6) para 104; Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, Observation générale sur la disparition forcée comme crime continu, para 1. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-EDCC.pdf> (consulté 16 octobre 2020).

14 Voir par exemple *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés* (n 3) para 37; *Rights International c. Nigéria* (2000) AHRLR 254 (CADHP 1999), para 30.

Commission nie-t-elle à la disparition forcée le caractère continu.<sup>15</sup>

La disparition forcée est aussi une violation multiple. On relève dans la jurisprudence de la Commission que la disparition forcée peut entraîner la violation des droits consacrés par les articles 1, 4, 5, 6, 7, 10, 12 de la Charte.<sup>16</sup> Dans l'affaire objet d'analyse, la Commission juge que toutes les disparitions forcées violent un large éventail des droits de l'homme, notamment

le droit à la sécurité et à la dignité de la personne, le droit de ne pas être soumis à la torture ou à tout autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant, le droit à des conditions humaines de détention, le droit à une personnalité juridique, le droit à un procès équitable, le droit à une vie de famille et, quand la personne disparue a été tuée, le droit à la vie.<sup>17</sup>

La Cour interaméricaine abonde dans le même sens en jugeant qu'en cas de disparition forcée de personnes, la victime est placée dans une situation d'insécurité juridique qui empêche, entrave ou élimine la possibilité pour l'individu d'avoir droit ou d'exercer effectivement ses droits en général.<sup>18</sup>

Le droit international affirme progressivement la prohibition absolue de disparitions forcées. Ainsi, les disparitions forcées sont érigées en crime contre l'humanité par le Statut de Rome. Aussi, la Cour interaméricaine a jugé, dans bien d'espèces, que la prohibition de la pratique de disparitions forcées a atteint le statut de *jus cogens*.<sup>19</sup> L'article 1 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées abonde dans le même sens en disposant qu'aucune circonstance exceptionnelle ne peut être invoquée pour justifier la disparition forcée. Pour sa part, la Commission soutient que la Charte «consacre l'interdiction absolue de la privation arbitraire de la vie»<sup>20</sup> mais ne se prononce pas expressément sur l'étendue de la prohibition des disparitions forcées même si le phénomène n'en est pas moins présent en Afrique.

Il résulte de cette analyse qu'en droit international la disparition constitue une violation autonome, multiple et continue portant atteinte aux droits des victimes directes et des victimes indirectes dont la prohibition est bien établie en droit international. L'on peut toutefois relever qu'en présumant la mort du disparu, la Commission ôte en quelque sorte aux disparitions forcées le caractère continu. Bien plus, contrairement à la Cour interaméricaine, la Commission ne juge pas que l'interdiction de la disparition forcée a atteint le statut de *jus cogens*. Qui plus est, la Commission ne traite pas la disparition forcée comme une violation autonome.

15 *IHRDA & Autres c. RDC*, Communication 393/10, CADHP, 41ème rapport d'activités (2016) para 106; *Benidir* (n 4) paras 187-188.

16 *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés* (n 3) para 37; *Rights International c. Nigéria* (n 14) para 30.

17 *Benidir* (n 4) para 176.

18 *Heliodoro-Portugal* (n 6) para 101.

19 Voir par exemple *Heliodoro-Portugal* (n 6) para 199; *Gomes Lund* (n 6) para 256; *Radilla-Pacheco* (n 6) para 13.

20 Résolution Cadhp/rés. 408 (lxii) 2018.

### 3 LA PRÉVALENCE DES DISPARITIONS FORCÉES EN AFRIQUE

L'étendue de la pratique de disparitions forcées en Afrique n'a pas encore fait l'objet d'étude approfondie. Les illustrations ci-après établissent que la disparition forcée prévaut en Afrique dans diverses circonstances et pour diverses raisons.

Les disparitions forcées sont utilisées pendant les conflits armés pour affaiblir l'ennemi. Ainsi, durant la guerre contre le terrorisme des années 1990, l'Algérie a fait recours aux disparitions forcées à l'encontre des islamistes ou leurs partisans réels ou supposés.<sup>21</sup> En 2009, le Ministère de l'intérieur algérien avait recensé 8 023 déclarations de disparitions forcées commises entre 1993 et 1998.<sup>22</sup> Aussi, de nombreux cas de disparitions forcées ont été commis dans l'extrême nord du Cameroun en 2014<sup>23</sup> où l'armée camerounaise combat Boko Haram, et par les forces gouvernementales et les milices en Centrafrique en 2013.<sup>24</sup> En 2014, la Commission d'enquête de l'Union africaine sur le Soudan du Sud a conclu à l'existence des disparitions forcées.<sup>25</sup> En 2017, le Conseil des droits de l'homme faisait état des disparitions forcées perpétrées délibérément par des forces gouvernementales contre des membres de l'ethnie Nuer.<sup>26</sup> Les disparitions forcées imputables aux forces gouvernementales sud-soudanaises sont également relevées dans les rapports de 2018<sup>27</sup> et de 2019.<sup>28</sup>

Les disparitions forcées sont également utilisées pour neutraliser les opposants politiques. Le régime de Yahya Jammeh en Gambie (1994-2016) y recourait pour réprimer des voix critiques.<sup>29</sup> En 2018, la police faisait des investigations sur 35 cas de disparitions forcées.<sup>30</sup> En juillet 2020, la Commission vérité, réconciliation et réparations (*Truth,*

21 Voir par exemples *Fatima Mehalli c. Algérie*, Communication 1900/2009, UNHR Committee (10-28 mars 2014), para 2.2; *Benidir* (n 4) para 3.

22 *Fatima Mehalli* (n 21) paras 4.1 & 4.4.

23 Rapport d'Amnesty international sur la situation des droits de l'homme dans le monde en 2014/2015, page 124. [http://www.amnesty.be/IMG/pdf/rapport\\_annuel\\_2015.pdf](http://www.amnesty.be/IMG/pdf/rapport_annuel_2015.pdf) (consulté 16 octobre 2020).

24 Amnesty international, 'République centrafricaine. Il est temps de rendre des comptes', pages 18 & 27.

25 Rapport de la Commission d'enquête de l'Union africaine sur le Soudan du Sud, paras 381 & 823.

26 A/HRC/34/63, para 26 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/051/21/PDF/G1705121.pdf?OpenElement> (consulté 28 septembre 2020).

27 A/HRC/37/71, para 135 <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=22691&LangID=E> (consulté 28 septembre 2020).

28 A/HRC/40/69, paras 97-106 <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/cohsouthsudan/pages/index.aspx> (consulté 28 septembre 2020).

29 Témoignages de 14 membres des familles de personnes disparues (recueillis en 2019).

30 A/HRC/39/46/Add.3, para 21 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/268/18/PDF/G1826818.pdf?OpenElement> (consulté 28 septembre 2020).

*Reconciliation and Reparations Commission*) n'avait exhumé que sept corps en raison notamment de manque de moyens.<sup>31</sup> La Commission d'enquête sur le Burundi a recensé de nombreuses disparitions forcées pendant trois années consécutives. En 2017, il faisait état de nombreuses personnes disparues depuis avril 2015, «souvent suite à une arrestation arbitraire par les forces de sécurité, notamment la police et le service national de renseignement».<sup>32</sup> Le modus operandi consistait en «des arrestations par des forces de défense et de sécurité à bord des véhicules souvent sans plaque d'immatriculation»<sup>33</sup> et des *imbonerakure*.<sup>34</sup> Les détentions ne sont consignées dans aucun registre de détention<sup>35</sup> et les autorités publiques nient l'existence de ces arrestations.<sup>36</sup> Le même constat a été fait dans les rapports de la Commission d'enquête sur le Burundi de 2018<sup>37</sup> et 2019.<sup>38</sup>

Les disparitions forcées sont en outre utilisées pour le maintien de l'ordre. Par exemple, en République démocratique du Congo, la police a fait disparaître 32 personnes entre le 15 novembre 2013 et le 15 février 2014 pour lutter contre la délinquance dans la capitale Kinshasa.<sup>39</sup>

Les disparitions forcées sont aussi perpétrées contre les réfugiés. En République du Congo, des disparitions forcées ont été perpétrées contre les réfugiés soupçonnés d'appartenir à la milice des «Ninjas» à leur arrivée au Port fluvial de Brazzaville en mai 1999.<sup>40</sup> La Tanzanie est aussi accusée de disparitions forcées à l'encontre de 170 réfugiés burundais entre juin 2019 et mars 2020.<sup>41</sup>

De cet aperçu l'on peut observer que les disparitions forcées sont un outil que les États peuvent utiliser à diverses fins toutes irrespectueuses des droits humains. Quoique les statistiques soient moins abondantes, il est indéniable que le phénomène des disparitions forcées est une

31 Truth, Reconciliation and Reparations Commission 'Interim Report 2018-2019', para 78.

32 A/HRC/CRP.1/REV.1, paras 38-39 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/237/47/PDF/G1723747.pdf?OpenElement> (consulté 28 septembre 2020).

33 n 32, para 318.

34 Les *imbonerakure*, dont le nom signifie en Kirundi 'ceux qui voient loin', forment la ligue des jeunes du Conseil national pour la défense de la démocratie-Forces de défense de la démocratie, parti au pouvoir au Burundi depuis 2005 (A/HRC/36/CRP.1/Rev.1, para 182).

35 n 34.

36 n 32, para 319.

37 A/HRC/39/CRP.1, paras 266-279 <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/coiburundi/pages/coiburundi.aspx> (consulté 28 septembre 2020).

38 A/HRC/42/49, paras 32-33 <https://undocs.org/en/A/HRC/42/49> (consulté 28 septembre 2020).

39 Rapport du Bureau conjoint des Nations Unies aux droits de l'homme sur les violations des droits de l'homme commises par des agents de la police nationale congolaise dans le cadre de l'opération 'Likofi' à Kinshasa, entre le 15 novembre 2013 et le 15 février 2014, paras 19-22. [https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CD/LikofiReportOctober2014\\_fr.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CD/LikofiReportOctober2014_fr.pdf) (consulté 28 septembre 2020).

40 A/HRC/19/58/Add.3, para 70 <https://www.undocs.org/A/HRC/19/58/Add.3> (consulté 28 septembre 2020).

41 <https://www.sosmediasburundi.org/2020/04/03/plus-de-170-refugies-burundais-disparus-en-moins-dune-annee-en-tanzanie/> (consulté 24 juillet 2020).

triste réalité sur le continent africain qui devrait interpeller davantage l'Union africaine et ses organes chargés de promouvoir et protéger les droits de l'homme. Cependant, il semble que la Commission n'a pas encore accordé l'attention méritée à ce phénomène.

#### **4 APERÇU SUR L'ATTENTION DE LA COMMISSION VIS-À-VIS DES DISPARITIONS FORCÉES**

Un survol de la jurisprudence de la Commission permet de constater que certains aspects des disparitions forcées n'ont pas encore fait l'objet d'adjudication. Malheureusement, l'inaccessibilité à l'information détaillée sur certaines affaires complique la tâche d'évaluer dans quelle mesure le phénomène de disparitions forcées a été traité.

La Commission a été saisie de deux premières affaires alléguant des disparitions forcées en 1992, à savoir *Achuthan*<sup>42</sup> et *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés*.<sup>43</sup> Dans ces deux affaires tranchées en 1995, les disparitions forcées étaient survenues dans un contexte de violations massives. L'information disponible dans *Achuthan* est trop résumée qu'il est impossible d'examiner l'approche suivie par la Commission.<sup>44</sup> Dans *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés*, la Commission conclut aux violations des articles 4, 5, 6, 7 et 10 de la Charte mais l'information disponible est aussi très succincte pour comprendre tout le raisonnement suivi par la Commission. Il y a cependant lieu de souligner que la Commission a rejeté l'argument de l'État tendant à se mettre à l'abri de la responsabilité en invoquant une situation de guerre qui prévalait à l'époque des violations. Selon la Commission, la Charte n'admet pas de dérogation aux droits qui y sont consacrés.<sup>45</sup> La Commission a tenu le Tchad pour responsable des violations en raison de ses manquements d'assurer la sécurité et de faire respecter la liberté de ses citoyens, et de mener des enquêtes.<sup>46</sup>

Dans *Rights International*, la question de disparitions forcées a été examinée sous l'angle d'atteinte à la liberté de mouvement et de résidence consacré par l'article 12 de la Charte.<sup>47</sup> Dans cette affaire, la victime avait été, préalablement à son enlèvement, objet d'actes de torture, détention arbitraire, et privé du droit à un procès équitable. Sa disparition forcée s'inscrivait dans une campagne de persécution orchestrée par le gouvernement nigérian à son encontre.

42 *Achuthan* (n 3).

43 *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés* (n 3).

44 Les communications alléguaient plusieurs violations des droits humains dont l'enlèvement d'Orton et Vera Chirwa de la Zambie où ils vivaient en exil. La Commission a déclaré le Malawi coupable de la violation des articles 4, 5, 6 & 7 de la Charte.

45 *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés* (n 3) para 36.

46 *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés* (n 3) para 37.

47 *Rights International* (n 14) para 30.

Dans *Mouvement Burkinabè des droits de l'homme et des peuples*, la Commission a invoqué pour la première fois un texte spécifique aux disparitions forcées à savoir la Déclaration de 1992 sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.<sup>48</sup> A la même occasion, la Commission a recommandé d'identifier et de poursuivre en justice les responsables des violations constatées, de faire diligence pour les affaires judiciaires encore pendantes devant les tribunaux nationaux, et de procéder aux réparations dues aux victimes. L'affaire invoquait, en plus des disparitions forcées, plusieurs autres violations dont des assassinats.

En 2006, la *Communication Anuak Justice Council* qui alléguait des violations graves des droits de l'homme dont les disparitions forcées, a été déclarée irrecevable pour non épuisement des recours internes. L'exception de violations massives a été rejetée au motif que la plainte «ne porte que sur un seul incident ayant eu lieu sur une brève période» du 13 au 15 décembre 2003.<sup>49</sup> En 2011, l'affaire *Zitha* alléguant l'enlèvement de deux personnes par des militaires a été déclarée irrecevable pour non-épuisement des recours internes.<sup>50</sup> Il s'agissait de deux incidents qui ne pouvaient pas être qualifiés de violations massives.

En 2016, la Commission a, dans *IHRDA et autres*, traité les disparitions forcées comme des atteintes aux droits à la vie du fait que les victimes n'étaient pas revenues dans leurs familles près de cinq ans après les événements.<sup>51</sup> Curieusement, la Commission n'a fait référence à aucun instrument international spécifique aux disparitions forcées. En termes de réparations, la Commission innove beaucoup et recommande, entre autres, de diligenter une enquête afin d'établir les responsabilités et punir les auteurs, une sépulture digne aux corps enterrés dans des fosses communes, la construction d'un monument en mémoire des victimes, des excuses publiques, et des réparations monétaires. En 2018, la décision *Benidir* a été adoptée. Dans l'examen au fond, la Commission invoque la Convention sur les disparitions forcées de 2006. Mais, les réparations formulées sont moins étendues que dans *IHRDA et autres*.

En 2018, la Commission a également élargi le mandat du Groupe de travail sur la peine de mort, les exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires pour y inclure les disparitions forcées dans le but de remédier au phénomène 'nouveau' de disparitions forcées en Afrique.<sup>52</sup> Il ressort des rapports d'intersession que jusqu'en septembre 2020, le Groupe de travail avait exécuté trois activités sur le phénomène de disparitions forcées à savoir: un panel animé lors de la 65<sup>ème</sup> session ordinaire de la Commission dans lequel le Groupe de travail notait que le phénomène de disparitions forcées prévalait dans plusieurs États parties en situations de conflits<sup>53</sup> sans pour autant fournir de détails,

48 *Mouvement Burkinabè des droits de l'homme et des peuples* (n 4) para 44.

49 *Anuak Justice Council* (n 5) paras 59 & 2.

50 *Zitha* (n 5).

51 *IHRDA & autres* (n 15) para 106.

52 n 20.



un appel urgent adressé au Mozambique concernant la disparition forcée d'un journaliste<sup>54</sup> et un communiqué de presse à l'occasion de la journée internationale dédiée aux victimes de disparition forcée.<sup>55</sup> En 2020, la Commission a adopté la Résolution ACHPR/Res. 448 (LXVI) 2020 sur la rédaction de directives pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées en Afrique lors de sa 66ème session ordinaire tenue du 13 juillet au 7 août 2020.

Il ressort de cet aperçu que la plupart des disparitions forcées se produisent dans des périodes de conflits et/ou pour réprimer les opposants ou intimider les voix critiques au régime en place.<sup>56</sup> Il apparaît également que certaines affaires n'ont pas franchi l'étape de recevabilité pour non-épuisement des recours internes. Au regard du rôle actif des États dans les disparitions forcées,<sup>57</sup> il peut être illogique de demander aux victimes persécutées par les autorités publiques de chercher justice auprès de ces dernières. Dans ce genre d'affaires, la Commission devrait accepter avec plus de souplesse les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Il apparaît aussi que la Commission n'a pas encore développé une jurisprudence harmonisée dans l'adjudication au fond des cas relatifs aux disparitions forcées. Tantôt, elle recourt à la technique de l'emprunt en vertu des articles 60 et 61 de la Charte tantôt elle ne le fait pas. Aussi, la Commission ne traite pas la disparition forcée comme une violation autonome. Les dispositions au titre desquelles le phénomène est examiné varient-elles largement, ce qui implique que les disparitions forcées entraînent la violation de plusieurs droits consacrés par la Charte. Il sied également de relever l'attention croissante de la Commission face au phénomène depuis 2018.

Les lacunes relevées dans cet aperçu apparaissent également dans *Benidir* qu'il convient de résumer avant d'être examinée profondément.

## 5 ÉVALUATION DE L'AFFAIRE BENIDIR

### 5.1 Résumé des faits et positions de la Commission africaine

L'affaire *Benidir* a été initiée devant la Commission en octobre 2007 au nom d'Ali Benidir (victime directe) et ses parents (victimes indirectes). Benidir a été arrêté pour la première fois le 17 avril 1995 par des militaires puis torturé et interrogé sur ses liens supposés avec le Front islamique du salut durant sa garde à vue de 10 jours à la brigade de gendarmerie d'Aïn Naadja. Le 29 août 1996, Benidir a de nouveau été

53 Rapport d'intersession (mai-octobre 2019), paras 18-19.

54 Rapport d'intersession (novembre 2019-juin 2020), paras 9-10.

55 [https://www.achpr.org/fr\\_pressrelease/detail?id=530](https://www.achpr.org/fr_pressrelease/detail?id=530).

56 *Achuthan* (n 3) para 2; *Aniak Justice Council* (n 5) para 6; *Benidir* (n 4) para 4; *Zitha* (n 5) para 4; Rights International (n 14) para 7.

57 *Achuthan* (n 3) paras 2 & 3; *Aniak Justice Council* (n 5) para 2; *Zitha* (n 5) paras 4-6; Rights International (n 14) para 30; *Benidir* (n 4) paras 152-155.

arrêté, cette fois par la milice progouvernementale du quartier d'Aïn Naadja, connue sous le nom de «patriotes». Benidir, a été conduit, avec d'autres personnes arrêtées, au quartier général des «patriotes» sis au parking de la Mairie d'Aïn Naadja d'où il a ensuite été récupéré par des militaires de la caserne d'Aïn Naadja et transféré à cette caserne. Benidir et ses codétenus ont été interrogés pendant plus de 48 heures avant d'être transférés dans un centre de détention secret du Département du Renseignement et de la Sécurité. Depuis ce transfert, la famille Benidir est restée sans nouvelle de Benidir.<sup>58</sup>

La Commission conclut à la violation des articles 1, 4, 5, 6 et 7(1) de la Charte et recommande l'enquête sur les faits, la punition des auteurs, la poursuite de l'indemnisation mensuelle payée à la mère de Benidir et un soutien médical et psychologique à cette dernière. Elle recommande également l'amendement des articles 45 et 46 de l'Ordonnance No 06-01 et la mise en place d'une Commission chargée de faire la lumière sur les événements survenus pendant la période de la tragédie nationale.

Le raisonnement suivi par la Commission sera décortiquée dans la section suivante.

## 5.2 L'inadaptation des obligations découlant de l'article 1 de la Charte aux disparitions forcées

La Commission maintient sa jurisprudence constante selon laquelle la violation de n'importe quel droit de la Charte entraîne *ipso facto* la violation de l'article 1,<sup>59</sup> et se limite à constater la violation de l'article 1 à partir des violations des droits substantiels déjà constatées. Etant donné que l'article 1 de la Charte énonce des obligations générales, la Commission aurait dû les adapter à la situation des disparitions forcées dont elle était saisie. Telle a été l'approche dans *Velásquez-Rodríguez*, où la Cour interaméricaine a adapté les obligations générales stipulées à l'article 1 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme aux situations de disparitions forcées. La Cour interaméricaine a d'abord fait constater que les disparitions forcées sont caractérisées par des efforts de supprimer les informations relatives à l'arrestation et la situation de la victime.<sup>60</sup> La Cour interaméricaine a ensuite jugé que les États ont l'obligation de mener d'office des enquêtes sérieuses et effectives sur les disparitions forcées, sans attendre une plainte de la victime ou sa famille.<sup>61</sup> La Cour interaméricaine a enfin soutenu que l'obligation d'enquêter subsiste aussi longtemps que le sort de la

58 *Benidir* (n 4) paras 2-5.

59 *Jawara c. Gambie* (2000) AHRLR 107 (CADHP 2000), para 46.

60 *Velásquez-Rodríguez* (n 6) para 131.

61 *Velásquez-Rodríguez* (n 6) para 177.

personne disparue ou ses restes mortels ne sont pas fournis à la famille.<sup>62</sup>

### **5.3 La disparition forcée constitue une atteinte au droit à la vie**

La Commission présume la mort du disparu au bout d'un certain temps d'absence de la victime. Ainsi, la Commission a conclu à la violation du droit à la vie cinq ans après la disparition des victimes.<sup>63</sup> Aussi, dans *Benidir*, la Commission se base, entre autres, sur le délai de 20 ans écoulé après la disparition, pour conclure que Bénédir était décédé.<sup>64</sup> Dans les deux affaires, la Commission n'indique pas quand prend fin la disparition forcée.

L'approche de la Commission diffère de celle d'autres mécanismes des droits de l'homme. Pendant longtemps, la Cour européenne s'est abstenue de conclure à la mort des personnes disparues en l'absence de preuve matérielle de la mort.<sup>65</sup> Bouzenoune souligne que la Cour européenne n'a pu conclure à la privation du droit à la vie par la Turquie qu'après avoir reconnu l'existence d'une pratique institutionnalisée de disparitions forcées.<sup>66</sup> L'existence d'une pratique officielle est aussi un facteur déterminant dans le système interaméricain des droits de l'homme. Selon la Cour interaméricaine, la preuve de la violation du droit à la vie découle non pas des éléments factuels d'un cas isolé, mais de la mise en relation des faits de la cause avec l'existence, ou non, d'une pratique officielle de disparitions forcées.<sup>67</sup>

En l'absence d'examen sur l'existence ou non d'une pratique de disparitions forcées en Algérie à l'époque des faits, la décision de la Commission est très critiquable en ce qu'elle n'offre pas de critères permettant de conclure qu'une personne disparue est privée du droit à la vie.

### **5.4 La disparition forcée: une atteinte à l'intégrité physique et morale**

Le plaignant alléguait des actes de tortures infligés à Benidir durant sa détention en 1995,<sup>68</sup> des actes de torture morale sous forme d'angoisse

62 *Velásquez-Rodríguez* (n 6) para 181.

63 *IHRDA & Autres* (n 15) para 106.

64 *Benidir* (n 4) paras 162-163 & 197.

65 T Bouzenoune 'Ni mort ni vivant: les éléments constitutifs du crime de disparition forcée de personnes devant la Cour européenne des droits de l'homme' (2004) 17 *L'Observateur des Nations Unies* 60.

66 Bouzenoune (n 65) 60.

67 J Benzimra-Hazan 'Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité: la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme' (2001) 47 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 778-780.

68 *Benidir* (n 4) para 108.

et de détresse subis par les proches de Benidir dont son épouse et sa mère depuis sa disparition en 1996,<sup>69</sup> et la violation du droit à la reconnaissance de la personnalité juridique de Benidir.<sup>70</sup>

En ce qui concerne les allégations de torture sur Benidir en avril 1995, le raisonnement de la Commission est logique et ne soulève aucune observation particulière. Dans la mesure où l'Etat défendeur n'avait pas nié les allégations du plaignant, il était logique pour la Commission de qualifier de tortures «le supplice du chiffon, le matraquage, le fait d'attacher son sexe avec un fil de fer pour l'empêcher d'uriner, la détention dans une cellule dénuée de tout, inondée d'eau, où il a dû dormir à même le sol, nu et sans couverture»<sup>71</sup> infligés à Benidir durant sa détention à la gendarmerie d'Aïn Naadja en avril 1995.<sup>72</sup> La Commission examine en outre les allégations de tortures subis par Benidir après son «arrestation par les patriotes en août 1996, notamment l'arrestation arbitraire, la détention au secret sans lui permettre aucun contact avec sa famille ainsi que la disparition forcée qui s'en est suivie».<sup>73</sup> En paraphrasant l'article 1 de la Convention contre la torture qui indique que les souffrances doivent être «infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite», la Commission omet que l'auteur peut agir avec le consentement exprès ou tacite des autorités publiques.<sup>74</sup> Ce faisant, après avoir affirmé que les patriotes opéraient dans des endroits publics et sous l'autorisation du pouvoir public, la Commission conclut, à tort, qu'ils n'avaient pas la qualité indispensable à la qualification de torture à savoir «la qualité officielle d'agents publics».<sup>75</sup>

Répondant aux allégations de torture morale subie par les proches de Benidir, la Commission rappelle sa propre jurisprudence et la jurisprudence internationale en ce qui concerne les effets de la disparition forcée sur les proches de la victime directe et conclut que la détention et la disparition de Benidir ont causé de l'angoisse et de la détresse à ses proches.<sup>76</sup> Etant donné que la décision ne fournit pas d'information sur cette souffrance morale, l'on peut en déduire que la disparition forcée crée, aux yeux de la Commission, une présomption

69 para 109.

70 paras 112-113.

71 para 108.

72 para 171.

73 para 172.

74 para 173; Dans son observation générale no 2 (para 17), le Comité contre la torture précise que 'lorsqu'un centre de détention est géré ou détenu par une entreprise privée, le Comité considère que ses personnels agissent à titre officiel en ce sens qu'ils se substituent à l'État en s'acquittant des obligations qui lui incombent (...)'. La même conclusion peut être tirée à l'égard des 'patriotes' qui avaient érigé leur 'quartier général sur un parking de la Mairie d'Aïn Naadja' et qui 'procédaient aux arrestations en pleine journée sans être inquiétés'. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fGC%2f2&Lang=fr](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fGC%2f2&Lang=fr) (consulté le 18 octobre 2020).

75 *Benidir* (n 4) para 174.

76 para 181.

réfragable d'atteinte à l'intégrité morale des parents et proches du disparu. La Cour interaméricaine abonde dans le même sens en jugeant qu'«il existe une présomption de victimes pour les membres directs des familles des disparus qu'il appartient à l'État de renverser».<sup>77</sup>

En ce qui concerne les bénéficiaires de cette présomption, la Commission l'accorde aux «proches du disparu». Il semble que la Commission emploie les termes «proches du disparu» pour désigner les familles des disparus. En effet, ne rappelle-t-elle pas que «la disparition forcée cause des souffrances à la victime elle-même et à sa famille» et que «détenir des personnes sans leur permettre aucun contact avec leurs familles et refuser d'informer les familles du fait et du lieu de la détention de ces personnes constituent un traitement inhumain aussi bien pour le détenu que pour sa famille».<sup>78</sup>

Les termes «famille du disparu» utilisés par la Commission sont plus larges que les termes «membres directs de la famille du disparu» employés par la Cour interaméricaine. La Cour interaméricaine emploie les termes «membres directs de la famille», pour désigner les mères, pères, fils, filles, épouses, et compagnes des personnes disparues.<sup>79</sup> L'approche de la Commission est donc moins précise en ce sens qu'elle ne fournit pas de critères pour identifier les bénéficiaires.

Aux fins de reconnaître la qualité de victimes aux personnes autres que les membres directs de la famille, la Cour interaméricaine exige la preuve de dommage qui peut se déduire du lien avec la personne disparue ou leur implication dans la recherche de la justice ou s'ils ont une souffrance personnelle résultant des faits de l'affaire.<sup>80</sup> La Cour africaine suit la même approche en accordant le statut de victimes aux personnes pouvant justifier d'un préjudice du fait des violations dont elle est saisi.<sup>81</sup> Dans la décision objet de la présente étude, la Commission ne traite pas ce point et n'avait pas à s'y prononcer parce que toutes les victimes étaient membres de la famille Benidir.

## 5.5 La disparition forcée comme atteinte au droit à la reconnaissance juridique

Le droit à la reconnaissance juridique est indispensable à la jouissance des droits humains. Il a été décrit comme le droit d'avoir des droits et comme tel l'article 5 de la Charte l'associe au droit à la dignité.<sup>82</sup> Le

77 *Gomes Lund* (n 6) paras 234-238; *Radilla-Pacheco* (n 6) paras 161-162.

78 *Benidir* (n 4) para 180.

79 *Valle Jaramillo c. Colombie* IACHR (27 novembre 2008), para 119; *Kawas Fernández c. Honduras* IACHR (03 avril 2009), para 128.

80 *Gomes Lund* (n 6) paras 234-238.

81 SH Adjolahoun & S Oré 'Entre impérium illimité et *decidendi* timoré: la réparation devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2019) 3 *Annuaire africain des droits de l'homme* 329-331.

82 *Open Society Justice Initiative c. Côte d'Ivoire*, Communication 318/06, para 140, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 38ème rapport annuel d'activités (2015).

refus de reconnaissance juridique place la victime dans une précarité juridique et compromet son existence même.<sup>83</sup> Après plusieurs années de réticence, la Cour interaméricaine a, en 2009, reconnu que la disparition forcée entraînait une violation de fait du droit à la personnalité juridique. A la même occasion, la Cour interaméricaine a jugé que la disparition forcée n'est pas seulement l'une des formes les plus graves de placer la personne hors de la protection de la loi, mais elle nie également l'existence de cette personne et la place dans une situation juridique incertaine devant la société, l'État et même la communauté internationale.<sup>84</sup>

Dans la décision, objet de la présente analyse, la Commission n'explique pas le contenu de ce droit et se limite à rappeler que «toutes les disparitions forcées violent un large éventail des droits de l'homme, notamment (...) le droit à une personnalité juridique».<sup>85</sup> La Commission ne décortique pas la situation particulière du disparu avant de conclure qu'«en toute logique, la disparition forcée viole également la dignité humaine et la reconnaissance de la personnalité juridique».<sup>86</sup> Ce faisant, la Commission consacre une présomption de violation du droit du disparu à la reconnaissance de sa personnalité juridique. La conséquence logique de cette présomption est que la personne disparue ne peut plus de fait jouir d'aucun droit. Par exemple, la personne disparue est de *facto* privée de son domicile, et ses ayants droit ne peuvent céder une partie de son patrimoine tant que la personne disparue ne réapparaît ou soit déclarée morte.<sup>87</sup>

## 5.6 L'enquête judiciaire en matière de disparition forcée

La décision de la Commission apporte des précisions sur certains aspects de l'enquête en matière de disparitions forcées mais reste silencieuse sur bien d'autres. En ce qui concerne la conduite de l'enquête, la Commission précise que la procédure suivie doit permettre un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête<sup>88</sup> et prévoir la possibilité pour les membres de la famille d'être entendus et d'agir dans les procédures d'élucidation des faits, de sanction des responsables, et dans la recherche d'une réparation appropriée.<sup>89</sup> L'enquête doit en outre conduire à l'identification des auteurs et à leur traduction en justice,<sup>90</sup> ainsi qu'à mettre la lumière sur le sort du disparu<sup>91</sup> et d'établir la vérité.<sup>92</sup> A cet égard, la Cour interaméricaine a jugé que le

83 *Open Society Justice Initiative* (n 82) para 141.

84 *Heliodoro-Portugal* (n 6) para 90.

85 *Benidir* (n 4) para 176.

86 para 178.

87 n 2.

88 *Benidir* (n 4) para 195.

89 para 201.

90 para 193.

91 para 197.

droit des familles d'avoir les restes mortels des disparus et de leur donner une sépulture créé chez l'État un devoir corrélatif de satisfaire à cette attente.<sup>93</sup> La Cour interaméricaine a également jugé que le droit des familles des victimes à connaître la vérité est une composante du droit d'accès à la justice.<sup>94</sup> La Commission pouvait s'inspirer de cette jurisprudence pour juger que la restitution des restes mortels faisait partie du droit à la justice.

La décision indique que «l'adoption de mesures alternatives subséquentement à la violation ne peut constituer un facteur d'absolution pour l'État».<sup>95</sup> Mais la Commission semble accepter les amnisties conditionnelles négociées<sup>96</sup> à condition de prévoir un autre mécanisme alternatif pour établir la vérité et réparer la souffrance infligée aux victimes.<sup>97</sup> La Commission ne cherche cependant pas à établir si la Charte de la réconciliation nationale était négociée avec les victimes. Selon Dersso, les amnisties conditionnelles portent sur les conséquences pénales mais n'absolvent pas les auteurs d'autres formes de responsabilité tels que le devoir de dire la vérité et d'accepter la responsabilité.<sup>98</sup>

La décision est silencieuse sur le devoir de l'État d'initier l'enquête alors qu'il s'agit d'un aspect important en matière de disparition forcée. En effet, les disparitions forcées sont généralement commises dans les périodes de conflit armé, de violations massives, ou de persécution. Dans ces circonstances, les familles des victimes ne sont pas toujours en mesure de porter plainte par peur de représailles et par manque d'information. La Cour interaméricaine a de façon constante jugé que les États ont le devoir d'initier *ex officio* les enquêtes sur les cas de disparitions forcées,<sup>99</sup> indépendamment de la plainte<sup>100</sup> et qu'un tel devoir subsiste aussi longtemps que le sort de la personne disparue n'est pas déterminé avec certitude.<sup>101</sup>

## 5.7 Réparations en matière de disparition forcée

Quoique la Charte et le Règlement intérieur de la Commission de 2010 n'énoncent pas explicitement le droit à la réparation, l'autorité à recommander des réparations est inhérente au mandat de protection

92 *Benidir* (n 4) para 212.

93 *Valle Jaramillo* (n 79) para 261.

94 *Anzualdo Castro* (n 1) paras 118,119 & 124.

95 *Benidir* (n 4) para 196.

96 para 210.

97 paras 212-213.

98 SA Dersso 'Interrogating the status of amnesty provisions in situations of transition under the Banjul Charter: review of the recent jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples' Rights' (2019) 3 *Annuaire africain des droits de l'homme* 386.

99 *Ibsen Cárdenas c. Bolivie* IACHR (1 septembre 2010), para 166; *Anzualdo Castro* (n 1) para 65; *Velásquez-Rodríguez* (n 6) para 115.

100 *Radilla-Pacheco* (n 6) para 143.

101 *Velásquez-Rodríguez* (n 6) para 181.

des droits de l'homme dont la Commission est investie en vertu de la Charte notamment en ses articles 30 et 45(2). La Commission a, à maintes reprises, jugé que la violation des droits protégés par la Charte ouvre droit à réparation, y compris une réparation monétaire.<sup>102</sup> Dans la présente affaire, la Commission statue sur base de la même règle.<sup>103</sup> Le Règlement intérieur de 2020 confirme, en son article 121, la compétence de la Commission à recommander des réparations. Aucun de ces textes ne fournit ni la typologie des réparations que la Commission peut recommander ni la critériologie pour fixer leur quantum. Dans la présente affaire, la Commission octroie des réparations individuelles et des réparations collectives.

En termes de réparations individuelles, le plaignant obtient une décision favorable déclarant l'Algérie responsable de la violation des articles 1, 4, 5, 6 et 7(1) (a) de la Charte, ce qui est en soi une forme de réparation. La Commission recommande de diligenter une enquête approfondie, rigoureuse et indépendante sur les faits afin de déterminer les différentes responsabilités et fournir à la famille du disparu des informations détaillées quant aux résultats des enquêtes; et d'appliquer de manière effective, contre les présumés coupables, les peines prévues par la loi. Telle qu'elle est formulée, cette recommandation omet des principes importants pourtant contenus dans le corps de la décision, en l'occurrence l'accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête, la possibilité des membres de la famille d'être entendus et d'agir dans les procédures d'élucidation des faits, de sanction des responsables, et dans la recherche d'une réparation appropriée, mettre la lumière sur le sort du disparu et établir la vérité. La Commission recommande également de poursuivre le paiement de l'indemnisation accordée à la mère de Benidir en guise de réparation pour le préjudice moral subi mais reste silencieuse à l'égard du préjudice matériel subi par elle et à l'égard des dommages subis par Benidir, son père, son épouse et sa fille. Dans la jurisprudence, le quantum du dommage est déterminé suivant les principes d'équité,<sup>104</sup> de proportion et d'adaptabilité.<sup>105</sup> Ces principes ne sont pas dûment pris en considération dans cette affaire. La Commission ne s'inspire pas non plus de sa jurisprudence en matière de disparition forcée.<sup>106</sup> La Commission juge comme juste l'indemnisation déjà accordée à la mère de Benidir par l'Algérie pour trois raisons à savoir le nombre important de victimes concernées par la tragédie nationale, l'adhésion volontaire à l'indemnisation offerte en vertu de la charte pour la paix et la réconciliation nationale, et la perception mensuelle de cette indemnisation.<sup>107</sup> Certes, des programmes nationaux de

102 *Embga Mekongo c. Cameroun* (2000) AHRLR 56 (CADHP 1995), para 2; *Good c. Botswana* (2010) AHRLR 43 (CADHP 2010), para 245.

103 *Benidir* (n 4) para 231.

104 *Heliodoro-Portugal* (n 6) para 239.

105 *Adjolohoun & Oré* (n 81) 336.

106 *IHRDA & Autres* (n 15) para 154.

107 *Benidir* (n 4) para 234.



réparation sont les mieux adaptés à répondre efficacement aux cas de violations massives des droits humains,<sup>108</sup> mais la Commission n'avait été saisie que d'un seul cas de disparition forcée. En plus, la Commission n'examine pas comment cette indemnisation a été fixée et si effectivement la mère de Benidir y a adhéré de gré. La Commission recommande en outre un soutien médical et psychologique à la mère de Benidir si elle en fait la demande. La Commission présume ainsi un dommage subi par la mère de Benidir mais n'en discute pas le contenu. Elle n'indique pas non plus la durée du traitement, les structures disponibles pour l'offrir, leur accessibilité, et le délai endéans lequel une telle demande peut être effectuée.

Pour ce qui est des réparations collectives, la Commission recommande l'amendement des articles 45 et 46 de l'Ordonnance No 06-01 qui empêchent aux familles des disparu(es) de s'exprimer sur le sort de leurs proches et de saisir les juridictions nationales. La Commission recommande aussi la mise en place d'une Commission indépendante chargée de faire la lumière sur les événements survenus pendant la période de la tragédie nationale afin de répondre à la quête de la vérité que recherchent les victimes. Cette recommandation prouve implicitement que les mécanismes en place en Algérie ne permettent pas de répondre adéquatement à la situation des victimes dans cette affaire. Cependant, la Commission n'examine pas les lacunes que recèlent les mécanismes existants en Algérie et n'indique pas les principes clés devant gouverner la mise en place de la commission recommandée. Par conséquent, elle consacre une recommandation non motivée.

Le délai de 180 jours accordé à l'Algérie pour se conformer à la décision semble irréaliste en ce qu'il ne tient pas compte de la finalité des recommandations et des facteurs pouvant affecter leur exécution. Par exemple, la mise en place d'une commission indépendante chargée de faire la lumière sur les événements survenus pendant la période de la tragédie nationale exige des consultations préalables et éventuellement un référendum<sup>109</sup> et il est difficilement concevable que de telles activités puissent être organisées en six mois. L'opérationnalisation d'un tel mécanisme exige encore de temps. Aussi, la durée d'un bon soutien médical et psychologique dépend de nombreux facteurs dont le degré de souffrance du patient et la disponibilité des soins appropriés. Faute d'examiner ces points cruciaux, la Commission était de fait dans l'impossibilité de prédire la durée du traitement nécessaire.

108 C Sandoval 'Two steps forward, one step back: reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programmes' (2017) *International Journal of Human Rights* 2.

109 Cette possibilité est fondée sur le fait que le règlement des violations commises durant la période de la tragédie nationale a déjà fait l'objet de deux référendums: celui de 1999 concernant la loi sur la concorde civile et celui de 2006 sur la charte pour la paix et la réconciliation nationale.

## 6 CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

Il résulte de cette analyse que malgré le recours aux articles 60 et 61 de la Charte, la Commission manque de base légale solide pour répondre efficacement aux disparitions forcées en Afrique. Ces dispositions ne permettent pas à la Commission de conclure par exemple à une violation autonome de disparition forcée, ce qui l'amène à traiter ses éléments constitutifs comme des violations distinctes. En présumant la mort du disparu, la décision semble remettre en cause le caractère continu des disparitions forcées, ce qui a une incidence sur la prescription de l'action publique. La décision reste aussi silencieuse sur l'étendue de la prohibition. Cette dernière détermine si une infraction est amnistiable ou si l'auteur peut bénéficier d'une immunité.

La décision *Benidir* contient des précisions importantes quant à la responsabilité de l'État en matière de disparitions forcées. La décision confirme le caractère multiple des violations consubstantielles à la disparition forcée. Aussi, la décision soutient-elle que la disparition forcée crée une présomption réfragable de victimes indirectes d'atteinte à l'intégrité morale pour les parents et proches du disparu. Il ressort également de la décision, que l'État a le devoir d'impliquer la famille du disparu dans les procédures d'enquête, de sanction des auteurs et d'octroi des réparations, et d'établissement de la vérité sur le sort du disparu.

Faute d'examiner le contexte entourant les violations alléguées et les mécanismes existant en Algérie, la Commission fait des recommandations imprécises notamment en ce qui concerne la commission d'enquête, et le soutien médical et psychologique à la mère de Benidir. Dans des cas comme celui-ci, la Commission devrait recourir aux audiences contradictoires ou enquêter elle-même sur les faits, quitte à mieux comprendre le dispositif d'indemnisation en vigueur et rendre des décisions bien motivées. La Commission pourrait en outre améliorer la clarté des recommandations en renvoyant, le cas échéant, aux paragraphes pertinents.

En ce qui concerne les réparations, la Commission balance l'intérêt individuel et l'intérêt collectif et ne suit pas sa jurisprudence dans *IHRDA et autres*<sup>110</sup> sans en fournir une justification. Pour éviter les divergences jurisprudentielles injustifiées, la Commission devrait élaborer des lignes directrices sur les réparations incluant le traitement séparé du préjudice matériel et du préjudice immatériel, et l'évaluation du préjudice par équité, proportion et adaptabilité en tenant compte des cas similaires dans la jurisprudence.

Pour mieux répondre aux situations de disparitions forcées, l'Afrique devrait se doter d'un traité spécifique sur le phénomène. Pour sa part, la Commission devrait harmoniser sa jurisprudence et élaborer des lignes directrices sur la responsabilité étatique en matière de disparition forcée, et son Groupe de travail sur les disparitions forcées

110 *IHRDA & autres* (n 15) para 154.

devrait étudier davantage la prévalence du phénomène en Afrique et proposer une réponse y appropriée.

Enfin, l'analyse a révélé que le délai de 180 jours imparti aux États pour mettre en œuvre les recommandations peut s'avérer irréaliste pour des recommandations qui ne peuvent être mises en œuvre que par voie législative ou dont une bonne mise en œuvre requiert des consultations préalables comme l'établissement d'un mécanisme de transition. La Charte n'étant pas spécifique sur le délai d'exécution, la Commission devrait adapter ce dernier à la nature de chaque recommandation.

## **Revisiting *Michelo Hansungule and others (on behalf of the Children of Northern Uganda) v Uganda*: a case commentary**

*Charissa Fawole\**

<https://orcid.org/0000-0001-7721-5788>

**ABSTRACT:** *Michelo Hansungule and others (on behalf of the Children of Northern Uganda) v Uganda (Children of Northern Uganda)* is an early decision of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child. This case commentary revisits this decision in order to assess how far the protection and assistance of children in situations of conflict in Africa have come. It assesses the decision in terms of broader concerns such as the weight ascribed the evidence obtained during the Committee's fact-finding mission to Uganda. It examines the application of the due diligence standard in the case and two more recent decisions, to determine if the application of this standard has progressed. It determines the extent to which the Committee's most recent General Comment on children in conflict moves beyond *Children of Northern Uganda*. This commentary concludes by examining the lessons learned from revisiting this decision.

### **TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:**

**Retour sur l'affaire *Michelo Hansungule et autres (au nom des enfants du nord de l'Ouganda) c. Le Gouvernement de l'Ouganda*: commentaire**

**RÉSUMÉ:** *Michelo Hansungule et autres (au nom des enfants du nord de l'Ouganda) c. Le Gouvernement de l'Ouganda* est l'une de premières décisions du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant. Ce commentaire revient sur cette décision afin d'évaluer l'évolution de la protection et l'assistance des enfants dans les situations de conflit en Afrique. Il évalue la décision en termes de préoccupations plus larges telles que la valeur des preuves obtenues lors de la mission d'enquête du Comité en Ouganda. Ce commentaire examine l'application de la norme de diligence raisonnable dans cette affaire et dans deux décisions plus récentes, afin de déterminer si l'application de cette norme a progressé. Il détermine dans quelle mesure l'Observation générale la plus récente du Comité sur les enfants dans les conflits va au-delà des enfants du nord de l'Ouganda. Ce commentaire se termine par l'examen des leçons tirées de la révision de cette décision.

**KEY WORDS:** due diligence, African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, children's rights, Uganda, accountability, armed conflict

\* LLM LLD (Stellenbosch), post-doctoral research fellow at Stellenbosch University, South Africa; [charissa.cobbler@gmail.com](mailto:charissa.cobbler@gmail.com)

**CONTENT:**

1	Introduction.....	416
2	Summary of the facts and findings in the <i>Children of Northern Uganda</i> decision.....	418
2.1	Facts .....	418
2.2	Findings of the Committee.....	419
3	Overview of the due diligence standard.....	419
4	Revisiting the <i>Children of Northern Uganda</i> decision .....	422
4.1	Examining the utility of the Committee's fact-finding mission and other considerations.....	426
4.2	Evaluating the use of the due diligence standard in <i>Children of Northern Uganda</i> .....	428
4.3	The application of the due diligence standard after <i>Children of Northern Uganda</i> .....	430
4.4	The African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child's General Comment on article 22 .....	433
5	Conclusion .....	434

**1 INTRODUCTION**

There is a growing number of communications that have been decided by the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child (African Children's Committee or Committee).<sup>1</sup> Communications provide an avenue for rights holders and other interested parties to hold states accountable for alleged violations, obtain redress for victims, guide the implementation of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (African Children's Charter or Children's Charter) and hold states accountable to their obligations.<sup>2</sup> Therefore, communications can be classified as implementation or accountability mechanisms as they are tools that promote and monitor human rights.<sup>3</sup>

*Michelo Hansungule & Others (on behalf of the Children of Northern Uganda) v Uganda (Children of Northern Uganda)*<sup>4</sup> was the first communication that the Committee received and the second decision that the Committee finalised. This decision considered whether the government of Uganda (the respondent) violated several rights of the children of Northern Uganda from 2001 to 2005.<sup>5</sup> In *Children of Northern Uganda*, the African Children's Committee found that the respondent violated its obligation under articles 1(1) and 22 of the African Children's Charter, yet it did not find that the other rights alleged by the complainants were violated.<sup>6</sup> As acknowledged by the

1 The Committee has finalised six decisions to date. See Committee 'Table of communications' <https://www.African-Children's-Committee.africa/table-of-communications/> (accessed 10 October 2020).

2 See African Charter on the Rights and Welfare of the Child (29 November 1999) CAB/LEG/153/Rev. 2 art 44.

3 The term accountability mechanism will be used in this contribution. G Van Bueren *The international law on the rights of the child* (1995) 379; S Parmentier 'The significant of mechanisms to monitor human right at the international level' in A Weyts (ed) *Understanding children's rights: collected papers presented at the seventh International Interdisciplinary Course on Children's Rights*, Ghent University (Belgium) November-December 2004 245-262.

4 Communication 1/2005, 21st ordinary session of the Committee.

5 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 5.

6 *Children of Northern Uganda* (n 4) paras 11 & 81. See also African Children's Charter arts 1(1) & 22.

Committee itself, this decision is important as it affects the rights of children in Uganda in the future and the rights of children that are affected by situations of armed conflict on the continent.<sup>7</sup> Submitted in 2005 and finalised in 2013, there has been quite some time between the outcome of *Children of Northern Uganda* and the present. However, an assessment of the outcome of this decision provides the starting point to discuss the progression of communications as an accountability mechanism under the African Children's Charter,<sup>8</sup> in light of some more recent decisions and revisit the Committee's position on children in armed conflict based on its 2020 General Comment on article 22.<sup>9</sup>

This contribution examines *Children of Northern Uganda* in light of broader issues such as delay, the responsibility of private actors in the context of armed conflict and the Committee's approach to the rights and needs of children in armed conflict. The evaluation also focuses on how the Committee employed the due diligence standard in *Children of Northern Uganda* and its impact on the outcome of this decision as compared to two more recent decisions, *Minority Rights Group International & SOS-Esclaves on behalf of Said Ould Salem and Yarg Ould Salem v Mauritania (Salem)*,<sup>10</sup> and *Institute for Human Rights and Development in Africa & Finders Group Initiative on behalf of TFA (a minor) v Cameroon (TFA)*.<sup>11</sup> The due diligence standard requires a state to prevent, investigate, prosecute, punish and provide remedies for violations of human rights.<sup>12</sup> In international human rights law, the due diligence standard is an important point of inquiry as it provides a way to measure a state's efforts to comply with its duty to 'fulfil its human rights obligations'.<sup>13</sup> In the words of the African Children's Committee, the due diligence standard means, 'that the compliance of a [s]tate party is assessed against the backdrop of the efficacy of the implementation measures'.<sup>14</sup> Overall, the five elements of this standard provide a holistic means of assessing the acts and omissions of states in the context of international human rights law.

7 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 34.

8 (29 November 1999) CAB/LEG/153/Rev. 2.

9 Committee 'General Comment on article 22 of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child: children in situations of conflict' (September 2020); see [https://www.acerwc.africa/wp-content/uploads/2020/10/General-Comment-on-Article-22-of-the-ACRWC\\_English\\_Web\\_version\\_final-1.pdf](https://www.acerwc.africa/wp-content/uploads/2020/10/General-Comment-on-Article-22-of-the-ACRWC_English_Web_version_final-1.pdf) (accessed 10 November 2020) (General Comment on article 22).

10 Communication 7/Comm/003/2015, Thirtieth Ordinary Session of the Committee.

11 Communication 6/Comm/002/2015, Thirty-first Ordinary Session of the Committee.

12 *Velásques-Rodríguez v Honduras*, IACHR (29 July 1988) Ser C No 4, para 174.

13 *Velásques-Rodríguez* (n 12) paras 172-174; *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe*, (2006) AHRLR 128 (ACHPR 2006) para 146; International Law Association (ILA) Study Group on Due Diligence in International Law 'First Report' (7 March 2014) 14 (ILA report).

14 'General Comment 5 on state party obligations under the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (article 1) and systems strengthening for child protection' (2018) 15; *Salem* (n 10) paras 53-54.

To evaluate *Children of Northern Uganda*, the commentary is divided into three parts. The first part outlines the findings in the *Children of Northern Uganda* decision to determine what extent the due diligence standard was applied in this decision. The second part examines the due diligence standard and its application in the context of international human rights to provide a foundation for the application of this standard. The third part evaluates the Committee's findings in *Children of Northern Uganda* in light of Committee's reliance on the evidence obtained during its fact-finding mission and its reluctance to consider responsibility on the part of the respondent for the effects of the actions of the LRA; the use of the due diligence standard as compared to the decisions the Committee's decisions in *Salem* and *TFA*; and, the Committee's recent General Comment on article 22 of the Children's Charter. To conclude, the commentary reflects upon the lessons learned by revisiting *Children of Northern Uganda*. The commentary begins with a discussion of the findings in the Committee in the *Children of Northern Uganda* decision.

## **2 SUMMARY OF THE FACTS AND FINDINGS IN THE *CHILDREN OF NORTHERN UGANDA* DECISION**

### **2.1 Facts**

In *Children of Northern Uganda*, the complainants brought a communication on behalf of the children in Northern Uganda against the respondent. The complainants alleged that between 2001 and 2005, the government violated several of the rights of this group of children provided under the African Children's Charter. During this time, there was an internal armed conflict that was primarily between the Uganda People's Defence Forces (UPDF) and the Lord's Resistance Army (LRA).<sup>15</sup> The Committee considered that such a conflict could negatively affect a state's ability to comply with its obligations under the Charter.<sup>16</sup> The Committee and complainants also acknowledged that the LRA was responsible for violating the rights of children in Northern Uganda, but the Committee focused its decision on the alleged violations of the respondent as a state party to the African Children's Charter.<sup>17</sup> It chose not to consider the respondent's obligation to prevent violations of rights on the part of non-state actors such as the LRA. This choice will be revisited in the analysis. Also, the complainants alleged that the respondent violated its obligations to ensure the right to life, survival and development, to provide the right

15 UN Economic and Social Council (ECOSOC) 'Report of the representative of the Secretary-General on internally displaced persons, Francis M Deng, addendum, profiles in displacement: Mission to Uganda' (3 March 2004) UN Doc E/CN.4/2004/77/Add.1 paras 1-2, 13-27; *Children of Northern Uganda* (n 4) paras 2-4.

16 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 36.

17 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 35.

to education, to provide the right to the highest attainable standard of health, to ensure protection from recruitment and use in armed conflict, and to ensure protection from sexual abuse, violence and abduction for the children of Northern Uganda.<sup>18</sup>

## 2.2 Findings of the Committee

The African Children's Committee found that the communication was admissible and considered the merits of the case.<sup>19</sup> In addition to the evidence provided by the complainants and the respondent, the African Children's Committee conducted a fact-finding mission in Uganda in 2013.<sup>20</sup> These three sources of information formed the basis of the Committee's determination in this decision. The African Children's Committee also refined the articles that are considered in this decision. It determined whether the respondent violated articles 1(1), 22, 11, 14, 27 and 29 of the African Children's Charter.<sup>21</sup>

The African Children's Committee first mentioned the due diligence standard in its consideration of article 1(1) of the African Children's Charter, the duty of state parties to take necessary measures to implement the Charter.<sup>22</sup> It stated that 'effective implementation of laws with due diligence is part of [state parties' obligations] under the Charter'.<sup>23</sup> Citing *Commission Nationale des Droit de l'Homme et des Libertés v Chad (Commission Nationale)*,<sup>24</sup> it explained that a state could be held responsible for failure to protect persons within its jurisdiction from 'attacks by unidentified militants'.<sup>25</sup> Then, the African Children's Committee underscored that the protection of human rights under the African Children's Charter 'should be able to promote and improve the lived reality of children on the ground'.<sup>26</sup> The Committee's discussion of article 1(1) introduces the concept of due diligence and introduced some key aspect of the standard, such as state responsibility for violations caused by non-state actors and the importance of result in this decision.

After it discussed article 1(1), the Committee examined whether the government of Uganda violated its obligations under article 22 of the

18 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 5. See African Children's Charter, arts 5, 11, 14, 16, 22 & 27.

19 A detailed examination of the admissibility of this communication is beyond the scope of this commentary. See *Children of Northern Uganda* (n 4) paras 18-32.

20 African Children's Charter, art 44 & 45; ACERWC 'Revised guidelines for the consideration of communications' (October 2014) [https://www.acerwc.africa/wp-content/uploads/2018/07/Revised\\_Communications\\_Guidelines\\_Final-1.pdf](https://www.acerwc.africa/wp-content/uploads/2018/07/Revised_Communications_Guidelines_Final-1.pdf) (accessed 7 August 2020) sec XV; *Children of Northern Uganda* (n 4) para 17.

21 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 81.

22 *Children of Northern Uganda* (n 4) paras 36-38, 81.

23 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 38.

24 (2000) AHRLR 66 (ACHPR 1995).

25 *Commission Nationale* (n 24) para 20; *Children of Northern Uganda* (n 4) para 38.

26 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 38.



African Children's Charter. The consideration of article 22 was indeed the focus of this decision. The African Children's Committee specifically assessed whether the government violated its obligation under article 22(2) of the African Children's Charter to ensure that the children in its jurisdiction were not recruited and did not 'take direct part in hostilities'.<sup>27</sup> The Committee found that children who were repatriated from the LRA were questioned and used as a means to obtain intelligence rather than immediately returned to civilian life and provided with rehabilitation.<sup>28</sup> When addressing this aspect of the violation of article 22, the African Children's Committee stated the importance of providing remedies for those who are victims of violations by third parties for which the state could be held responsible.<sup>29</sup> It described remedy 'as an element of the due diligence obligation'.<sup>30</sup> Also, it raised its concern that the amnesty legislation that assisted demobilised children could also lead to impunity.<sup>31</sup> This is another instance where the African Children's Committee mentioned the due diligence standard and raises a concern regarding the respondent's acts and omissions in this regard. Its specific comments regarding the element of remedy indicate that this was an area of concern, but did not specifically state that the respondent failed to demonstrate due diligence regarding remedies for children formerly associated with armed groups.

The other portion of the consideration of article 22 addressed the issue of recruitment. The African Children's Committee found that the recruitment system in addition to challenges with birth registration led to the recruitment of children, especially in local defence units (LDUs).<sup>32</sup> The respondent explained that some children voluntarily enlisted in the armed forces. However, the Committee stated that article 22 of the African Children's Charter is unequivocal; no person under the age of 18 years may be recruited or enlisted in the armed forces.<sup>33</sup> In its detailed examination of article 22(2), the Committee found that the respondent had violated its obligations under this article.<sup>34</sup>

The Committee considered whether the respondent was in breach of its obligation to provide children in Northern Uganda with the right to education. In light of the situation of armed conflict, all parties acknowledged that the provision of education was disrupted.<sup>35</sup> The complainants alleged that the respondent violated its obligation regarding the right to education in five ways. First, they alleged the government failed, especially in areas hard hit by conflict, to allocate

27 African Children's Charter, art 22(2).

28 *Children of Northern Uganda* (n 4) paras 49-51.

29 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 51.

30 As above.

31 As above.

32 *Children of Northern Uganda* (n 4) paras 47-48, 52-56.

33 *Children of Northern Uganda* (n 4) paras 57-59.

34 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 60.

35 *Children of Northern Uganda* (n 4) paras 61-62.

resources toward education.<sup>36</sup> Second, they alleged that schools were used for military purposes.<sup>37</sup> Third, they alleged that schools were attacked by armed forces.<sup>38</sup> Fourth, they alleged that there were no effective measures in place to provide access to education for demobilised children.<sup>39</sup> Fifth, they alleged that the respondent failed to provide children in camps for internally displaced persons (IDP camps) with available, accessible and quality education.<sup>40</sup>

In contrast, the African Children's Committee was satisfied overall with the measures taken by the respondent to provide children in Northern Uganda with access to education. It confirmed that the right to education requires that a state takes steps to ensure 'availability, accessibility, acceptability [and] adaptability'.<sup>41</sup> It noted the budgetary measures and partnerships that the respondent used to provide education in IDP camps, to provide bursaries to children in affected areas and to encourage school attendance.<sup>42</sup> The Committee found no evidence to support the allegation that schools were used for military purposes or targeted for military attacks.<sup>43</sup> The Committee found that the respondent took appropriate measures to implement the right to education and in this context found that there was no violation of article 11 of the African Children's Charter.<sup>44</sup>

The African Children's Committee went on to consider whether the respondent complied with its obligation to provide the highest attainable standard of health. It stated that ensuring this right means taking 'immediate steps ... [and employing] the maximum available resources, even when such resources are scarce'.<sup>45</sup> It explained that discrimination in access to healthcare also would be a violation of article 14 of the African Children's Charter.<sup>46</sup> In light of these requirements, the Committee acknowledged the difficulties created by the conflict, the actions of the LRA and the government's dependence on humanitarian assistance.<sup>47</sup> It also highlighted the efforts that the respondent had undertaken to ensure access to healthcare and concluded that there was 'no evidence that the respondent failed to show due diligence in its efforts to comply with article 14 of the

36 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 62.

37 As above.

38 As above.

39 As above.

40 As above.

41 This is consistent with the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (Committee on ESCR). See Committee on ESCR 'General Comment No 13 (Twenty-first session, 1999): the right to education (article 13 of the Covenant)' (8 December 1999) UN Doc E/C.12/1999/10 para 6; *Children of Northern Uganda* (n 4) para 65; *Salem* (n 10) para 76.

42 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 66.

43 *Children of Northern Uganda* (n 4) paras 67-68.

44 *Children of Northern Uganda* (n 4) paras 70-71.

45 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 72.

46 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 73.

47 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 74.

Charter'.<sup>48</sup> In this instance, the Committee assessed the actions of the respondent generally concerning due diligence.

The Committee considered whether the respondent failed to protect the children of Northern Uganda from sexual abuse and violence. The complainants alleged that 'UPDF soldiers were either involved or facilitated ... sexual abuse and violence against children'.<sup>49</sup> The Committee based its finding on its investigation of the situation.<sup>50</sup> Furthermore, it stated that it had not found evidence to support that the respondent did not 'investigate, prosecute, and punish perpetrators of sexual abuse [or] violence committed against children by the UPDF or members of the LDUs'.<sup>51</sup> This is another instance where the Committee used elements of the due diligence standard to substantiate that the respondent had not violated its obligations under the African Children's Charter.

The final allegation that the Committee considered was whether the respondent violated its obligation to protect the children in Northern Uganda from abduction. It stated that the LRA was known for abducting children, including children from government IDP camps, which led to the phenomenon of 'night commuters'.<sup>52</sup> However, the Committee found that the situation of armed conflict and the tactics of the LRA rendered the efforts of the respondent to protect its children from abduction ineffective.<sup>53</sup> Therefore, the Committee found that the respondent did not violate article 29 of the African Children's Charter concerning protection from abduction.<sup>54</sup>

In summary, the Committee found that the respondent only violated its obligations under article 22 and by extension article 1(1) of the African Children's Charter.<sup>55</sup> It found that the complainants could not substantiate some of the other allegations and it was largely satisfied with the measures taken by the respondent.

### **3 OVERVIEW OF THE DUE DILIGENCE STANDARD**

To use the due diligence standard to revisit and assess subsequent decisions, it is important to understand its key elements and application. The International Law Associations Study Group on Due Diligence in International Law (ILA) notes that the due diligence standard is applied in several areas of international law. The ILA states

48 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 75.

49 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 77.

50 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 78.

51 As above.

52 *Children of Northern Uganda* (n 4) paras 3, 79.

53 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 80.

54 African Children's Charter, art 29.

55 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 81.

that 'due diligence is a fundamental feature of many disparate areas of international law'.<sup>56</sup>

In international human rights law the judgment of the Inter-American Court of Human Rights in *Velásques-Rodríguez v Honduras*,<sup>57</sup> is noted for introducing the due diligence standard in the context of international human rights law.<sup>58</sup> The due diligence standard requires a state to prevent, investigate, prosecute, punish and provide remedies for violations of human rights.<sup>59</sup> Also, a state party can be held responsible for the actions of private actors if it fails to respond to violations caused by private actors.<sup>60</sup> Failure on the part of a state to comply with these duties when faced with a violation of human rights means that the state did not act with due diligence.<sup>61</sup> Therefore, it is the response of the state to violations of human rights in light of these five elements that determine if it acted with due diligence.

The ILA also examined the application of the due diligence standard in international humanitarian law. The alleged violations in *Children of Northern Uganda* occurred during a time of internal armed conflict between the respondent and the LRA; therefore, international humanitarian law is relevant to this inquiry. The ILA makes an important comment about the application of due diligence in situations of armed conflict. It states:

The standard of due diligence expected of States during peace, including the legal and material resources to ensure fulfilment of its obligations, may become more difficult to meet during conflict, especially during internal armed conflict. Nonetheless, the due diligence requirements of IHL, and in a residual manner international human rights law, continue to apply.<sup>62</sup>

It is clear that the due diligence standard applies despite the challenges of armed conflict.

The application of the due diligence standard can be summarised by several points. These points have been gleaned from *Velásques-Rodríguez* and a review of key decisions of the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) and the African Children's Committee as the focus of this commentary is on the application of this standard in the context on the continent. Each of the points will be considered briefly in turn.

56 ILA report (n 13) 6.

57 IACHR (29 July 1988) Ser C No 4.

58 *Velásques-Rodríguez* (n 12) paras 170-172; *Zimbabwe Human Rights* (n 13) paras 144-145 & 206; TM Kamminga 'Due diligence: a useful tool to combat violence against women?' in I Westendorp (ed) *The Women's Convention turned 40* (15 September 2020) (forthcoming) at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1831045> (accessed 16 October 2020) 5 & 9.

59 *Zimbabwe Human Rights* (n 13) para 174.

60 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 172.

61 As above.

62 ILA report (n 13) 11.

First, there is a link between the duty to protect human rights and the due diligence standard. In its discussion of the duty to protect in *Association of Victims of Post Electoral Violence & Another v Cameroon (Cameroon Electoral Violence)*,<sup>63</sup> the African Commission explained that this duty produces a positive obligation on the part of states to prevent private actors from violating the rights provided under the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter).<sup>64</sup> In this case, it stated that the measures taken by the government of Cameroon to prevent the violations were a key indicator of whether the government acted with due diligence.<sup>65</sup>

Second, the element of prevention requires a state to use all of the resources at its disposal, identify vulnerable groups and take special measures to protect them from violations of their rights. In *Salem*, the Committee emphasised that prevention required states to 'identify vulnerable groups prone to abuse and take special measures to prevent violence from occurring'.<sup>66</sup> Furthermore, prevention means that a state utilises the resources at its disposal, including 'means of a legal, political, administrative and cultural nature'.<sup>67</sup>

Third, investigating with due diligence requires a serious, state-driven, exhaustive and effective investigation of all violations of rights.<sup>68</sup> The Court in *Velásques-Rodríguez* stated that the investigation 'must be undertaken in a serious manner'.<sup>69</sup> To investigate with due diligence means that there is 'an effective search for truth by the government'.<sup>70</sup> Due diligence requires an investigation that engages the relevant state organs and is conducted in a serious manner.

Fourth, due diligence is assessed on a case-by-case basis. The application of the due diligence standard requires a critical examination of the situation, the available resources and the action that a state took or failed to take in light of the violation of rights.<sup>71</sup> Overall, examining a state's actions 'on its own merits',<sup>72</sup> provides for a fair evaluation of the state's action in light of the circumstances and resources.

Fifth, due diligence is assessed by the measures a state takes to implement its obligations and the results it achieves. The African Commission determined that article 1 of the African Charter is an obligation of result. It explained that where there is an obligation of diligence (effort) in the context of a contractual relationship, specific

63 (2009) AHRLR 47 (ACHPR 2009) paras 90-111.

64 1520 UNTS 217 (21 October 1986); *Cameroon Electoral Violence* (n 63) para 88-89.

65 *Cameroon Electoral Violence* (n 63) para 90.

66 *Cameroon Electoral Violence* (n 63) para 52.

67 *Velásques-Rodríguez* (n 12) para 175.

68 para 180.

69 para 177.

70 As above.

71 para 155.

72 As above.

resources must be provided, but there is no obligation to guarantee a particular result.<sup>73</sup> An obligation of result, in contrast, means that specific result must be obtained, but the measures used to obtain that result are at the discretion of the party performing the obligation.<sup>74</sup> Regarding a binding international instrument, the African Commission explained that ‘all obligations ... seek to attain an objective, a purpose or a result’.<sup>75</sup> This conclusion means that the obligations under article 1 of the African Charter are obligations of result and to satisfy these obligations, a state must implement the provisions of the Charter and create ‘institutions that produce tangible results’.<sup>76</sup> The Commission explained that due diligence in relation to the obligations under article 1 of the African Charter

has to evolve in relation to the time, space and circumstances, and has to be followed by practical action on the ground in order to produce concrete results ... not only through appropriate legislation and its effective enforcement but also by protecting them against injurious acts which can be perpetrated by third parties.<sup>77</sup>

The findings of the African Commission in *Cameroon Electoral Violence* highlighted that the results achieved by a state’s actions are integral to the due diligence assessment.

Finally, a state has the onus to demonstrate that it acted with due diligence. In *Salem*, the Committee stated that a state has the onus to prove that it acted with due diligence.<sup>78</sup> While a complainant is required to provide evidence to prove its claim,<sup>79</sup> the Committee stated that a state is required to provide evidence that it responded to the violations with due diligence.<sup>80</sup>

In summary, due diligence is an accepted standard in international human rights law used to assess whether a state has complied with its obligations to prevent and adequately respond to violations of human rights, even when violations are caused by non-state actors. This standard is not without its weaknesses. Kamminga when writing about the utility of this standard regarding violence against acknowledges the Court in *Rodríguez* used the due diligence standard as a ‘yardstick’<sup>81</sup> when international human rights law was still in its infancy’. However, he states that due diligence ‘... is widely perceived as a weak standard, an obligation of conduct, rather than an obligation of

73 *Cameroon Electoral Violence* (n 63) para 95.

74 paras 101-102.

75 para 107.

76 para 108.

77 para 110.

78 *Salem* (n 10) para 54.

79 For example, the complainants failed to demonstrate substantiate their claim regarding trafficking. See *Salem* (n 10) para 96.

80 *Salem* (n 10) para 54.

81 Kamminga (n 58) 9.

result'.<sup>82</sup> Despite Kamminga's assertion, human rights decision-making bodies have and continue to apply this standard.<sup>83</sup> For this reason, the application of the due diligence standard remains an avenue of assessment in such decisions.

## 4 REVISITING THE *CHILDREN OF NORTHERN UGANDA* DECISION

The due diligence standard was applied in *Children of Northern Uganda* and the Committee's subsequent decisions in *Salem* and *TFA*. This section of the commentary will engage with the Committee's use of the due diligence standard in all three decisions in order to assess the progression of the communications as an accountability mechanism under the African Children's Charter. This section will also engage with the Committee's 2020 General Comment on children in situations of armed conflict and revisit the Committee's findings in *Children of Northern Uganda*. Before, embarking on this analysis, the commentary will examine some broader issues that arguably had a substantial impact on the overall outcome of *Children of Northern Uganda*.

### 4.1 Examining the utility of the Committee's fact-finding mission and other considerations

The African Children's Committee based its decision in *Children of Northern Uganda* on three sources of evidence: the submissions of the complainants, the submissions of the respondent and its fact-finding mission. Sloth-Nielsen notes that the Committee undertook this mission as it was '[u]nable to decide on the merits of the matter with the written and oral evidence at hand'.<sup>84</sup> While fact-finding missions provide an important tool in the adjudication of communications, the over seven-year delay between the complaint and the mission generates concerns that the conditions observed and the information available to the Committee did not accurately reflect the conditions in Northern Uganda in the 2001 to 2005 period.<sup>85</sup> The relevance and the weight given to the information obtained during this mission are two issues that may have affected the outcome in *Children of Northern Uganda*.

The relevance of the information obtained by the Committee during its fact-finding mission can be contrasted with the report of the country

82 Kamminga (n 58) 10.

83 See for example *Velásques-Rodríguez* (n 12); *Zimbabwe Human Rights* (n 13); *Cameroon Electoral Violence* (n 63); *Children of Northern Uganda* (n 4); *Salem* (n 10); *TFA* (n 13).

84 J Sloth-Nielsen 'Children's rights litigation in the African region: lessons from the communications procedure under the African Children's Charter' in T Liefwaard & JE Doek (eds) *Litigating the rights of the child: the UN Convention on the Rights of the Child in domestic and international jurisprudence* (2015) 254.

85 Sloth-Nielsen (n 84) 264.

visit to Uganda by the Representative of the UN Secretary-General on internally displaced persons. The then representative, Francis Deng, visited Uganda in August 2003.<sup>86</sup> The information in Deng's report was obtained during the period under consideration in *Children of Northern Uganda*. The timing alone supports the greater relevance and accuracy of this report as compared to that of the African Children's Committee.

A notable area of difference between the two reports is Deng's concern that the UPDF did not adequately protect the IDP camps. He states: 'Children were at constant risk of being abducted and recruited as child soldiers and a number of interlocutors also mentioned other abuses such as rape.'<sup>87</sup> This information can be contrasted by the African Children's Committee findings regarding the alleged violation of article 29 of the African Children's Charter and the obligation to protect children from abduction by the LRA. It stated that the efforts were rendered ineffective due to the circumstances of armed conflict and the LRA's 'inhuman methods of operation'.<sup>88</sup> The African Children's Committee's assessment is that it confirmed that the abductions occurred but it did not interrogate the measures that were in place in IDP camps to protect children from abduction.<sup>89</sup> The brutality of the LRA should not be overlooked; however, the findings of the African Children's Committee regarding article 29 can be challenged based on Deng's report. This example provides a basis to question the weight that the African Children's Committee ascribed to the information obtained so long after the alleged violation. This approach, while it may have been the only choice available to the Committee does not assist in holding states accountable for their violations under the Charter.

Another issue of concern is the Committee's reluctance to hold the respondent responsible for its obligation to prevent violations of rights perpetrated by non-state actors, in particular, the LRA. Despite its reference to *Commission Nationale* and acknowledging that a state could be held responsible for its failure to protect individuals within its jurisdiction from non-state actors.<sup>90</sup> This position runs counter to the jurisprudence as well as the position of the ILA, which stated when discussing *Commission Nationale*:<sup>91</sup>

This clearly establishes the principle that in situations of armed conflict a State has [a] duty to take action even in situations where they do not control the armed groups and that this extends to not only the protection of civilians but also investigation of criminal acts and violations of IHL.

86 ECOSOC (n 15) para 2.

87 ECOSOC (n 15), para 24.

88 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 80.

89 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 79.

90 *Commission Nationale* (n 26) para 20; *Children of Northern Uganda* (n 4) para 38.

91 ILA Report (n 13) 13-14.



The Committee chose not to hold the respondent accountable for the full extent of its obligations. While the African Commission stated in *Social and Economic Rights Action Center & Another v Nigeria (SERAC)*<sup>92</sup> that it 'does not wish to fault governments that are labouring under difficult circumstances to improve the lives of their people'.<sup>93</sup> The Commission also took the position in *Commission Nationale* and *SERAC* allowing impunity by private actors is a clear violation of its duty to protect and by extension the due diligence standard.<sup>94</sup> The Committee's choice not to consider the respondent's actions to prevent violation on the part of LRA is a shortcoming in *Children of Northern Uganda*.

#### **4.2 Evaluating the use of the due diligence standard in *Children of Northern Uganda***

The Committee's findings in *Children of Northern Uganda* demonstrate that the Committee did utilise the due diligence standard in various part of this decision. However, there are aspects of the decision when using the due diligence standard are not consistent with the jurisprudence on due diligence. This section will highlight some key examples.

The Committee mentioned the due diligence standard in its consideration of article 1(1) of the African Children's Charter. Regrettably, it did not use this opportunity to outline the five elements of the due diligence standard or highlight key aspects regarding the assessment of these elements. Such a discussion would have laid the foundation for a consistent application of the due diligence standard to guide the Committee's determination of the other alleged violations.

In its consideration of article 22 of the African Children's Charter, the primary weakness is that it did not explicitly outline how the respondent failed to discharge all of the elements of this standard. The Committee outlined how the respondent failed to prevent, investigate, prosecute and punish the recruitment of children into its armed forces. For example, it noted the constitutional protections in force at the time of the alleged violation did not protect children over that age of 16.<sup>95</sup> The jurisprudence is clear; enacting legislation alone is insufficient to discharge the obligation to prevent violations of rights.<sup>96</sup> This requirement also demonstrates that a lack of legislation is an indication that a state failed to act with due diligence and prevent violations. Regarding the requirements to investigate, prosecute and punish, the Committee stated that there was no evidence to support disciplinary actions taken against members of the armed forces that were

92 (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001).

93 *SERAC* (n 92) para 69.

94 *Commission Nationale*(n 24) para 20; *SERAC* (n 91) para 57.

95 Sloth-Nielsen (n 84) para 46.

96 *Velásques-Rodríguez* (n 12) paras 182-183.

responsible for recruiting children.<sup>97</sup> From a due diligence perspective, the Committee could have stated that this omission demonstrates that the respondent failed to investigate, prosecute and punish and overall act with due diligence to respond to the recruitment of children. The discussion regarding the article 22 violation does incorporate aspects of the due diligence standard. It could have been more effective by linking the acts and omission of the respondent to the specific elements of the due diligence standard.

One example where the Committee did link an element of the due diligence standard concerning article 22 of the African Children's Charter is the issue of remedies. Here, the Committee stated that a state must provide reparations to child victims of armed conflict when the violations 'can be attributed to the State, [or] even when substantive breaches originate in the conduct of private persons'.<sup>98</sup> The Committee highlighted that domestic legislation could lead to impunity rather remedy for children formerly associated with the LRA.<sup>99</sup>

Perhaps the most disappointing conclusion was the Committee's determination of the alleged violation of the right to be protected from sexual abuse and violence. The Committee discussed the seriousness of sexual abuse and violence against children in the context of armed conflict.<sup>100</sup> It also noted the documented violations of the LRA, especially regarding the abuse of girl children.<sup>101</sup> When it considered whether members of the UPDF and LDUs took part or enabled sexual abuse and violence against children, the African Children's Committee based its assessment on the results of its investigation.<sup>102</sup> As a result, the Committee stated that there was no evidence to support the argument that the government did not act with due diligence, specifically the requirements to investigate, prosecute and punish.<sup>103</sup> Deng notes in his report that abuses by UPDF soldiers were reported and he recommended that the UPDF be trained in particular on international human rights and humanitarian law standards regarding sexual abuse and exploitation.<sup>104</sup> This alternate report is no conclusive proof the children did experience sexual abuse and exploitation at the hands of the UPDF, but it does weaken the Committee's assertion that there were no credible allegations of sexual abuse that the respondent should have investigated.

Therefore, the failure of the Committee to at least evaluate the measures that that respondent took to investigate such serious allegations is inconsistent with the due diligence standard. Under this

97 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 56.

98 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 51.

99 As above.

100 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 76.

101 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 77. See also M Denov 'Girl soldiers and human rights: lessons from Angola, Mozambique, Sierra Leone and Northern Uganda' (2008) 12 *International Journal of Human Rights* 819-821.

102 *Children of Northern Uganda* (n 4) para 78.

103 As above.

104 ECOSOC (n 15) 25 & 57(f).

standard, investigations must be state-driven, exhaustive and conducted seriously.<sup>105</sup> The Court in *Rodríguez* stated that every situation where there is a violation of rights must be investigated.<sup>106</sup> In *Children of Northern Uganda*, it is not clear that this was the case. This is an unfortunate outcome in light of the serious nature of the allegations.

It is clear that the Committee did use the due diligence standard as its 'yardstick'<sup>107</sup> in *Children of Northern Uganda*. What is also clear is that the standard was not applied in a consistent and deliberate manner. Overall, the discussion highlighted instances in this decision where due diligence was not explicitly applied, instances where only some elements of the standard were considered and others where the Committee could have required more of the respondent to discharge its onus to demonstrate due diligence.

### **4.3 The application of the due diligence standard after *Children of Northern Uganda***

The application of the due diligence standard in *Children of Northern Uganda* can be contrasted with the Committee's more recent decisions in *Salem* and *TFA*. In *Salem*, brothers Said Ould Salem and Yarg Ould Salem were born into Mauritania's slave class and worked as slaves despite legislation that prohibited slavery.<sup>108</sup> They brought a case against individuals that held them as slaves, but only one individual was convicted of an offence and was sentenced to two years in prison or a fine.<sup>109</sup> The other individuals were either acquitted or received suspended sentences with minor fines.<sup>110</sup> The inability to locate the convicted individual and the absence of the President of the Criminal Chamber of the Court of Appeal led to the continued postponement of the appeal of this decision in the domestic courts and the impunity of a convicted slave-owner.<sup>111</sup> The complainants submitted a communication to the African Children's Committee on behalf of the Salem brothers in an effort to hold the government of Mauritania accountable for its failure to protect the rights of these children. The Committee found that the government of Mauritania violated its obligations pursuant to articles 1, 3, 4, 5, 11, 12, 15, 16 and 21 of the African Children's Charter.<sup>112</sup>

The Committee discussed the due diligence standard in its assessment of the article 1 violation.<sup>113</sup> Article 1(1) of the African

105 *Velásques-Rodríguez* (n 12) paras 177, 180-181.

106 para 176.

107 *Kammainga* (n 58) 9.

108 *Salem* (n 10) paras 5-8.

109 para 9.

110 As above.

111 *Salem* (n 10) paras 9-10.

112 para 97.

113 paras 52-58.

Children's Charter requires state parties 'to adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to the provisions of this Charter'.<sup>114</sup> It requires state parties to take steps to implement the provisions of the African Children's Charter. The Committee explained that the enactment of legislation that prohibited slavery was insufficient to comply with its obligations under article 1(1) of the African Children's Charter.<sup>115</sup> Legislative measures must be implemented and reviewed on a consistent basis.<sup>116</sup> The Committee explained that other measures included administrative and judicial measures.<sup>117</sup> The Committee outlined that overall, implementation required a holistic approach that engages many sectors and focuses on children's rights, including child protection, making children visible in budgeting and access to justice for children.<sup>118</sup> In addition to legislative and other measures, the Committee explained that the obligation to implement the provisions of the African Children's Charter under article 1(1) must be viewed in light of the due diligence standard.<sup>119</sup>

The *Salem* decision improved upon the application of the due diligence standard as compared to *Children of Northern Uganda* by specifically using this standard to assess all of the alleged violations in the Communication.<sup>120</sup> The African Children's Committee stated that its 'decision should hence be based on the assessment of the due diligence of the respondent state'.<sup>121</sup> For example, it considered whether the government of Mauritania violated its obligation to protect the Salem brothers from discrimination. In this determination, it clearly linked the obligation to protection with the five elements of the due diligence standard.<sup>122</sup> It found that the government failed to prevent discriminatory treatment and provide adequate remedies.<sup>123</sup> Therefore, the Committee used the due diligence standard to determine that the government of Mauritania had breached its obligation to ensure non-discrimination in the realisation of the rights of the Salem brothers.

In *TFA*, the complainants alleged that the government of Cameroon failed to adequately investigate, prosecute, punish and compensate a ten-year-old girl who was a victim of rape.<sup>124</sup> The victim, with the assistance of her aunt, filed a complaint with the police, yet there were delays in the submission of the police investigation report and filing charges against the accused, which resulted in the dismissal of the

114 African Children's Charter, art 1(1).

115 *Salem* (n 10) para 47.

116 As above.

117 *Salem* (n 10) para 49.

118 paras 48-51.

119 para 52.

120 paras 59-96.

121 para 53.

122 paras 62-64.

123 para 64.

124 *TFA* (n 11) para 6.

case.<sup>125</sup> The complainants submitted a communication to the Committee stating that the government of Cameroon had violated its obligation to investigate the rape of *TFA*.<sup>126</sup> Following the example of *Salem*, the Committee applied the due diligence standard to each alleged violation of the African Children's Charter in this decision. The Committee found that the government of Cameroon violated its obligations to implement the African Children's Charter, ensure non-discrimination and prevent abuse and torture.<sup>127</sup>

Due to the circumstances, the decision focused on the elements of investigation and remedies. The Committee emphasised that compliance with the due diligence standard requires 'effective investigation'.<sup>128</sup> The Committee also found that the government of Cameroon failed to act with due diligence 'by failing to ensure effective remedy to the victim'.<sup>129</sup> Notably, the Committee recommended that the government of Cameroon pay non-pecuniary damages to the victim.<sup>130</sup> The overall importance of the *TFA* decision provides another example of the application of the due diligence standard in the context of alleged violations of the African Children's Charter.

Both *Salem* and *TFA* demonstrate that the Committee has evolved its application of the due diligence standard in a clear and deliberate manner. The outcomes of these decisions contributed to holding the states accountable for their violations of the African Children's Charter and providing the children with remedies that address violations of their rights. In *Children of Northern Uganda*, the Committee provided recommendations that responded to the violation of article 22 of the African Children's Charter. It is indeed possible that the deliberate application of the due diligence standard by the Committee in *Salem* and *TFA* led to better outcomes for the children affected by these decisions.

However, when comparing these decisions with *Children of Northern Uganda*, there are important differences to take into consideration. First, *Salem* and *TFA* dealt with situations affecting one or two children rather than a large cohort. Second, these decisions dealt specifically with the operation of domestic criminal justice systems rather than their shortcomings. Third, the time between the submission of communications and the decisions is much less than in *Children of Northern Uganda*. *Salem* and *TFA* demonstrate that when there is sufficient evidence, applying the due diligence standard to a process that already includes elements of protection, investigation, prosecution, punish and remedy can be straightforward and produce outcomes that hold states accountable for violations of the African Children's Charter.

125 *TFA* (n 11) paras 11-17.

126 para 18.

127 *Salem* (n 10) para 83.

128 paras 45, 51, 52, 54.

129 para 57.

130 para 84(b).

Accountability provides a means to control power.<sup>131</sup> Vandenbogaerde states that accountability can be understood as a three-part process, which includes standards, information and sanctions.<sup>132</sup> Communications under the African Children's Charter fit the definition of the process with the African Children's Charter as the standards, the parties to the communication and any fact-finding missions providing the information and the recommendations of the Committee as the sanctions. Reflecting on the outcomes of *Children of Northern Uganda* in relation to the outcomes of *Salem* and *TFA*, the latter decisions produced outcomes that held the state accountable for the majority of the violations brought forward by the complainants. *Children of Northern Uganda* in contrast held the respondent accountable concerning one violation. The discussion to this point has highlighted several of challenges that many have negatively affected the outcome in *Children of Northern Uganda*, with the application of the due diligence standard being just one of them. The point is that application of due diligence standard in subsequent decisions of the Committee, specifically *Salem* and *TFA* have in principle contributed to better outcomes of the children affected these decisions. This development is at least one indicator of improvement in this accountability mechanism under the African Children's Charter.

#### 4.4 The African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child's General Comment on article 22

Another motivation to revisit *Children of Northern Uganda* is the Committee's 'General Comment on article 22 of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child: Children in Situations of Conflict'.<sup>133</sup> It takes a holistic approach the rights and needs of children in situations of armed conflict as it incorporates all of the alleged violated addressed in *Children of Northern Uganda*, namely recruitment, sexual abuse and exploitation, health, education and abduction.<sup>134</sup> The Committee advocates overall for article 22 of the Charter to 'be interpreted through a child-rights-focused and child-centred lens'.<sup>135</sup>

131 A Vandenbogaerde *Towards shared accountability in international human rights law: law, procedures and principles* (2016) 13.

132 As above 26-28. See also A Schedler 'Conceptualizing accountability' in A Schedler, L Diamond & MF Plattner (eds) *The self-restraining states: power and accountability in new democracies* (1999) 13 14-18; RW Grant & RO Keohane 'Accountability and abuses of power in world politics' (2005) 99 *American Political Science Review* 29 29-30; J Rubenstein 'Accountability in an unequal world' (2007) 69 *Journal of Politics* 616 at 618-620.

133 General Comment on article 22 (n 9).

134 As above.

135 General Comment on article 22 (n 9) para 43.

The due diligence standard is also mentioned in this document.<sup>136</sup> Most notably, the Committee states: 'It is, therefore, incumbent on the State to exercise due diligence in relation to violations or potential violations of IHL and the African Children's Charter by any actor in conflict on the territory of the state party'.<sup>137</sup> It explains that the due diligence requirement may arise in relation to a state's obligation or out of a general duty to protect.<sup>138</sup> What is consistent with the decision in *Children of Northern Uganda* is the use of the due diligence standard. However, the General Comment requires that this standard be engaged if there are violations by any actor. In contrast, the reluctance to consider the respondent's obligations regarding the violations of the LRA is an unfortunate hallmark of *Children of Northern Uganda*. The General Comment highlights a specific aspect of the due diligence standard, namely investigation. The Committee states: 'Justice systems should be adequately resourced to investigate violations against children in armed conflict, and ensure that the perpetrators responsible are brought to justice'.<sup>139</sup> Reflecting on the discussion of sexual abuse and violation in *Children of Northern Uganda*, the Committee opted to rely upon the results of its investigation rather than interrogating the steps that the respondent had taken to investigate allegations of sexual abuse and violence against children by the UPDF.

The General Comment provides guidance to states to respond to the rights and needs of children in situations of armed conflict in a comprehensive manner. Reflecting on *Children of Northern Uganda*, one lesson that the Committee incorporated into this document is that it should address all of the areas where it was unable to determine violations due to the passage of time and inadequate evidence.

## 5 CONCLUSION

The outcome in *Children of Northern Uganda* left much to be desired, but there are several lessons to be gleaned from revisiting this early decision of the African Children's Committee. One lesson is the weight ascribed to the information obtained from the Committee's delayed fact-finding mission and its reluctance to consider the government of Uganda's response to the LRA had a negative impact on the outcome of this decision. The lack of clear and deliberate application in *Children of Northern Uganda* also contributed to its unsatisfactory outcome. Another lesson is the Committee improved its application of the due diligence standard in *Salem* and *TFA*. The findings in these decisions demonstrate that despite its shortcoming, the due diligence standard continues to be an important benchmark to assess the acts and omissions of states. This improvement can be said to have contributed to the accountability provided by communications under the African Children's Charter at least in a modest way. Finally, the African

136 General Comment on article 22 (n 9) paras 53 & 62.

137 General Comment on article 22 (n 9) para 53.

138 As above.

139 General Comment on article 22 (n 9) para 26.

Children's Committee moved beyond its decision in *Children of Northern Uganda* to produce a General Comment that overall responds to the rights and needs of children in conflict in a holistic and child-centred manner that *Children of Northern Uganda* could not. In summary, revisiting *Children of Northern Uganda* has demonstrated that the mechanisms around the rights of children on the continent in situations of conflict have moved forward.



# When to push the envelope? Corruption, human rights and the request for an advisory opinion by the SERAP to the African Court

Prosper Maguchu\*

<https://orcid.org/0000-0001-6977-8222>

**ABSTRACT:** The debate on whether corruption is a violation of human rights has been raging unabated in academic and policy circles for far too long. Attempts to have the matter settled judicially have so far been ineffectual. Using the request by the Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) to the African Court on Human and Peoples' Rights as well as other cases that have been filed with regional courts and quasi-judicial bodies, this case note attempts to contemplate the path human rights-corruption jurisprudence will take by analysing the influence of past decisions by other bodies on the Court. In terms of methodology, the article turns to artificial intelligence citation analysis for an in-depth discussion.

## TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

### Quand repousser les limites? Corruption, droits de l'homme et demande d'avis consultatif du SERAP à la Cour africaine

**RÉSUMÉ:** La corruption comme violation des droits de l'homme a fait débat depuis trop longtemps dans les cercles universitaires et politiques. Les tentatives d'une solution judiciaire à la question ont jusqu'à présent été vaines. En utilisant la demande d'avis consultatif introduite par *Socio-Economic Rights and Accountability Project* (SERAP) devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que d'autres affaires portées devant des juridictions régionales et des organes quasi judiciaires, cet article tente de prédire la direction que prendra la jurisprudence relative aux droits de l'homme et à la corruption en analysant l'influence sur la Cour, des décisions antérieures prises par d'autres. En termes de méthodologie, l'article se tourne vers l'analyse des citations par intelligence artificielle pour une discussion approfondie.

**KEY WORDS:** African Court on Human and Peoples' Rights, complementarity, corruption, case citation networks, human rights, SERAP request

\* LLM (Western Cape and Berlin) PhD (Giessen), Assistant Professor, Centre for the Politics of Transnational Law Vrije Universiteit, Amsterdam; p.s.maguchu@vu.nl

**CONTENT:**

1	Introduction.....	437
2	The path of corruption-human rights jurisprudence before the Commission .....	439
2.1	A promising start .....	439
2.2	A missed opportunity .....	441
2.3	Dismissal and avoidance .....	444
3	The SERAP request.....	446
4	Anticipating the past: corruption and human rights .....	447
4.1	Complementarity.....	447
4.2	Citation analysis .....	451
5	Conclusion and the way forward .....	455

**1 INTRODUCTION**

The Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) approached the African Court on Human and Peoples' Rights (Court) for an advisory opinion as to whether extreme, systemic and widespread poverty is a violation of certain provisions of the African Charter of Human and Peoples Rights (Charter).<sup>1</sup> SERAP sought, by this request, a ruling on whether or not poverty, under-development and institutionalised *corruption* in Nigeria and elsewhere in Africa amount to violations of the human rights guaranteed under the Charter.<sup>2</sup>

The Court delivered an inadmissibility decision on the request on the basis that SERAP lacked legal standing, without considering the substantive question.<sup>3</sup> However, this decision leaves the door open for future requests, should an applicant with the requisite legal standing approach the Court. It is, therefore, intellectually rewarding to contemplate the Court's opinion on the topic, which has remained unresolved despite being raised several times in the original supervisory body under the Charter, the African Commission on Human and Peoples' Rights (Commission). In this context, it is therefore all the more important to discuss in this comment the trend by the Commission in dealing with corruption related human rights cases. The Commission's jurisprudence in this regard can be broadly divided into three key distinct phases.

1 Request for Advisory Opinion by the Socio-Economic Rights and Accountability Project, Application 001/2013 Advisory Opinion, 26 May 2017 (2017) 2 AfCLR 572 para 3 (*SERAP Request*).

2 A Jones 'Form over substance: the African Court's restrictive approach to NGO standing in the SERAP Advisory Opinion' (2017) 17 *African Human Rights Law Journal* 321, 321.

3 *SERAP Request* (n 1) para 65.

In the first phase, a promising start was made when the Commission explicitly considered corrupt acts or corrupt contexts as part of facts proven that contributed to a human rights violation. For instance, in the *Free Legal Aid Assistance Group and others v Zaire*,<sup>4</sup> the Commission determined that the failure of a (corrupt) government to provide basic services such as safe drinking water and medicines violates the right to health. Likewise, in the inter-state communication *Democratic Republic of Congo v Burundi, Rwanda and Uganda*,<sup>5</sup> the Commission considered that the systemic looting, price-fixing and money laundering were violations of the right to development.<sup>6</sup>

The second phase is the period during which the Commission has missed the opportunity to explicitly consider that facts of corruption by themselves constituted a violation of an obligation or a right derived from the Charter. Two cases are illustrative. The first is *SERAP v Nigeria*,<sup>7</sup> concerning grand corruption by senior government officials and legislators to inflate budget estimates. In its complaint, SERAP contended that this form of corruption violates several rights under the Charter.<sup>8</sup> The second is *Asociación Pro Derechos Humanos de España v Equatorial Guinea*,<sup>9</sup> alleging that the family of the President of Equatorial Guinea had diverted the natural resources of Equatorial Guineans to their private benefit and established and maintained a corrupt system, and thus, violated several human rights guaranteed by the Charter. The Commission declared both communications inadmissible for not exhausting local remedies without commenting on the merits of the case.

The third and current phase of dismissal (and avoidance) is exemplified by the dismissal on technicalities of cases that sought to link corruption to the violation of the African Charter. A recent example is the case of *David Mendes v Angola*, where the Commission was confronted with the question whether it could make a finding that as a result of the state's failure to investigate the allegations of corruption and embezzlement against the president, local remedies should be deemed unavailable.<sup>10</sup> The Commission, without further explanation, considered that 'the subject matter did not fall within the purview of its mandate' as it did not relate to the violation of a right provided under the Charter and dismissed the matter.<sup>11</sup>

This comment mainly focuses on the request by SERAP to reflect and contemplate future decisions of the Court whether its judgments will be consistent with, and grounded in, the way in which the Commission has developed in this regard or it will go further and consider corruption a violation of rights under the Charter. This

4 Communication 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (1995).

5 Communication 227/99.

6 As above, para 95.

7 Communication 300/2005.

8 As above, para 2.

9 Communication 347/07.

10 Communication 413/12 para 53.

11 Communication 413/12 para 60.

comment is particularly helpful for readers seeking to understand the point at which a human right is actually violated by corruption in the sense of constituting a breach of international law triggering state responsibility.<sup>12</sup>

This comment utilises empirical research methodology to investigate whether previous case law of the Commission influences the Court. Selected judgments and inadmissible decisions submitted not only before the two organs but also to the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child (Committee) and sub-regional human rights courts on the link between corruption and human rights will be examined. The comment borrows from methodologies outside the legal sciences by utilising citation network analysis -- a focused, systematic and reproducible investigation of judicial practice to gain more accurate convincing empirical results.<sup>13</sup> Specifically, the comment uses a network of citations in all 80 contentious majority opinions contained in the two volumes of the Court's law reports from 2006 to 2018 to demonstrate how network data can aid the analysis of precedent and its influence in judicial decision-making.

## **2 THE PATH OF CORRUPTION-HUMAN RIGHTS JURISPRUDENCE BEFORE THE COMMISSION**

### **2.1 A promising start**

Before mainstreaming human rights into corruption interventions had become popular, the Commission took on a pioneering role and came close to declaring corruption a violation of human rights. The Commission had an opportunity to adjudicate on two cases explicitly alleging that corrupt acts or corrupt contexts are relevant facts that have contributed to a human rights violation under the Charter. The two cases are briefly discussed below.

#### **2.1.1 *Free Legal Aid Assistance Group and others v Zaire***

Free Legal Assistance Group, the Committee Against Torture, and the *Centre Haitien des Droits et Libertés* against Zaire, constituted four communications joined together.<sup>14</sup> The first communication alleged the severe torture of civilians by members of the Zaire military.<sup>15</sup> The second communication complained of several arbitrary arrests, detentions, torture, extra-judicial executions, unfair trials, severe

12 See A Peters 'Corruption as a violation of international human rights' (2018) 29 *European Journal of International Law* 1251-1287.

13 M Van Der Haegen 'Building a legal citation network: the influence of the court of cassation on the lower judiciary' (2017) 13 *Utrecht Law Review* 65-76.

14 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (joined).

15 Communication 25/89 para 1.

restrictions imposed on the right to association and peaceful assembly, and suppression of the freedom of the press.<sup>16</sup> The third communication concerned the persecution of the members of a religious group – Jehovah’s Witnesses and alleges several types of harassment including arbitrary arrests, unlawful appropriation of church property, and exclusion from access to education.<sup>17</sup> The fourth communication contains not only allegations of physical rights violations such as through torture, executions, arrests, detention, unfair trials, restrictions on freedom of association and freedom of the press.<sup>18</sup> It also alleged that public finances were illegally mismanaged, to the extent that the government failed to provide basic services such as safe drinking water and electricity; shortage of medicines in the country; and that universities and secondary schools had been closed for two years.<sup>19</sup>

The Commission determined that the failure of the corrupt government to provide basic services such as safe drinking water and medicines violates the right to health in article 16 of the Charter.<sup>20</sup> The then government of Mobutu Sese Seko in Zaire was publicly known to be highly corrupt and some commentators believe the word ‘kleptocracy’, meaning a bureaucracy in which corruption is endemic, was coined with Zaire in mind.<sup>21</sup> Mobutu and his cronies are believed to have looted between \$4 to \$7 billion dollars during his 30 years in power, with Mobutu personally controlling 90% of state funds.<sup>22</sup>

### **2.1.2 Democratic Republic of Congo v Burundi, Rwanda and Uganda**

The first inter-state communication that has been filed before the Commission namely Democratic Republic of Congo (DRC) against Burundi, Rwanda and Uganda<sup>23</sup> provided another opportunity for the Commission to expand its own jurisprudence on corruption and human rights.

16 Communication 47/90 filed by the Lawyers’ Committee for Human Rights in New York dated 16 October 1990 para 2.

17 Communication 56/91 submitted by the Jehovah’s Witnesses of Zaire dated 27 March 1991 para 3.

18 Communication 100/93 the Union Interafricaine des Droits de l’Homme and dated 20 March 1993 para 4.

19 As above.

20 As above, para 47.

21 Staff writer, ‘Legacy of Corrupt and Ruthless Dictator who built Versailles in the Jungle’ *The Independent* 5 May 1997.

22 See in general A Steve & C Collins ‘External collusion with kleptocracy: can Zaire recapture its stolen wealth?’ (1993) 57 *Review of African Political Economy* 72-85.

23 Communication 227/99.

In this communication the DRC alleged that between October and December 1998, gold produced by one of its mines, Okimo firm, worth US\$ 100 000 000 was plundered by Rwanda,<sup>24</sup> while Uganda looted coffee in DRC's North Kivu region worth about US\$ 70 000 000.<sup>25</sup> Moreover, Rwanda and Uganda took over control of the fiscal and customs revenue collected by the DRC Directorate General of Taxes.<sup>26</sup> A UN Report of the *Panel of Experts* which identified that all the respondent states, among others actors, profited from the conflict in the DRC was used to corroborate the allegations made by the DRC.<sup>27</sup> The Commission relied on part of the report which provided glaring evidence of the involvement of the respondent states in the illegal exploitation of the natural resources in DRC. It reads:<sup>28</sup>

During this first phase (called mass-scale looting phase by the experts), stockpiles of minerals, coffee, wood, livestock and money that were available in territories conquered by the armies of Burundi, Rwanda and Uganda were taken, and either transferred to those countries or exported to international markets by their forces and nationals. Paragraph 25 of the Report further states: 'The illegal exploitation of resources (of the Democratic Republic of Congo) by Burundi, Rwanda and Uganda took different forms, including confiscation, extraction, forced monopoly and price-fixing. Of these, the first two reached proportions that made the war in the Democratic Republic of the Congo a very lucrative business'.

In its findings, the Commission ruled that 'the illegal exploitation/looting of the natural resources of the complainant state were in contravention of the Charter in particular article 21, which provides as follows:

All peoples shall freely dispose of their wealth and natural resources. This right shall be exercised in the exclusive interest of the people. In no case shall a people be deprived of it... (2) States Parties to the present Charter shall individually and collectively exercise the right to free disposal of their wealth and natural resources with a view to strengthening African Unity and solidarity.<sup>29</sup>

More importantly, the Commission decided that the deprivation of the right of the people of the DRC, 'to freely dispose of their wealth and natural resources, has also occasioned another violation – their right to their economic, social and cultural development and of the general duty of States to individually or collectively ensure the exercise of the right to development' which is guaranteed under article 22 of the Charter.<sup>30</sup> The Commission was one step short from declaring corruption a violation of article 22 of the Charter.

## 2.2 A missed opportunity

The turn of the millennium was occupied with the debates on the nexus between corruption and human rights. For instance, in 2003, the

24 As above, para 7.

25 As above.

26 As above.

27 UN Report of the Panel of Experts, submitted to the Security Council of the UN in April 2001 *S/2001/357* para 92.

28 As above, para 93.

29 Communication 227/99 para 94.

30 As above, para 95.

United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights appointed Christy Mbonu from Nigeria as Special Rapporteur to carry out a comprehensive study on *Corruption and Its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights*, in particular economic, social and cultural rights.<sup>31</sup> The findings of the study revealed that corruption causes a 'negative impact' on human rights.<sup>32</sup> These findings confirm earlier decisions by the Commission discussed above that corruption can have a debilitating impact on the enjoyment of human rights. Nevertheless, the Commission missed the opportunity to explicitly consider that facts of corruption, by themselves alone, constituted a violation of an obligation or a right derived from the African Charter. Thus, it missed the opportunity to expand the jurisdiction on corruption related human rights violations that it had started in the first phase. Two cases are particularly illustrative.

### 2.2.1 *SERAP v Nigeria*

The former President of Nigeria, Olusegun Obasanjo, in a televised speech of 22 March 2005, reported that members of the Nigerian Senate and the House of Representatives took bribes from senior officials from the Federal Minister of Education in order to increase the budget for education.<sup>33</sup> According to Obasanjo, the Minister of Education in connivance with senior officials paid bribes to some members of the National Assembly so that the budget for the Ministry could be increased.<sup>34</sup> The Directors then allegedly paid about 55 million naira (US \$410,000) in bribes to named legislators.<sup>35</sup>

Using this information, SERAP filed a complaint against the Government of Nigeria before the Commission.<sup>36</sup> SERAP took the admission by the President not as an isolated incident, but as evidence of systemic corruption by senior officials, particularly the paying of bribes by federal ministries to National Assembly members to have their budget estimates inflated.<sup>37</sup> According to SERAP, such systemic corruption has contributed to serious and massive violations of human rights including the right to education, in Nigeria.<sup>38</sup> The Government of Nigeria was derided by SERAP for not serving its intended purpose under the Charter but rather serving the exact opposite purpose:<sup>39</sup>

31 The mandate of the Special Rapporteur on Corruption was established by Sub-Commission resolution 2003/2 of 13 August 2003, and was subsequently endorsed by the Commission decision 2004/106.

32 Resolution 2003/2 para 63.

33 See 'Obasanjo Fires Education Minister For Bribing Senate Leader' *The New Humanitarian*, 23 March 2003, <https://www.thenewhumanitarian.org/report/53569/nigeria-obasanjo-fires-education-minister-bribing-senate-leader> (accessed 23 July 2020).

34 As above.

35 As above.

36 Communication 300/2005

37 As above, para 2

38 As above, para 3

39 As above, para 4.

Nigeria's human rights legal obligations under the Charter to achieve the minimum core contents of the right to education has been honoured more in breach than in observance, resulting in: (a) Failure of government to train the required number of teachers; (b) Gross under-funding of the nation's educational institutions; (c) Lack of motivation of teachers; (d) Non-available class room seats and pupils sitting on bare floor; (e) Non-availability of books and other teaching materials; (f) Poor curricula; (g) Poor and uninviting learning environments; (h) Overcrowding; (i) Persistent strikes by teachers and staff who have not been paid; (j) Inability of supervising agencies to set and/or enforce standards; (k) Absence of infrastructure facilities.

The case is particularly interesting because SERAP made the same allegation as that made in the DRC Communication (discussed above) which was upheld by the Commission that, 'by deliberately failing to investigate all the allegations of corruption the Government of Nigeria has contributed in impeding its ability to utilize Nigeria's natural resources for the benefit of its peoples'.<sup>40</sup> The Commission however made a decision that SERAP neglected to utilise the domestic remedies available to it and had not demonstrated why this could not be done.<sup>41</sup> As a result, the Commission declared the communication inadmissible.<sup>42</sup>

### **2.2.2 *Asociación Pro Derechos Humanos de España v Equatorial Guinea***

A Spanish human rights organisation *Asociación pro Derechos Humanos de España* (APDHE), EG Justice and the Open Society Justice Initiative (OSISA) filed a complaint to the Commission against Equatorial Guinea.<sup>43</sup> The complainant organisations argued that rampant corruption in Equatorial Guinea was a violation of the right of the people of Equatorial Guinea to 'freely dispose of [their] wealth and natural resources' protected under article 21 of the Charter.<sup>44</sup>

The complainant organisations alleged that the Government of Equatorial Guinea violated the Charter in permitting the family of the President of Equatorial Guinea, Teodoro Obiang Nguema Mbasogo, and his inner circle, the majority of them from the his clan (locally known as the 'Nguema-Mongomo group'), for the shameless pillaging of public coffers, embezzlement and siphoning of the funds from Equatoguinean peoples' natural resources.<sup>45</sup> In order to perpetrate these violations, it was alleged that

the Nguema-Mongomo group has established and maintains a far-reaching system of corruption affecting every sphere of life within Equatorial Guinea. The Government of Equatorial Guinea has materially assisted and colluded with this corruption system by, among other things, putting the Equatoguinean judicial system at the disposal of the ruling group, to implement and ratify the massive diversion of the peoples' wealth, thus violating the Government's 'duty to guarantee

40 As above, para 5.

41 As above, para 53.

42 As above, para 69.

43 Communication 347/07 (not to be confused with *APDHE v Obiang Family* case, still active before domestic courts in Spain).

44 As above.

45 As above.



the independence of the Courts,' under Article 26 of the Charter, and the closely related duty to ensure the right of '[every individual [...to] have his cause heard,' under Article 7(1).<sup>46</sup>

The complainant further alleged that the systemic corruption was a clear violation of human rights enshrined in the Charter such as 'spoliation' that is explicitly prohibited by article 21.<sup>47</sup> In addition, the complainants argued that '[t]hese violations entitle the people of Equatorial Guinea to lawful recovery of its property as well as to an adequate compensation.'<sup>48</sup> Moreover, that corruption under President Mbasogo also entails additional grave violations of the 'interest of the people' protected under article 21 of the African Charter.<sup>49</sup> The complainants concluded their petition by listing several rights under the African Charter that were allegedly violated as a result of rampant corruption by President Mbasogo and his inner circle as follows: '[t]he fruits of this corruption system are, in turn, the consequent violations of the right to development, right to health, right to education, and right to lawfully acquired private property, under articles 22, 16, 17(1), and 14'.<sup>50</sup> The Commission declared the application inadmissible because of non-exhaustion of local remedies.<sup>51</sup>

### 2.3 Dismissal and avoidance

So far, this comment has discussed two phases where the Court had entertained cases of corruption and human rights violations. Unlike these two phases, the third and present phase is marked by avoidance and dismissal of cases that sought to link corruption to human rights violations. Although, at this juncture, several commentators have explored the possibilities of incorporating corruption into the human rights framework, there is no consensus on the possibilities of utilising regional human rights courts to address corruption.<sup>52</sup> The Commission has backtracked from its earlier decisions. This can perhaps most clearly be seen in *David Mendes v Angola* (*Mendes case*), discussed below, which seems impossible to reconcile with the two cases discussed in the first phase.

The Centre for Human Rights (CHR), University of Pretoria, as the complainant, submitted a communication on behalf of David Mendes

46 As above.

47 As above.

48 As above.

49 As above.

50 As above.

51 As above.

52 See for example CB Gryting 'Asking Too Much: Why Regional Human Rights Courts Cannot Tackle Corruption' The Global Anticorruption Blog <https://globalanticorruptionblog.com/2016/10/24/asking-too-much-why-regional-human-rights-courts-cannot-tackle-corruption/> (accessed 12 July 2020) For the contrary see K Beach 'Coming Along for the Ride: Regional Human Rights Courts Should Demand Government Measures to Affirmatively Address Corruption' <https://globalanticorruptionblog.com/2016/07/08/coming-along-for-the-ride-regional-human-rights-courts-should-demand-government-measures-to-affirmatively-address-corruption/> (accessed 12 July 2020).

against Angola.<sup>53</sup> The complainant alleged that Mendes' human rights were being violated from the time he announced his candidature for the presidency in the elections and after he initiated proceedings for a private criminal complaint before the Attorney General's Office accusing the then President of Angola, Eduardo dos Santos of corruption.<sup>54</sup>

The complainant further alleged that Mendes could not exhaust local remedies because of the lack of provisions in the domestic laws of Angola allowing them to seek remedies for the violations alleged in respect of the allegations of corruption.<sup>55</sup> The complainant cited articles 133 and 135 of the Constitution of Angola which provide for immunity for the head of state during and after his or her term of office.<sup>56</sup> This implies that no local remedy can be sought on the failure to investigate the allegations of corruption. Moreover, the CHR provided evidence that the Attorney General of Angola had informed Mendes that his Office was not legally competent to proceed with the complaint against the President.<sup>57</sup>

To illustrate the nexus between corruption and human rights, the complainant submitted that the issue of death threats and vandalism of Mende's property is intertwined with that of embezzlement of state funds by the President of the respondent state, since the death threats emanated from the fact that Mendes had lodged a formal complaint with the Attorney General against such embezzlement.<sup>58</sup> The complainant urged the Commission to find that the President of Angola was indeed immune under the Constitution of Angola in respect of the corruption accusations and, therefore, no local remedies were available to Mendes.<sup>59</sup> Further, the complainant submitted that the Commission should dispose of all issues simultaneously, including those on the death threats and vandalism, since these issues could not be divorced from each other.<sup>60</sup>

Regarding exhaustion of local remedies in respect of the failure of the authorities to investigate allegations of corruption against the president of a member state, the Commission made a surprising decision that the subject matter did not fall within the purview of its mandate as it was not related to the violation of a right provided for in the Charter.<sup>61</sup> Therefore, the Commission did not address the issue.

53 Communication 413/12.

54 As above, para 7.

55 As above, para 29.

56 As above, para 35.

57 As above.

58 As above, para 36.

59 As above, para 37

60 As above.

61 As above, para 60.

### 3 THE SERAP REQUEST

The SERAP approached the Court for advisory opinion as to whether extreme, systemic and widespread poverty is a violation of certain provisions of the Charter.<sup>62</sup> The Court seized the SERAP application to set out its jurisprudence on the scope of non-governmental organizations' (NGOs') access to it, although the Court had previously dealt with four separate applications from various NGOs,<sup>63</sup> including an application that was made by SERAP.<sup>64</sup> In the application just cited SERAP challenged the Court 'to give an opinion on whether extreme and widespread poverty in Nigeria violated the prohibition of discrimination and whether poverty could constitute "other status" in the definition of discrimination in the African Charter'.<sup>65</sup> The capacity of NGOs to appear before the Court was not raised in this instance. Instead the Registrar of the Court communicated to SERAP that the request did not meet the requirements of the Rules, in particular Rule 68(2), which reads as follows:

[A]ny request for advisory opinion shall specify the provisions of the Charter or of any other international human rights instrument in respect of which the advisory opinion is being sought, the circumstances giving rise to the request as well as the names and addresses of the representatives of the entities making the request.

Nonetheless, the Court did not dismiss the request. Instead, the Registrar of the Court instructed SERAP to rectify the error. Regrettably SERAP failed to respond to the Registrar leading the matter to be struck off the court roll.<sup>66</sup> Perhaps for some strategic purpose, some applicants may purposefully withhold a claim with the intention of bringing it later – the so-called 'deliberate abandonment' (which is unwise as this could lead to the applicant being barred from filing a similar request in the future). SERAP abandoned its application.<sup>67</sup>

The defect in Request 1/2012 was cured in Request 1/2013. In the latter, SERAP again sought the Court's opinion on the question of whether 'extreme, systemic and widespread poverty is a violation of certain provisions of the Charter, and highlighted, in particular, article 2; the right to freedom from discrimination on grounds including 'any other status'; article 19 the right to equal protection of rights; article 21, the right of states to dispose of natural resources 'in the exclusive interest of the people'; and article 22 on the right of peoples to development, and the duty on states to ensure the same'.<sup>68</sup> SERAP sought, by this request, a ruling on whether or not escalating poverty, under-development and *grand corruption* in Nigeria and elsewhere in

62 *SERAP Request* (n 1).

63 Jones (n 2) 321, 322.

64 *The SERAP Request for Advisory Opinion by Socio-economic Rights & Accountability Project* Application 1/2012 Advisory Opinion 15 March 2013 1 AfCLR 721.

65 As above, para 2.

66 As above, para 7.

67 See *Irving M Saunders v United States*, 316 F.2d 346 (DC Cir 1963).

68 *SERAP Request* (n 1) para 8.

Africa amounted to violations of the human rights guaranteed under the Charter.<sup>69</sup>

The request was dismissed on the basis that SERAP had no legal standing to approach the Court. In particular, SERAP was not an 'African organisation recognised by the African Union', as such, it lacked capacity to make a request for an advisory opinion under article 4 of the Court Protocol.<sup>70</sup> Could it be that some judges and states are concerned that opening the door even a crack would lead to the Court adjudicating over matters where it appears to be entertaining law and policy issues that have traditionally been regarded as domestic matters? The Court's decision in the SERAP request has been thoroughly canvassed elsewhere.<sup>71</sup> Suffice it to say that the Courts left the door open for similar organisations with *locus standi* to approach it.

## 4 ANTICIPATING THE PAST: CORRUPTION AND HUMAN RIGHTS

There are two ways of finding out how past experiences of the Commission can influence the future of the Court in regard to corruption and human rights jurisprudence. The first is to look into the issue of complementarity between the Court and the Commission. After all, the Court was established 'to complement the protective mandate of the already existing African Commission'.<sup>72</sup> The second is to go outside the legal field and use a case citation network to analyse the influence of the Commission on the Court. As Van Der Haegen noted, in order to understand the interaction between courts, it is imperative to 'scrutinize citations in court decisions, as they are easily visible remnants of the intellectual interaction of one court with its own previous decisions or those stemming from a different court'.<sup>73</sup>

### 4.1 Complementarity

The African continent has been particularly affected by corruption. For scholars interested in understanding the negative relationship between corruption and human rights, this region can be a treasure trove. As discussed in the previous sections, the Commission has thus far addressed several communications that illuminate the nexus between corruption and human rights abuses. Additionally, other regional human rights mechanisms such as the Committee and Regional

69 Jones (n 2) 321, 321.

70 As above, para 55.

71 See, for instance, Jones (n 2).

72 S T Ebobrah 'Towards a positive application of complementarity in the African human rights system: issues of functions and relations' (2011) 22 *European Journal of International Law* 663,663.

73 M Van Der Haegen 'Building a legal citation network: the influence of the Court of Cassation on the lower judiciary' (2017) 13 *Utrecht Law Review* 65-65.

Economic Communities (RECs) courts have also addressed the connection between corruption and human rights. It is worth looking into the complementary system before the Court and these institutions to see how they influence each other.

#### 4.1.1 The Court and the Commission

Positions diverge when it comes to the interpretation of the African Court Protocol on the relationship between the Court and the Commission. According to Ebobrah, '[t]he hazy usage of complementarity in the African system has attracted more attention in the context of the relationship' between the Court and the Commission.<sup>74</sup> Ebobrah has also characterised the relationship between the Court and Commission as 'peculiar', 'unique', and 'organic'.<sup>75</sup> According to the African Protocol, however, the Court's mandate is interpreted as to 'complement and reinforce' the functions of the Commission,<sup>76</sup> particularly its protective mandate.<sup>77</sup> Thus, the Protocol invokes complementarity as the guiding principle for the relationship between the Court and the Commission. Even so, it provides little to no guidance on the nature and objectives of complementarity as an organising principle.<sup>78</sup>

In this comment it is argued however that the true meaning and implication of complementarity can be found in the practice of the Court. As Juma notes, '[c]omplementarity is normative, it is an aspirational medium for realizing the norms and constitutional goals envisaged under the African human rights system.'<sup>79</sup> He further notes that there are different types of complementarities including 'complementarity in the consideration of communication/ cases'.<sup>80</sup>

#### 4.1.2 The Court and the Committee

The Committee was established in July 2001 to monitor the implementation of the Charter on the Rights and Welfare of the Child.<sup>81</sup> The Committee, like the Commission, is a quasi-judicial body and it draws its mandate from the Charter.<sup>82</sup> Specifically, the Charter empowers the Committee to consider individual communications alleging a violation of any of the rights enshrined in the Charter.<sup>83</sup>

74 Ebobrah (n 72) 665.

75 As above, quoting Österdahl 'The jurisdiction *ratione materiae* of the African Court of Human and Peoples' Rights: a comparative critique' (1998) 7 *Revue africaine des droits de l'homme* 132, 133.

76 Preamble to the African Court Protocol, para 7.

77 Arts 2 and 8 and Preamble, paras 4 and 5 of the African Court Protocol.

78 D Juma 'Complementarity between the African Commission and the African Court' in PALU (ed) *Guide to complementarity within the African human rights system* (PALU 2014) 8.

79 As above.

80 As above, 18.

81 Adopted in 1990 and which came into force in 1999.

82 Article 34-46.

Although the Committee cannot bring cases to the Court, it can request advisory opinions from the Court on legal issues relating to human rights instruments.<sup>84</sup> The Court has referred to the Committee decisions in *The Institute for Human Rights and Development in Africa and the Open Society Justice Initiative (on behalf of children of Nubian descent in Kenya) v Kenya*,<sup>85</sup> when it decided the *Request for Advisory Opinion by the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child*.<sup>86</sup> The Court has also referred to the Committee's decision in the *Centre for Human Rights and Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme v Senegal*<sup>87</sup> in *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes and the Institute for Human Rights and Development in Africa v Mali*.<sup>88</sup>

To date, the Committee has missed the opportunity to address issues of corruption on the human rights of children. This is despite the fact that in the *Institute for Human Right and Development in Africa and Finders Group Initiative on behalf of TFA (a minor) v Cameroon*<sup>89</sup> and in *Dalia Lotfy on behalf Sohaib Emad v Egypt*<sup>90</sup> glaring issues of justice sector corruption were raised but the Committee did not seize the opportunity to make the connections. Reducing corruption is not only necessary for the enjoyment of children's rights in Africa but it is also a human rights obligation. For instance, article 1 of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child, member states are obliged to take 'all necessary measures to implement the Charter'. In its General Comment 5 on state party obligations under Article 1, the African Committee reminds states parties that 'they are expected to demonstrate that they have mobilised, allocated and spent budgets to maximise the fulfilment of all children's rights'.<sup>91</sup> The Committee notes that 'resources for the fulfilment of children's rights are frequently diluted or even diverted' and that

83 Article 44.

84 Article 4 of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights (African Court Protocol) adopted 10 June 1998, entered into force on January 25 2004.

85 Communication 002/2009.

86 (Advisory Opinion) (2014) 1 AfCLR 725.

87 Communication 001/2012.

88 (merits) (2018) 2 AfCLR 380.

89 Communication 002/2015.

90 Communication 001/2016.

91 General Comment 5 on state party obligations under the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (article 1) and systems strengthening for child protection. African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child 6.

corruption ‘dissipates resources that could be available for the fulfilment of children’s rights’.<sup>92</sup>

Recently, the Committee, with the support and partnership of the African Union Advisory Board on Corruption (AU-ABC) and Child Focused Organisations (CFAs) based in Addis Ababa produced a study on *The Impact of Corruption on Children in Africa*.<sup>93</sup> The analytical framework adopted for this report considers various pathways through which corruption may affect children: its conclusion was that ‘corruption significantly reduces the resources available to governments and households to invest in children. Mismanagement and deliberate diversion of public resources is preventing African children from realising their rights’.<sup>94</sup>

#### 4.1.3 The Court and other RECs Courts and Tribunals

Although important, complementarity in regards to the relationship between sub-regional institutions and the traditional continental human rights supervisory bodies, has not been addressed in the Protocol and there is nothing attesting to this in the literature.<sup>95</sup> Other RECs courts have forged relations with the Court, for instance the Court of Justice of the Economic Community of West African States (ECOWAS Court) signed a Memorandum of Understanding and has had exchange visits with the Court to exchange experiences and share judicial knowledge.<sup>96</sup>

Theoretically, decisions of the RECs are not binding on the Court. However, in practice, the Court has on several occasions made references to previous decisions of the RECs courts. For instance, the Court has referred to the East African Court of Justice<sup>97</sup> and the ECOWAS Court.<sup>98</sup> Due to space constraints, this comment focuses on only one of the RECs courts: the ECOWAS Court decision in *SERAP v Nigeria and Universal Basic Education Commission*.<sup>99</sup>

92 General Comment 5 on state party obligations under the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (Article 1) and systems strengthening for child protection. African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child 8.

93 African Union Advisory Board on Corruption and the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child ‘Stolen Futures: The Impact of Corruption on Children in Africa’ [http://www.aumaticorruption.org/uploads/The\\_Impact\\_of\\_Corruption\\_on\\_Children\\_-\\_Final\\_report.pdf](http://www.aumaticorruption.org/uploads/The_Impact_of_Corruption_on_Children_-_Final_report.pdf) (accessed 1 August 2020).

94 As above, 51.

95 Ebobrah (n 72) 670.

96 African Court, Judges Of Ecowas Court Of Justice To Visit The African Court, Press release 23 February 2018, <https://en.african-court.org/index.php/news/press-releases/item/223-judges-of-ecowas-court-of-justice-to-visit-the-african-court> (accessed 10 July 2020).

97 *Katabazi et al v Secretary General of the East African Community and Another Gombert v Côte d’Ivoire* (jurisdiction and admissibility) (2018) 2 AfCLR 270.

98 *Société AGRILAND v Côte d’Ivoire Gombert v Côte d’Ivoire* (jurisdiction and admissibility) (2018) 2 AfCLR 270.

99 *SERAP v Nigeria*, Judgment, ECW/CCJ/APP/12/07; ECW/CCJ/JUD/07/10 (ECOWAS, 30 November 2010) (*SERAP Basic Education*).

The Universal Basic Education Commission (UBEC) was investigated for mismanagement of public funds meant for basic education in ten of the federal states of Nigeria. The details were in a report submitted to the President in 2006. Additionally, in 2007 the Corrupt Practices Commission (ICPC) of Nigeria published a damning report revealing that more than 488 million naira of funds was looted from state offices and UBEC was investigating another 3.1 billion naira looted by senior officials. After reading the report, SERAP decided to file an application with the ECOWAS Court. SERAP contends that this is part of systemic corruption rampant in Nigeria. Part of the application reads as follows:

6. The charge against the first defendant is that she has 'contributed to these problems by failing to seriously address all allegations of corruption at the highest levels of government and the levels of impunity that facilitate corruption in Nigeria.'  
 7. The result is that this has 'contributed to the denial of the right of the peoples to freely dispose of their natural wealth and resources, which is the backbone to the enjoyment of other economic and social rights such as the right to education..... SERAP contends that the destruction of Nigeria's natural resources through large scale corruption is the sole cause of the problems denying the majority of the citizens access to quality education.'<sup>100</sup>

The ECOWAS Court stated that corruption in the education sector has a 'negative impact' on the human right to quality education, as guaranteed by article 17 of the African Charter but does not by and in itself constitute a violation of that right.<sup>101</sup> However, the ECOWAS Court ruled that in order for corruption to be regarded as a human rights violation in and of itself '[t]here must be a clear linkage between the acts of corruption and a denial of the right to education'.<sup>102</sup> The decision has scholars debating its strict interpretation of one of the key challenges in determining whether a human rights violation can occur through corrupt conduct – the issue of causation.<sup>103</sup> Peters is of the view that the ECOWAS Court and other international and regional human rights courts or bodies seized with specific corruption cases have not addressed the question of causation in a systematic way.<sup>104</sup>

## 4.2 Citation analysis

In the section above the comment briefly discussed how the Court relates with the Commission and other courts and tribunals. However, it is still not clear how the Court is influenced by the decisions of these other courts, tribunals and semi-judicial organs. Therefore, to determine the influence of the Commission (as well as other courts and tribunals) on the Court, it is imperative to analyse the citation network of the Court. Building upon previous empirical legal work, this comment turns to artificial intelligence network citation analysis to

100 *SERAP Basic Education*, para 6-7.

101 *SERAP Basic Education*, para 8.

102 *SERAP Basic Education*, para 19.

103 Peters (n 12) see also KE Davis 'Corruption as a violation of international human rights: a reply to Anne Peters' (2018) 29 *European Journal of International Law* 1289-1296.

104 Peters (n 12) 1267.



provide insights into the role of precedent in the decisions of the Court.<sup>105</sup> That is to say, this part uses network of case citations as a means to illuminate the influence of cases from the Commission on the work of the Court. Specifically, the comment searches the network of citations in all 80 contentious majority opinions contained in the two volumes of law reports from 2006 to 2018 and selected just one of the most cited cases to simply demonstrate how network data can aid in the analysis of precedent and its influence in judicial decision-making using a free online network citation software known as 'gephi'.<sup>106</sup>

The use of citation networks to estimate the influence of the Commission's decisions on the Court is based on two established assumptions. The first is that a 'judicial citation contained in an opinion is essentially a latent judgment about the case cited.'<sup>107</sup> The second assumption is that international courts develop their jurisprudence in a similar way as domestic courts.<sup>108</sup>

A caveat is necessary. As is well known from the field of common law, the principle of precedent operates in manifold ways. First, the concept of precedent can be used *stricto sensu* when a lower court is obliged to follow the decisions of a higher court in the same jurisdiction in what is referred to as 'vertical' *stare decisis*.<sup>109</sup> Second, in what has been termed 'horizontal' *stare decisis*, the doctrine is that a court, generally an appellate court, 'must adhere to its own prior decisions, unless it finds compelling reasons to overrule itself.'<sup>110</sup> Third, certain authorities are highly persuasive, that is to say, although they are not legally binding, a court's judgments are still entitled to respect and careful consideration. Persuasive authorities include cases decided in a neighbouring jurisdiction, which a court might evaluate 'without being bound to decide the same way.'<sup>111</sup> This is precisely the way in which the Court has been using precedent from the Commission. This is evident in *Thomas v Tanzania*, where it was confirmed that '[t]he Court is persuaded by the reasoning of the African Commission in *Southern African Human Rights NGO Network v Tanzania*, where it stated that the remedies that need to be exhausted are ordinary remedies'.<sup>112</sup>

In terms of data collection, this comment is using material available from the report of advisory opinions, judgments and other decisions of the Court from the two volumes of the Court's law reports covering the period from 2006 to 2018 (note the volumes covers decisions from 2009, the year the Court delivered its first judgment). Although the

105 JH Fowler & S Jeon 'The authority of Supreme Court precedent' (2008) 30 *Social Networks* 17.

106 Gephi is an open-source software for visualising and analysing large networks graphs, available at <https://gephi.org/users/>.

107 Fowler & Jeon (n 105) 17.

108 Y Lupu & E Voeten 'Precedent in international courts: a network analysis of case citations by the European Court of Human Rights' (2012) 42 *British Journal of Political Science* 413.

109 As above.

110 As above

111 As above.

112 *Thomas v Tanzania* para 64 (emphasis added).

volumes include all the judgments, including separate and dissenting opinions, advisory opinions, rulings, decisions, procedural orders and orders for provisional measures adopted by the Court, this comment only analyses the contentious decisions.<sup>113</sup> The key findings are presented in the paragraphs below.

The Court shares a number of features with other regional courts: it pays attention to precedent.<sup>114</sup> The Court has made reference to previous decisions by other international courts and quasi-judicial bodies,<sup>115</sup> as well as its own past decisions. Table 1 shows the number of contentious cases dealt by the Court, the number of cases that cited the African Commission, the number of communications cited and the number of citations that were made.

**Table 1: Reference by African Court to African Commission communications in contentious cases: 2006-2018**

Period	Total no. of cases	No. of cases that made citations	No. of Communications referred to	No. of citations made by Court
2006-2016	50	10	27	43
2017-2018	30	10	11	19
<b>Total</b>	<b>80</b>	<b>20</b>	<b>38</b>	<b>62</b>

The Court cites precedent based on the legal issue in the case, not the country of origin (See Table 2). It is useful to point out that, only ten out of 55 member states of the AU had ever fully committed to the Court by making a declaration under article 34(6) of the Court Protocol which triggers the Court's jurisdictional competency under article 5(3) to allow access for a limited number of NGOs.<sup>116</sup> Following Rwanda's earlier withdrawal, in November 2019 Tanzania withdrew the

113 It is important to note that although the Court lacks jurisdiction in the majority of the cases filed in its early years due to the Respondent States not having filed a Declaration under article 34(6) these decisions would have been dispensed with administratively by the Registry without a judicial decision, however, all such early decisions are included in volume 1 of the law Reports.

114 For more read TR Tyler & G Mitchell 'Legitimacy and the Empowerment of Discretionary legal authority: the United States Supreme Court and Abortion Rights' (1994) 43 *Duke Law Journal* 703-802.

115 African Commission on Human and Peoples' Rights, African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Commission of Human Rights, European Court of Human Rights, Permanent Court of International Justice, International Justice of Court, East African Court of Justice, ECOWAS Court of Justice, UN Committee Against Torture, UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women, UN Human Rights Committee.

116 Tanzania, Benin, Côte d'Ivoire, Mali, Ghana, Burkina Faso, Tunisia, Malawi and Gambia.

declaration. Benin and Côte d'Ivoire have similarly withdrawn their declaration.<sup>117</sup> Nonetheless, Tanzania remains the country with the highest number of the Court judgments against it. This is because Tanzania is the state with the most cases filed against it by individuals and NGOs.<sup>118</sup>

**Table 2: Issues determined by African Court in contentious cases: 2006-2018**

Issues	2006-2016	2017-2018
Admissibility	4	0
Merit	28	18
Reparations	8	6

The extent to which the Court cites the Commission has undergone a series of changes over time: as the Court develops its own precedents it tends to rely more on its own decisions for precedent. The *Sir Dawda Jawara v The Gambia* case<sup>119</sup> is instructive of this particular dimension. The case was the most cited in the first period of the Court: it was cited in five cases, namely *Thomas v Tanzania*,<sup>120</sup> *Mtikila v Tanzania*,<sup>121</sup> *Konaté v Burkina Faso*,<sup>122</sup> *Nganyi v Tanzania*<sup>123</sup> and *Chacha v Tanzania*.<sup>124</sup> In the second phase, the Court relied on the five cases which were cited in subsequent cases on the same basis of the *Sir Dawda Jawara v The Gambia* principles (see Table 3).<sup>125</sup> This is an indication not only of how the 'Court gradually learned to ground its rulings in the facts and opinions of previous decisions',<sup>126</sup> but also that as the Court matures it refers to its own cases. Nonetheless, when the Court is faced with novel questions based on principles not set out in its prior cases, it often refers to the Commission's precedents.

117 O Windridge 'Under attack? Under the radar? Under-appreciated? All of the above? A time of reckoning for the African Court on Human and Peoples' Rights' *Opinio Juris* <http://opiniojuris.org/2020/05/07/under-attack-under-the-radar-under-appreciated-all-of-the-above-a-time-of-reckoning-for-the-african-court-on-human-and-peoples-rights/> (accessed 27 July 2020).

118 International Justice Resource Center 'As African Court Releases New Judgments, Tanzania Withdraws Individual Access' <https://ijrcenter.org/2019/12/05/as-african-court-releases-new-judgments-tanzania-withdraws-individual-access/> (accessed 28 July 2020).

119 Communication 147/95 and 149/96.

120 *Thomas v Tanzania* (merits) (2015) 1 AfCLR 465.

121 *Tanganyika Law Society, Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R. Mtikila v Tanzania* (merits) (2013) 1 AfCLR 34.

122 *Lohé Issa Konaté v Burkina Faso* (merits) (2014) 1 AfCLR 314.

123 *Wilfred Onyango Nganyi and Others v Tanzania* (merits) (2016) 1 AfCLR 507.

124 *Peter Joseph Chacha v Tanzania* (admissibility) (2014) 1 AfCLR 398.

125 The Court, in its decisions of 2017-2018, for example cited the *Thomas v Tanzania* case 14 times. It cited the *Jawara* case only 5 times.

126 Fowler & Jeon (n 105).

**Table 3: Reference by African Court during 2017-2018 to its own precedents and *Jawara* case**

Case/Communication name	No. of citations by Court	
<i>Thomas v Tanzania</i> <sup>a</sup>	14	
<i>Chacha v Tanzania</i> <sup>b</sup>	12	
<i>Mtikila v Tanzania</i> <sup>c</sup>	9	
<i>Konaté v Burkina Faso</i> <sup>d</sup>	6	
<i>Sir Dawda Jawara v The Gambia</i> <sup>e</sup>	5	
<i>Nganyi v Tanzania</i> <sup>f</sup>	2	

- a. *Thomas v Tanzania* (merits) (2015) 1 AfCLR 465.
- b. *Peter Joseph Chacha v Tanzania* (admissibility) (2014) 1 AfCLR 398.
- c. *Tanganyika Law Society, Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R. Mtikila v Tanzania* (merits) (2013) 1 AfCLR 34.
- d. *Lohé Issa Konaté v Burkina Faso* (merits) (2014) 1 AfCLR 314.
- e. Communication 147/95 and 149/96.
- f. *Wilfred Onyango Nganyi and Others v Tanzania* (merits) (2016) 1 AfCLR 507.

Another important finding is that lawyers are more strongly embedded in case law. The cases involving the Pan African Lawyers Union (PALU) which has litigated the majority of the cases before the Courts, are well grounded in precedent from the Commission and other regional human rights courts such as the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights.

## 5 CONCLUSION AND THE WAY FORWARD

Despite the fact that the Court is ‘not bound by decisions of the Commission and can reach a different decision in the same case’,<sup>127</sup> and that the Court could cite but not follow a case, this comment does illuminate a trend of the citation by the Court of decisions by the Commission during its formative stage. Citation has long been established as a proxy for influence in the legal field.<sup>128</sup> This comment concludes with the proposition that the Commission has significant influence on the Court. Moreover, the comment has also shown that legal practitioners and *amicus curiae* briefs are more inclined toward the use of precedent. Coupled with the fact that it requires the readiness of the litigants to take timely action in order to shape the jurisprudence of Courts. It is now up to litigants and organisations to ‘use precedent

127 A Zimmermann & J Bäumlér ‘Current challenges facing the African Court on Human and Peoples’ Rights’ KAS International Reports, 50 [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=1933766c-dbe1-d244-ef61-47dcb64ce9bb&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=1933766c-dbe1-d244-ef61-47dcb64ce9bb&groupId=252038) (accessed 28 July 2020).

128 R Mott ‘Judicial influence’ (1936) 30 *American Political Science Review* 295-315.

to examine what factors influence the evolution of the law, identify which issues are currently most relevant, and predict what issues might become active in the future' in regard to the corruption-human rights jurisprudence',<sup>129</sup> and how decisions, particularly of the early phase of the Commission that were just one step short of finding corruption as a violation of rights guaranteed under the Charter, can be used by the Court as a barometer and stimulus to expand corruption-human rights jurisprudence.

## **L'arrêt *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c. Mali* en procès**

Yannick Miteo Ngombo\*

<https://orcid.org/0000-0002-6827-3895>

Grâce Muzinga Manzanza\*\*

<https://orcid.org/0000-0002-0862-6740>

**RÉSUMÉ:** Sans remettre substantiellement en cause la décision de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, le présent article évalue la motivation de ladite juridiction ainsi que les réparations qu'elle ordonne à l'État malien dans l'arrêt *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c. Mali*. La contribution revient non seulement sur les «grands silences de l'arrêt» en ce qu'il reste muet sur la portée du droit des peuples à se doter de lois qu'ils estiment appropriées pour leur développement, sur l'étendue de l'exercice de la liberté de religion mais aussi sur la nature même des droits en cause dont l'inobservance est due à un problème structurel longtemps ancré dans la société malienne tout comme dans plusieurs sociétés à travers le monde. La nature des droits en cause aurait dû conduire la Cour à adopter un raisonnement et une solution différents concernant la réparation. Les droits au mariage, à la succession, à la non-discrimination étant intimement liés à la société, la Cour se devait d'analyser leur mise en œuvre progressive par l'État malien en ce que leur éradication ne pourra passer que par l'éducation des masses et la répression adéquate des crimes liés au genre. Par des arguments comparés ainsi que par la nature des droits en cause, la contribution adopte une approche argumentative différente de celle de la Cour. Cette approche suggère qu'il aurait dû être conclu à une violation directe des droits des femmes par le Mali par le fait de sa législation et indirecte par le fait de son inaction dans la mise en œuvre des politiques capables d'éradiquer les coutumes négatives entravant le plein épanouissement des femmes.

\* Assistant à la faculté de droit de l'Université de Kinshasa, Avocat près la Cour d'appel de Kinshasa Gombe. L'auteur est aussi énarque de formation (Ecole nationale d'administration de la RDC) et détenteur d'un Master de spécialisation en droits de l'homme des Universités Catholique de Louvain, Namur et Saint-Louis; miteongombo@gmail.com

\*\* Juriste et Chercheure au Centre de recherches et d'études sur l'Etat de droit en Afrique (CREEDA) et au Centre d'Etudes sur le Règlement des différends internationaux en Afrique (CERDIA); gracemuzinga@gmail.com

**TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:****Reflecting on the Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes and Institute for Human Rights and Development in Africa v Mali judgment**

**Abstract:** Without substantially calling into question the decision of the African Court on Human and Peoples' Rights, this case discussion interrogates the reasoning and measures ordered by the Court on reparation in its judgment in the matter of *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes and Institute for Human Rights and Development in Africa v Mali*. The case note not only revisits the 'main silences of the judgment' namely on the scope of the right of the people to adopt laws that they consider good for their development, on the extent of the exercise of freedom of religion but also on the very nature of the rights in question, the disrespect of which is due to a structural problem long anchored in Malian society as well as in several societies around the world. The nature of the rights involved should have led the Court to adopt a different reasoning and solution. As the rights to marriage, to inheritance, to non-discrimination are intimately linked to society, the Court should have examined their progressive implementation by the Malian state in that their eradication can only be achieved through education of the masses and adequate sanction of gender-related offences. In a comparative perspective and due to the nature of the rights involved, the authors take a different argumentative approach than that of the Court. Such approach suggests that the Court should have found a direct violation of the rights of women by Mali due to its legislation and an indirect violation owing to its inaction in the implementation of policies that are able to eradicate harmful customs hindering the full development of women.

**MOTS CLÉS:** non-discrimination, droits des peuples à disposer d'eux-mêmes, coutumes négatives, liberté de religion, droit au mariage

**SOMMAIRE:**

1	Introduction.....	458
2	Lecture sur la forme .....	460
2.1	De la compétence de la Cour .....	460
2.2	De la recevabilité de la requête.....	462
3	Lecture sur le fond .....	464
3.1	Limites aux droits des peuples à disposer d'eux-mêmes .....	464
3.2	Définition des critères objectifs d'une coutume positive .....	467
3.3	Religion et droits humains .....	468
4	Protection et réparation adéquates .....	471
5	Conclusion .....	474

**1 INTRODUCTION**

«Le fragile édifice de la souveraineté populaire qui fonde la non moins fragile démocratie: Ne risque-t-il pas d'être ébranlé par la mondialisation du droit?» s'interrogeait Antoine Spire.<sup>1</sup> Cette question est cruciale et fonde la problématique des temps présents. La mondialisation appelle à une certaine unification du droit, au respect d'un standard minimal commun de protection des droits humains désormais critère d'un Etat de droit. Cependant les vestiges anciens basés sur des pratiques traditionnelles et religieuses sont souvent aux antipodes de ces droits. Les peuples organisés pendant des siècles en fonction de ces vestiges ancestraux, ne sont toujours pas prêts de s'en défaire au bénéfice du droit régional ou international.

1 <https://citation-celebre.leparisien.fr> (consulté le 6 juillet 2020).

C'est ce à quoi a été confronté l'État malien en 2009 lorsque révisant la loi No 2011-087 portant Code de la famille (CF), il fit face à la grogne populaire. Une partie de la population désirait conserver ses coutumes pourtant manifestement contraires à certaines dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte africaine) et d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme ratifiés par le gouvernement malien.<sup>2</sup> Le Mali finit par adopter en décembre 2011 un nouveau CF maintenant les vieilles coutumes maliennes, pourtant liberticides comme il sera démontré par la suite.

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour africaine) saisie de l'affaire sur requête de deux organisations non gouvernementales de défense des droits humains, l'Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes (APDF) et Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA), condamne le Mali pour violation de ses obligations internationales en rapport essentiellement à l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes et à la protection et la défense du bien-être de l'enfant.<sup>3</sup> Sans remettre en cause la décision de la Cour, qui selon nous reste conforme au droit, il est tout de même à déplorer le manque de rigueur dont a fait montre la Cour dans la motivation de son verdict.

En effet, la Cour africaine exerce un simple contrôle de conventionalité sans prendre en compte les questions pertinentes soulevées par le contexte même de l'affaire, en examinant la conformité au droit régional et international du CF du Mali, la Cour était aussi appelée à se prononcer sur les limites au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, sur le rapport entre droit et religion ainsi que sur les critères objectifs d'une coutume positive. Ainsi cette étude met en procès le présent arrêt, en faisant une lecture tant sur le fond que la forme afin de revenir sur les non-dits de la Cour.

La présente réflexion se distingue des précédentes en ce qu'elle n'aborde pas la nature des réparations accordées par la Cour aux victimes<sup>4</sup> et encore moins la question de la force majeure évoquée par l'État malien en ce que sa législation devrait nécessairement être calquée sur les réalités sociales, quitte à violer les droits humains en la matière.<sup>5</sup> Il est question dans les lignes qui suivent d'analyser ce qu'aurait été l'arrêt de la Cour si elle prenait en compte la nature des droits en cause ainsi que

2 En l'occurrence de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ratifié le 21 octobre 1986, le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique ratifié le 25 novembre 2005 et la Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant ratifié le 29 novembre 1999.

3 *Association pour le progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes et Institute for Human Rights and Development in Africa c. Mali*, Cour africaine (fond 2018), para 135.

4 SH Adjolohoun & S Oré 'Entre imperium illimité et decidendi timoré: la réparation devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2019) 3 *Annuaire africain des droits de l'homme* 318-343.

5 BK Kombo 'Silences that speak volumes: the significance of the African Court decision in APDF and IHRDA v Mali for women's human rights on the continent' (2019) 3 *African Human Rights Yearbook* 389-413.



le problème structurel sous-tendant la discrimination à l'égard de la femme.

## 2 LECTURE SUR LA FORME

La Cour s'est déclarée compétente sans en dire plus, les motifs évoqués par elle notamment pour établir la recevabilité de la requête éclipsent d'autres justifications majeures qui devraient pourtant être mises en surface. Quels sont ces non-dits de la Cour sur la question de compétence (2.1) et sur celle de la recevabilité de la requête (2.2).

### 2.1 De la compétence de la Cour

La Cour était ici appelée à exercer un véritable contrôle de conventionalité de la loi malienne portant CF, une compétence qui serait l'apanage d'une juridiction interne dans le cadre du contrôle de constitutionnalité.<sup>6</sup> En effet, au nom du monisme juridique reconnu par l'État malien, les conventions internationales sont ratifiées, en principe, après mise en conformité ou contrôle de conformité du texte constitutionnel à la convention à ratifier.<sup>7</sup> Qu'est-ce qui justifie ainsi, l'exercice d'une telle compétence par la Cour africaine?

L'article 3(1) portant protocole de la Charte africaine dispose que «[l]a Cour a compétence pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du présent Protocole, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme ratifié par les Etats concernés». Il ressort de cette disposition qu'il doit y avoir un différend et que celui-ci doit porter sur l'interprétation ou l'application d'un droit de l'homme porté aussi bien dans les textes régionaux qu'internationaux ratifiés par l'Etat.

Contrairement à ce qu'a allégué l'Etat malien,<sup>8</sup> la requête des organisations non gouvernementales (ONGs) était non sans intérêt ni en désaccord aux prescrits de l'article précité pour la simple et bonne raison que les questions d'harmonisation des lois internes à la Charte et à tout autre instrument relatif aux droits de l'homme ratifié par les Etats ont un rapport étroit à l'application de ceux-ci. C'est ce que la Cour aurait dû souligner.

Rappelons que l'article 1 de la Charte africaine dispose que: «[l]es États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou

6 Constitution de la République du Mali, 1992 (telle que promulguée par Décret No 92-073/P-CTSP du 27 Février 1992) article 86: 'la Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur la constitutionnalité des lois organiques et des lois avant leur promulgation'.

7 n 6, article 90.

8 n 3, paras 25-28.

autres pour les appliquer». La ratification d'un traité en matière de droits de l'homme par un État a en effet deux implications majeures: d'une part l'adoption de normes positives, et d'autre part, l'abrogation de normes et pratiques qui violent les droits reconnus par celui-ci.<sup>9</sup>

Le Mali a soutenu que sa loi portant CF n'était pas d'application puisque, d'après sa Constitution, les conventions dûment ratifiées ont force supérieure aux lois.<sup>10</sup> Ce à quoi la Cour aurait dû répondre en affirmant qu'elles ne protègent pas des droits théoriques et proclamés mais plutôt des droits concrets et effectifs.<sup>11</sup> Les droits humains ne constituent point des vœux pieux. Leur intérêt réside dans leur effectivité. Les États et la communauté internationale doivent veiller à leur plein respect. A ce titre, la Cour ne doit pas se borner à analyser la simple organisation juridique interne du Mali. Elle doit aussi analyser la mise en œuvre de ces droits humains par ce dernier

En ce qui concerne la notion de différend,<sup>12</sup> l'action des ONGs semblait inopportune dans la mesure où aucun intérêt n'était (encore) manifestement mis en cause, la requête introduite ne tend qu'à demander à la Cour d'obtenir des réformes législatives et non une réparation intégrale suite à une violation d'un droit. La CF nouvellement promulguée n'avait fait aucune victime, de quoi s'interroger sur le fondement même du différend; la Cour s'est pourtant déclarée compétente sans argumenter là-dessus.

Il importe de faire remarquer que dans le cas d'espèce, c'est la simple existence d'une loi qui viole les droits humains. La Cour devrait se fonder, par conséquent, sur l'existence des victimes potentielles du simple fait de la présence dans l'ordre juridique de la loi liberticide portant CF.

Parlant de «victime», la Cour européenne des droits de l'homme (Cour européenne) note que ce critère de «victime» ne devrait pas être «appliqué de façon rigide, mécanique et inflexible».<sup>13</sup> C'est ainsi que dans l'affaire *Marckx c. Belgique*, la Cour européenne souligne que les individus peuvent «soutenir qu'une loi viole leurs droits par elle-même, en l'absence d'acte individuel d'exécution, s'ils risquent d'en subir directement les effets».<sup>14</sup> Madame Marckx se plaignait des discriminations contenues dans le code civil belge en matière de succession des enfants nés hors mariage.<sup>15</sup> Elle avait un enfant né hors mariage et puisqu'encore vivante, les règles de succession à la faveur de son enfant n'avaient pas encore été appliquées. La Cour s'est reconnue

9 L Maillard 'L'arrêt Castañeda Gutman c/ Etats Unis du Mexique rendu par la Cour IDH en date du 8 août 2008: analyse comparée du droit à la protection judiciaire effective' (2012) <https://blogs.parisnanterre.fr> (consulté le 10 juin 2020).

10 n 3, para 22.

11 *Artico c. Italie*, CrEDH (fond, 13 mai 1980) para 33.

12 *Affaires des concessions Mavrommatis en Palestine*, CPJI (fond, 1924) para 11.

13 *Micallef c. Malte*, CrEDH (fond, 15 octobre 2009), para 45; *Karner c. Autriche*, CrEDH (fond, 23 juillet 2003), para 25.

14 *Marckx c. Belgique*, CrEDH (fond, 3 juin 1979) 27.

15 para 25.

compétente du fait de la forte probabilité d'application de cette législation discriminatoire.<sup>16</sup>

De ce qui précède, la Cour africaine avait de quoi renchérir son argumentaire dans l'établissement de sa compétence. Dans le même ordre d'idées d'autres moyens pertinents pouvaient être évoqués pour justifier la recevabilité de la requête dans le cas sous examen.

## 2.2 De la recevabilité de la requête

Se fondant encore sur la suprématie de sa Constitution qui prévoit la supériorité des normes internationales sur les normes internes, le Mali soutient que les requérants auraient dû épuiser les voies de recours internes en saisissant la Cour constitutionnelle.<sup>17</sup> Argument rejeté par la Cour africaine au motif que les ONGs n'ont pas accès à la juridiction constitutionnelle du Mali.<sup>18</sup> Ce faisant, elles n'avaient guère le choix que de recourir aux juridictions internationales. La Cour ellipse pratiquement le fait qu'il s'agit des droits applicables aux individus, personnes physiques et non des droits dont peuvent se prévaloir les ONGs. Elle devrait donc s'interroger sur les causes de l'inexistence de recours introduit par les individus devant la juridiction constitutionnelle malienne.<sup>19</sup> C'est ici que la notion de «pratique administrative»<sup>20</sup> développée par la Cour européenne interviendrait: «la règle de l'épuisement ne s'applique pas lorsqu'il est prouvée l'existence d'une pratique administrative, à savoir la répétition d'actes interdits par la Convention avec la tolérance officielle de l'Etat, de sorte que toute procédure serait vaine ou ineffective».<sup>21</sup> De ce qui précède, on peut retenir que lorsque des violations revêtent un caractère structurel, l'Etat est censé en avoir eu connaissance et s'est abstenu d'intervenir pour y remédier. Il manque de ce fait à son obligation de protection, future horizontale,<sup>22</sup> des droits humains. Vu sous cet angle, l'obligation d'épuisement des voies de recours internes tombe d'office.

Le Mali a aussi opposé aux requérants la tardiveté de leur requête en justice au motif que la loi fut promulguée le 31 décembre 2011 et qu'elles n'ont saisi la Cour africaine qu'en date du 26 juillet 2016,

16 n 14, paras 31.

17 n 3, paras 35-37.

18 n 3, paras 43-45.

19 De la lecture combinée des articles 87, 88 et 90 de la Constitution malienne, il apparaît clairement que les individus (particuliers) ne sont pas cités parmi les personnes compétentes à saisir la Cour constitutionnelle.

20 *Akdivar c. Turquie*, CrEDH (fond, 16 septembre 1996), paras 66-67; *Grèce c. Royaume-Un*, Com. EDH (rapport, 29 septembre 1958), para 182; *Norvège, Suède, Danemark et les Pays-Bas c. Grèce*, Com. EDH (rapport, 5 novembre 1969), para 690.

21 *Chypre c. Turquie*, Cour européenne (10 mai 2001), para 99.

22 F Ost & S Van Drooghenbroeck *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* (2005) 356.

approximativement cinq ans après.<sup>23</sup> La requête devrait donc être déclarée irrecevable, d'après le défendeur.

Se fondant sur l'arrêt de la Cour européenne,<sup>24</sup> la Cour note qu'en cas d'absence de recours effectif, le délai commence à courir à dater de la prise de connaissance des mesures contestées. Dans le cas d'espèce, il s'agit de savoir si ce délai de presque cinq ans est raisonnable. Pour ce faire et comme il est de pratique sur la question, elle adoptera une approche casuistique.<sup>25</sup> Elle conclut qu'eu égard au climat de terreur qui régnait dans le pays, les requérants avaient besoin de temps pour procéder à l'analyse de la conformité du CF malien aux engagements internationaux souscrits par ce dernier.<sup>26</sup> Argument que nous trouvons aussi léger qu'insuffisant. *L'Institute for Human Rights and Development in Africa*, l'un des requérants, a son siège en Gambie. Il échappe de ce fait à toute forme de pression insurmontable pouvant provenir de l'Etat malien. Aussi, en cas de menaces, les requérants pouvaient demander à la Cour le secret de leur identité en comparant par devant elle sous anonymat.<sup>27</sup> Le dernier argument pourfendeur de la thèse avancée par la Cour est qu'à l'ère des nouvelles technologies de l'informations et de la communication, il est aisé d'avoir accès aux informations nécessaires sans beaucoup d'efforts. Aussi de nos jours, il existe toute une panoplie des rapports internationaux sur les violations des droits des femmes et enfants au Mali auxquels se référer.<sup>28</sup>

La Cour aurait dû recourir à la théorie de la protection effective<sup>29</sup> des droits humains au Mali et aussi à la théorie de la «violation continue»<sup>30</sup> des droits des femmes et jeunes filles du à l'existence de cette loi liberticide pour écarter l'argument de la tardiveté de la requête. On parle de violation continue quand on est devant une situation contraire aux droits humains et contre laquelle il n'existe pas de recours effectifs.<sup>31</sup> En effet, en matière de violation continue, le délai pour saisir

23 n 3, para 46.

24 *Baghli c. France*, CrEDH, 30 novembre 1999, para 31.

25 *Affaire Zongo et autres c. Burkina Faso*, Cour africaine (exceptions préliminaires 21 juin 2013), para 121; *Alex Thomas c. la République-Unie de Tanzanie*, Cour africaine (20 novembre 2015), para 73; *Abubakari c. la République-Unie de Tanzanie*, Cour africaine (arrêt du 3 juin 2016) para 91.

26 n 3, para 54.

27 Art 10(1) du protocole portant création de la Cour africaine. Aussi, art 43(2) du règlement intérieur de la Cour.

28 A titre d'exemple, citons: 'Les effets des pratiques religieuses et traditionnelles liées au mariage des enfants sur le développement socio-économique de l'Afrique, un examen de la recherche, des rapports et des boîtes à outils tirés de l'Afrique', Union africaine (rapport, octobre 2015); 'Analyse Situationnelle des Droits à la Protection des Enfants à Bamako et Ségou – Mali', Educo, avril 2017. 'Stratégie Genre et Plan d'Action, 2018 – 2020. Fond des Nations Unies pour la population, Sous Cluster Violence basée sur le genre', PNUD-Mali, Bulletin d'information No 2, janvier 2017.

29 *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, CrEDH, (grande chambre, fond, 4 février 2005), paras 110-128.

30 *Varnava et autres c. Turquie*, CrEDH (18 septembre 2009), para 59. Lire aussi, *Rev. Christopher Mtikila c. République- Unie de Tanzanie*, Cour africaine (arrêt sur le fond du 14 juin 2013).

31 *Lohe Issa Konate c. Burkina Faso*, Cour africaine (5 décembre 2014), para 78.

la Cour recommence à courir tous les jours, jusqu'à cessation de la violation alléguée.<sup>32</sup> Dans le cas d'espèce, le CF est encore en vigueur au moment de la saisine de la Cour. Aussi, dans les faits, les violations demeurent bien présentes.

### 3 Lecture sur le fond

Il sera ici question partant du contexte de l'affaire sous examen, d'aborder la problématique des limites aux droits des peuples à disposer d'eux-mêmes (3.1), du rapport entre droits humains et religion (3.2) et de la définition des critères objectifs de coutume positive (3.3).

#### 3.1 Limites aux droits des peuples à disposer d'eux-mêmes

Au nom de la libre disposition des peuples, ceux-ci ont droit de s'attribuer les lois nécessaires devant présidées au destin de leur nation.<sup>33</sup> Sur cette base, le Mali prétend avoir fait marche arrière en adoptant à rebours et suite aux pressions populaires qui étaient de nature à mettre à mal la paix et la sécurité intérieures du Mali.<sup>34</sup>

Pourtant, sous sa nouvelle configuration, le CF malien viole plusieurs obligations internationales souscrites par le Mali.<sup>35</sup> Il ressort donc de ce fait que plusieurs instruments internationaux de droits humains souscrits par le Mali sont en inadéquation avec le vécu social des habitants.<sup>36</sup> Ces derniers aspirent avoir des règles en parfaite adéquation avec leur quotidien et surtout à titre de la libre disposition des peuples. Aussi, pour se rendre compte de l'amplitude du phénomène, il y a lieu d'insister que ces violations, au-delà d'être des pratiques administratives et sociales sont portées dans une loi qui par définition a un caractère général et impersonnel, et est le fait de l'État lui-même.

32 n 3, para 159.

33 Art 2 commun aux deux pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDCP et PIDESC, en sigles), du 16 décembre 1966.

34 n 3, para 54.

35 Violation de l'âge minimal du mariage pour les filles (article 6(b) du Protocole de Maputo et articles 1(3), 2 et 21 de la Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant (CADBEE); Violation du droit de consentir au mariage (article 6(a) du Protocole de Maputo et article 16(a) et (b) de la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF); Violation du droit à la succession (articles 21(2) du Protocole de Maputo ainsi que les article 3 et 4 de la CADBEE); Violation de l'obligation d'éliminer les pratiques ou attitudes traditionnelles qui nuisent aux droits de la femme et de l'enfant (articles 2(2) du Protocole de Maputo, 5(a) de la CEDEF et 1(3) de la CADBEE).

36 L'article 116 de la Constitution malienne prévoit que les traités dûment ratifiés ont force supérieure aux lois. Malgré cela, le CF malien a pu être adopté sans faire broncher la Cour constitutionnelle malienne.

Ce droit de disposer librement est-il absolu du fait de la souveraineté de chaque peuple? L'État malien a mis en exergue cet argument en invoquant la force majeure suite aux manifestations violentes qui ont secoué le pays et au fait que ça ne servirait pas à grand-chose d'adopter des lois qui n'ont pas d'assises populaires puisqu'elles seront frappées d'une ineffectivité congénitale.<sup>37</sup>

De façon très sommaire, la Cour répondra au Mali en affirmant qu'au regard des textes internationaux portant protection de la femme<sup>38</sup> et des enfants,<sup>39</sup> il lui incombe d'éliminer toutes coutume et pratique négatives.<sup>40</sup> Pire, il se fonde sur la force majeure sans réellement examiner sa véracité, pour affirmer que l'État malien reconnaîtrait par là même sa violation de ses obligations internationales.<sup>41</sup>

Nous estimons pour notre part que la Cour aurait dû et au nom des exigences du droit à procès équitable qui oblige la juridiction à motiver suffisamment sa décision,<sup>42</sup> écarter l'argument de la force majeure étant donné que le peuple voulait se donner une réglementation qui rencontre ses pratiques sociales voire religieuses.

Pour se trouver devant un cas de force majeure, il faut que celui-ci soit insurmontable et imprévisible.<sup>43</sup> L'insurmontable peut être prouvée par le fait que les événements étaient de nature à troubler la paix sociale et la paix en République du Mali. Cependant, le caractère imprévisible quant à lui fait cruellement défaut. En effet, les instruments juridiques<sup>44</sup> ratifiés par le Mali mettent une véritable obligation de réaliser les droits des femmes et de protéger femmes et enfants de toutes pratiques et coutumes négatives.

Ces différents instruments mettent à la charge de l'État une obligation progressive de réalisation des droits visant la protection de la femme et des enfants. C'est ainsi que pour fonder ses allégations, les requérants ont avancé des données statistiques<sup>45</sup> visant à établir que le Mali était un État au sein duquel les pratiques nocives envers les femmes et enfants – jeunes filles – étaient courantes. La Cour africaine aurait dû profiter pour procéder à un contrôle de réalisation

37 n 3, 403-404.

38 Il s'agit du protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits de la femme en Afrique (Protocole de Maputo) adopté par la 2ème session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine, Maputo, le 11 juillet 2003 et de la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies et entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

39 La Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant, Adoptée par la vingt-sixième Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA, Addis-Abeba (Ethiopie), juillet 1990.

40 n 3, para 75.

41 n 3, para 76.

42 M-A Beernaert & F Krenc *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (2019) 147-149.

43 J Van Zuylen 'La force majeure en matière contractuelle: un concept unifié? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais' (2013) 8 *Revue générale de droit civil belge* 406-421.

44 n 2.

progressive en se fondant sur les statistiques et les rapports annuels fournis par l'Etat du Mali et les institutions agréées de statistiques en la matière, à l'instar du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD).<sup>46</sup> Ainsi, s'agissant de l'interprétation authentique du droit «au meilleur état de santé susceptible d'être atteint», le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) recommande «d'adopter et de mettre en œuvre au niveau national, une stratégie et un plan d'action en matière de santé publique reposant sur des données épidémiologiques ... Cette stratégie et ce plan d'action seront mis au point et examinés périodiquement dans le cadre d'un processus participatif et transparent; ils comprendront des méthodes (telles que le droit à des indicateurs et des critères de santé) permettant de surveiller de près les progrès accomplis».<sup>47</sup>

Ce même raisonnement est systématiquement suivi depuis lors par plusieurs juridictions nationales.<sup>48</sup> La Cour africaine a donc manqué de délicatesse en ne contrôlant pas l'existence d'une politique d'enseignement et d'éducation des masses, d'analyser les fonds budgétaires alloués à la promotion et la protection des droits des femmes et des jeunes filles. Ce que nous trouvons désolant d'autant plus qu'elle a la compétence pour le faire.

A ce jour donc, eu égard aux non-dits de la Cour, nous pouvons soutenir que la liberté de disposer de soi-même à travers ses lois ne peut emporter l'obligation supra constitutionnelle et législative de respecter les droits humains, en particulier ceux dont la violation présente un intérêt pour la société internationale prise dans son ensemble.<sup>49</sup> Nous sommes donc véritablement dans l'ère de l'Etat de droit des droits de l'homme. Un Etat dont la législation est assise sur le respect des droits humains substantiels.

45 n 3, para 61: 'Les requérants soulignent que selon un sondage réalisé par la Banque mondiale au Mali entre 2012 et 2013, 59,9% des femmes âgées de 18-22 ans se sont mariées avant 18 ans, 13,6% à l'âge de 15 ans et 3,4% avant d'atteindre 12 ans'.

46 Ce dernier a publié son dernier rapport sur le Mali en 2018. PNUD-Mali: Stratégie Genre et Plan d'Action, 2018 – 2020.

47 Comité DESC, Observation générale No 14 portant sur 'le meilleur état de santé susceptible d'être atteint, article 12 du PIDESC' (2000), para 43.

48 *Government of the Republic of South Africa and others v Grootboom and Others* 11/00, 2000 (CC) (note 2000); *Ben Jazzia et Belili c. Espagne* 10/15 (CC) (2017); *Kenneth George and others v Minister of Environmental Affairs & Tourism* (CC) (2007).

49 Nous faisons allusion aux obligations *erga omnes* et aussi aux droits humains *indérogeables* comme l'interdiction de la privation arbitraire de la vie, l'interdiction de la torture, de l'esclavage, des travaux forcés etc.

### 3.2 Définition des critères objectifs d'une coutume positive

Le Mali a manqué à son obligation d'éradiquer les coutumes dites négatives, affirme la Cour. En même temps, elle ellipse le fait que la Charte africaine<sup>50</sup> ainsi que la Charte de la renaissance culturelle africaine<sup>51</sup> promeuvent respectivement les coutumes et valeurs africaines afin de mettre le continent berceau de l'humanité à l'abri de la mondialisation écrasante.

Qu'est-ce donc une coutume négative? La Cour passe sous silence cet élément crucial au dénouement de la présente affaire mais aussi et surtout des affaires à venir. Pour ne pas être arbitraire les règles juridiques doivent non seulement être accessibles mais aussi être d'une fine précision.<sup>52</sup>

De la lecture combinée de ces deux chartes ci-avant mentionnées<sup>53</sup> et de l'avis de la Cour, le droit à la promotion et la protection de la morale et des valeurs traditionnelles africaines «garantit la participation des individus à la vie culturelle de leur communauté et oblige l'État à promouvoir et protéger les valeurs traditionnelles».<sup>54</sup> C'est une obligation stricte renchérit la Cour. Elle poursuit en affirmant que la culture recouvre «le mode de vie d'un groupe particulier dans son ensemble, notamment ses langues, ses symboles comme les modes vestimentaires et de construction d'abris, les activités économiques qu'il mène, la production des moyens de subsistance, les rituels tels que la manière particulière dont le groupe règle les problèmes et pratique les cérémonies spirituelles, son identification à ses propres héros ou modèles et les valeurs communes à ses membres...».<sup>55</sup> Cette protection devrait être renforcée en ce qui concerne la protection des minorités étant donné qu'elles risquent l'assimilation aux peuples majoritaires et donc l'extinction de sa culture.

Tout en nous apportant plus de clarté, ces éclaircissements textuels et jurisprudentiels ne nous renseignent pas sur ce qu'il faut entendre par coutume négative. De l'esprit de l'arrêt sous examen, nous pouvons dire que relève d'une coutume négative, toutes les pratiques et traditions qui violent les droits humains et ne permettent pas le plein épanouissement. Ainsi, toutes pratiques ou traditions consistant à exciser les jeunes filles, les donner en mariage avant l'âge nubile,

50 Arts 17(2) & (3) de la Convention africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée par la dix-huitième Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, Juin 1981.

51 Art 3 de la Charte de la renaissance culturelle africaine, Khartoum, 24 janvier 2006.

52 *Legrand c. France*, CrEDH (26 mai 2011), para 34.

53 Il s'agit de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de la Charte de la renaissance culturelle africaine.

54 *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya*, Cour africaine (26 mai 2017), 177-180.

55 Préambule, paragraphe 9 et articles 3, 5 & 8(a) de la Charte culturelle de l'Afrique, OUA du 5 juillet 1976.



reconnaitre moins de droits aux enfants nés hors mariage qu'à ceux nés dans le mariage, les pratiques de superstitions violant l'intégrité physique des humains devraient être considérées comme négatives. La Cour sans le dire explicitement, le reconnaît en affirmant que «[elle] relève que le droit musulman actuellement applicable dans le territoire de l'État défendeur en matière de succession ainsi que les pratiques coutumières ne sont pas conformes aux instruments ratifiés par ce dernier». <sup>56</sup> La raison étant simple: la violation des droits indérogeables tels que l'interdiction de la torture, de l'esclavage, du droit à ne pas être privé arbitrairement de la vie, etc. Nous établirons un lien plus concret entre ces pratiques et la violation des droits humains dans notre dernier point. Qu'en est-il de l'argument selon lequel ces pratiques se fondent sur la religion?

### 3.3 Religion et droits humains

Le Mali soutient que les organisations musulmanes sont allées en guerre contre les innovations amélioratives apportées au CF. <sup>57</sup> D'après une frange de la doctrine, la Charia qui repose sur la vie du prophète Mahomet, ne s'oppose pas au mariage des enfants: le prophète s'étant lui-même marié à une fille mineure. <sup>58</sup> Pour mieux mettre en lumière ce fait, nous reprenons mot pour mot les propos de ses représentants: <sup>59</sup>

En ce qui concerne l'allégation de violation de l'âge minimum de mariage, l'État défendeur soutient que les règles que l'on édicte ne doivent pas occulter les réalités sociales, culturelles et religieuses; que la distinction consacrée par l'article 281 du Code de la famille ne doit pas être considérée comme un abaissement de l'âge du mariage ou une discrimination vis-à-vis de la fille, mais comme une disposition plus conforme aux réalités maliennes; qu'il ne sert à rien d'adopter une législation qui ne sera jamais appliquée ou tout au moins difficilement; que la loi doit être en harmonie avec les réalités socio culturelles; qu'il ne sert à rien de créer un fossé entre les deux surtout que, selon toujours l'État défendeur, à l'âge de 15 ans, les conditions biologiques et psychologiques du mariage sont réunies et cela en toute objectivité,

56 n 3, para 114. Lire aussi *Molla Sali c. Grèce*, CrEDH (9 décembre 2018). L Burgorgue-Larsen et G-F Ntwari 'Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2018) *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 30ème année, n 120, 1 octobre 2019, p 883.

57 n 3, para 64.

58 Le prophète Mohammed a épousé une fille âgée de 9 ans et a donné sa propre fille âgée de 10 ans en mariage. Il est également de notoriété publique que le Prophète a également prescrit que les jeunes filles soient instruites, et que le mariage ne se fasse jamais au détriment de l'instruction. Dans les deux cas, les filles âgées de neuf et 10 ans – bien que mariées, ont un droit à l'instruction, et le mariage [du prophète lui-même] ne fut consommé que lorsque sa femme a atteint ses 18 ans, et sa propre fille 19 ans. 'Les effets des pratiques religieuses et traditionnelles liées au mariage des enfants sur le développement socio-économique de l'Afrique', n 20, paras 17-18.

59 n 3, para 66.

sans aucune sympathie pour les propos tenus par certains milieux islamistes.

Ayant à l'esprit les discriminations sociales dues au fait de la religion, l'État malien a subtilement organisé son droit afin de ne pas permettre un contrôle rigoureux des mariages célébrés par le ministre du culte. En effet, on n'exige pas à ceux-ci de vérifier le consentement des deux époux avant de célébrer le mariage.<sup>60</sup> Cette même condition est pourtant rigoureusement exigée à l'officier de l'état civil.<sup>61</sup> A l'article 750 du CF querellé, compétence est donnée à la loi islamique à travers ses ministres de culte afin de célébrer les mariages sans contrôle préalable de consentement.<sup>62</sup>

Aussi, en matière de succession, le CF va plus loin en prévoyant qu'il ne s'appliquera que si «la religion ou la coutume n'est pas établie par écrit, par témoignage, par le vécu ou la commune renommée ou si, de son vivant, le défunt n'a pas manifesté par écrit ou par devant témoins sa volonté de voir son héritage dévolu autrement».<sup>63</sup> Or, le droit islamique, «le droit islamique donne à la femme la moitié de ce que reçoit l'homme».<sup>64</sup> En ce qui concerne les enfants, «bien que le nouveau Code de la famille prévoit le partage égal entre l'enfant légitime et l'enfant naturel lors de la succession lorsque celle-ci est régie par les dispositions du Code de la famille, ce droit est rendu illusoire par l'application du régime coutumier ou religieux comme droit applicable à défaut d'un testament contraire».<sup>65</sup>

La question qu'il faut se poser ici et que la Cour a passé sous silence, est celle de la justiciabilité des pratiques religieuses. Etant un domaine délicat et relevant d'une conviction suffisante et profonde,<sup>66</sup> les juges s'abstiennent en principe de les soumettre à un contrôle judiciaire. Il s'agit ici du fort intérieur. Le fort extérieur qui lui est la pratique des hommes de foi ou des religieux, est soumis à un contrôle de conformité afin qu'elles ne troublent point l'ordre public.<sup>67</sup>

60 n 3, para 80.

61 n 3, 80-83.

62 n 3, para 91.

63 n 3, para 96 et art 751 CF malien.

64 n 3, para 97.

65 n 3, para 102.

66 On parle de conviction quand on fait face à 'des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance'; *Folgero et autres c. Norvège*, CrEDH (arrêt 29 juin 2007), para 84; *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni*, CrEDH (1982).

67 Lire avec intérêt *Jehovah's Witnesses of Moscow and others c. Russie*, CrEDH (10 juin 2010). Accepter des pratiques liberticides au nom de l'exercice d'un quelconque droit de l'homme revient à abuser dudit droit, ni plus, ni moins.

Ainsi, le Code légalise les discriminations de fait qui permettent de maintenir les coutumes négatives et permettent d'appliquer le droit musulman qui est, sans conteste, «discriminatoire»<sup>68</sup> et «moyenâgeux».<sup>69</sup> C'est de bon droit que la Cour constate et condamne cette discrimination sous couvert des lois. Tout en reconnaissant être devant un droit musulman, la Cour se limite symptomatiquement à dire de celui-ci qu'«il n'est pas conforme aux instruments ratifiés par [l'Etat malien]».

Au-delà de trancher un litige actuel, la décision de justice, en particulier celle des juridictions suprêmes ou internationales, doit constituer un enseignement pédagogique aux juristes. Elle doit éclairer au mieux les engagements des États et les obligations auxquelles ils sont soumis. Il y va de la sécurité juridique.

La Cour aurait dû évoquer le fait que la religion, dans ses manifestations externes, ne peut porter atteinte à l'ordre public tant national qu'international. Or, cet ordre juridique est fait des normes dont la violation dans le chef d'un individu entraînerait la violation dans le chef de tous les individus, personnes humaines. C'est dans ce registre qu'au nom des droits de générations futures, nous classons l'intérêt supérieur de l'enfant ici mis à mal par l'État malien.

L'intérêt supérieur de l'enfant<sup>70</sup> consiste à mettre à balance tous ses droits et retenir celui ou ceux qui est (sont) le(s) plus favorable(s) à l'enfant. C'est un principe qui rend le texte de la convention sur les droits de l'enfant indivisible. Ainsi, relève de l'intérêt supérieur de l'enfant ce que la convention encourage. Ne relève donc pas de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qu'elle proscrit.<sup>71</sup>

Aussi, discriminer les femmes et enfants aussi bien par le mariage précoce que par les droits de successions, conduit à bien d'abus, à l'instar du mauvais épanouissement physique et social de l'enfant, des atteintes à la vie et à la santé des jeunes filles du fait de la précocité de la maternité, etc. Tous ces faits sont réprimés aussi bien par le Protocole de Maputo,<sup>72</sup> la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes,<sup>73</sup> la Charte africaine sur le droit et le bien-être de l'enfant<sup>74</sup> que par la Convention sur les droits de

68 n 3, para 114.

69 L Burgorgue-Larsen G-F Ntwari 'Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2019) *Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples* 882.

70 Art 3 convention internationale relative aux droits de l'enfant, le 20 novembre 1989.

71 T Hammarberg 'Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant: ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes, Association jeunesse et droit' (2011) 303(3) *Journal du droit des jeunes* 10-16.

72 Arts 1 à 7, 14 & 21 du Protocole de Maputo.

73 Arts 1 à 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, 3 septembre 1981.

74 Arts 3, 4, 10, 11, 14, 16, 19 & 21 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, juillet 1990.

l'enfant.<sup>75</sup> Violer ces droits, c'est violer les droits de l'humanité toute entière.

Du reste, en la matière, la Cour européenne rappelle que «la liberté de religion n'astreint pas les États contractants à créer un cadre juridique déterminé pour accorder aux communautés religieuses un statut spécial impliquant des privilèges particuliers. Néanmoins, un État qui a créé un tel statut doit veiller à ce que les critères pour que ce groupe bénéficie de ce statut soient appliqués d'une manière non discriminatoire»; «Les convictions religieuses d'une personne ne peuvent valoir renonciation à certains droits si pareille renonciation se heurte à un intérêt public important».<sup>76</sup> Quelles solutions pour des problèmes enkystés dans le vécu quotidien des maliens ?

#### 4 PROTECTION ET RÉPARATION ADÉQUATES

Telles que présentées par les requérants et par certaines institutions internationales,<sup>77</sup> les discriminations à l'égard des femmes et jeunes filles au Mali revêtent un caractère structurel. Le droit au mariage est un droit hybride. Tout en étant un droit de nature civile, il revêt un caractère fortement social et culturel. A ce titre, il figure respectivement dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC).<sup>78</sup> Cette brève distinction sera déterminante dans le constat de violation que devrait faire la Cour. En effet, les articles deux aux pactes internationaux ci-avant cités renseignent que l'Etat doit veiller et assurer le respect des droits civils et politiques en adoptant toutes les mesures nécessaires et en organisant des recours effectifs.<sup>79</sup> Pour les droits économiques sociaux et culturels, il doit le faire au maximum de ses ressources économiques et recourir au besoin à la coopération internationale pour ce faire.<sup>80</sup>

La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique explicite mieux les origines de violations portées aux droits des femmes et de jeunes filles aussi bien dans l'héritage que dans et face au mariage. Elle note à cet effet que:<sup>81</sup>

La violence à l'égard des femmes est une manifestation des rapports de force historiquement inégaux entre les femmes et les hommes ayant conduit à la domination et à la discrimination des femmes par les hommes, privant ainsi les femmes de leur pleine émancipation; la nature structurelle de la violence à l'égard des femmes est fondée sur le genre, et que la violence à l'égard des femmes est un

75 Arts 5, 6, 16, 19, 24, 27 & 28 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

76 *Molla* (n 56) paras 155 & 156.

77 *Affaire Zongo et autres c. Burkina Faso*, 17.

78 Art 23 du PIDCP et article 10 du PIDESC, tous du 16 décembre 1966.

79 Art 2 du PIDCP.

80 Art 2 du PIDESC.

81 Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 12 avril 2011, Préambule, 10-11.

des mécanismes sociaux cruciaux par lesquels les femmes sont maintenues dans une position de subordination par rapport aux hommes ...

Et, les instruments régionaux africains relatifs aux droits humains reconnaissent, tout en condamnant toute violation des droits des femmes, que le meilleur moyen d'y remédier et de les prévenir passe par une obligation de réalisation qui consiste pour l'État de sensibiliser, d'éduquer ses populations, afin de changer les mentalités moyenâgeuses des peuples.<sup>82</sup> Cette obligation de réaliser passe par des mesures de mise en œuvre comme nous l'avons ci-avant souligné. Pour contrôler ces mesures, les juges ont innové en recourant au contrôle des politiques publiques, des allocations budgétaires et analyse la progression de réalisation de ces droits au travers des statistiques.<sup>83</sup>

La Cour a le bénéfice d'être la dernière à être mise en place, longtemps après ses consœurs européennes et américaines. Reconnaisant humblement l'importance du dialogue des juges, les Etats africains ont doté celle-ci de la compétence expresse de se référer à d'autres conventions internationales autres que celles régionales.<sup>84</sup>

Triste est de constater que la Cour, après avoir fait référence à certains arrêts de la Cour européenne, n'a pas pris exemple sur celle-ci en ce qui concerne le traitement des affaires portant sur des violations de nature structurelle. En effet, elle a développé le mécanisme des arrêts pilotes qui consiste à analyser une affaire représentative de toutes les autres portant sur le même problème et y apporter une satisfaction équitable en recommandant à l'Etat de prendre des mesures de nature globale afin de réparer et prévenir toutes les violations présentes et futures.<sup>85</sup>

En matière de réparation, la Cour a la compétence d'ordonner toutes les mesures nécessaires afin de mettre fin à toute violation des DH.<sup>86</sup> Aussi, dispose-t-elle de la compétence de faire un suivi de l'exécution de son arrêt et au besoin recourir à la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement pour obtenir l'exécution forcée de ses arrêts contre un Etat qui refuse de s'y conformer.<sup>87</sup>

Après avoir constaté les différentes violations aux droits des femmes et de la jeune fille aussi bien en matière de mariage que de succession, la Cour ordonne sommairement

82 Art 21 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, article 2(f) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, article 2(2) de la Convention de Maputo.

83 *Zarb Adami c. Malte et DH et autres c. République Tchèque*, CrEDH (arrêt du 20 juin 2006).

84 Art 7 du protocole portant création de la Cour africaine.

85 Lire *Résolution 2004/3* sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 12 mai 2004, lors de sa 114<sup>e</sup> session.

86 Art 27(1) du protocole relatif à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples dispose que 'Lorsqu'elle estime qu'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples, la Cour ordonne toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation, y compris le paiement d'une juste compensation ou l'octroi d'une réparation'.

87 Arts 30 & 31 du Protocole de Maputo.

...à l'État défendeur de modifier la loi contestée en l'harmonisant avec les instruments internationaux et de prendre les dispositions utiles afin de mettre fin aux violations constatées ; que la constatation des violations ci-dessus constitue en soi une forme de réparation pour les requérants ; à l'État défendeur de se conformer à ses engagements en vertu de l'article 25 de la Charte, concernant l'information, l'enseignement, l'éducation et la sensibilisation des populations...<sup>88</sup>

De premier abord, le malaise transparait cruellement quand elle affirme que les constatations des violations constituent une forme de réparation pour les requérants. Il s'agit et nous le rappelons des ONGs de droits de l'homme. Elles n'ont pas saisi la Cour pour violation d'un droit lié à leur ONG mais plutôt des droits des individus qui sont violés dans le vécu quotidien et que la loi portant CF a érigé en règle juridique. La satisfaction équitable devrait être une mesure visant à replacer les citoyens, victimes effectives et potentielles de cette loi, dans leur situation originelle. La Cour aurait donc déjà dû, à titre provisoire,<sup>89</sup> ordonner la suspension des articles querellés du CF jusqu'au prononcé de son verdict afin d'éviter que les personnes qui recourront à ces pratiques échappent définitivement à la justice, au motif qu'ils l'ont fait sous couvert de la loi. Là, résiderait la première satisfaction équitable des femmes maliennes.

Les instruments internationaux auxquels est partie le Mali mettent l'accent sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes et de la jeune fille par l'éducation des peuples, étant donné qu'il s'agit le plus souvent d'éradiquer des années de traditions discriminantes. Or, cette obligation d'éduquer les peuples est mise en œuvre en fonction du développement de chaque Etat.<sup>90</sup> La Cour se devait donc d'examiner la capacité budgétaire du Mali et les politiques mises en place afin d'éradiquer les coutumes négatives porteuses des pratiques discriminantes. Il ya lieu, en effet, de s'interroger sur la non mise en œuvre, plus de dix ans après ratification, des obligations découlant du Protocole de Maputo et de la Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant! C'est ainsi que dans l'affaire *Grootboom*, la Cour constitutionnelle sud-africaine astreignait l'Etat à lui présenter un plan d'action en matière de réalisation du droit au logement suite à l'expulsion de madame Grootboom et plusieurs autres

88 n 3, para 135.

89 La tentation d'affirmer que les demanderesses n'ont pas introduite de demande en réparation est grande et que de ce fait la Cour n'a pas le pouvoir de les ordonner unilatéralement. Cependant, l'article 27(2) du Protocole portant création de la Cour africaine dispose que 'dans les cas d'extrême gravité ou d'urgence et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour ordonne les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes'. C'est ainsi que la commission africaine des droits de l'homme et des peuples demanda au Président du Cameroun de veiller à ce que le matériel de la radio Freedom FM ne soit pas endommagé, Communication 290/04, *Open Society Justice Initiative c. Cameroun*, 39e Session ordinaire, <http://caselaw.ihrda.org/fr/doc/290.04>. Dans l'affaire des Ogiek, la Cour a ordonné au Kenya de remettre en vigueur les interdictions sur les transactions foncières dans la forêt de Mau afin de protéger les droits de la minorité Ogiek, Cour africaine, Ordonnance, 15 mars 2015.

90 Ces instruments de protection des droits des femmes et enfants mettent à la charge des Etats des véritables obligations de réalisation progressive afin d'éradiquer les coutumes et pratiques négatives enkystées dans le vécu des peuples.

familles du terrain d'autrui qu'ils occupaient.<sup>91</sup> Devant le comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans l'affaire Ben Jazzia et Belili contre Espagne, le comité a condamné l'Espagne pour violation du droit au logement des requérants dû à l'inexistence des politiques effectives en matière de logement. La quasi-totalité de logis était la propriété des personnes privées. Les moins nantis ne pouvant s'en procurer. Il se dégage à ce jour une justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels à travers leur plan de mise en œuvre.<sup>92</sup> L'État doit démontrer qu'il fait tout ce qui est en son pouvoir pour réaliser les droits économiques, sociaux et culturels.

Un des moyens sûrs pour contrôler la réalisation progressive des droits sociaux, économiques et culturels est l'analyse des données statistiques. Celles-ci nous renseignent par exemple que le taux de mariage des enfants dépasse les 70% au Mali, les taux de fécondité et de mortalité maternelle des adolescentes y sont également élevés.<sup>93</sup> Selon l'UNICEF, au Mali, le mariage des enfants toucherait 72 % de la population (75 % des femmes sont mariées avant 18 ans), avec un léger fléchissement du taux de mariages d'enfants depuis 1987 (80 % des femmes cette année-là se mariaient alors qu'elles avaient moins de 18 ans).<sup>94</sup> Là nous sommes en 2009.

La situation reste de toute apparence inchangée. En effet, l'indice de développement humain classe le Mali 175ème sur 187 et l'indice des inégalités 143ème sur 146ème État au monde. Le coefficient d'inégalité pour le Mali est égal à 33,7%. Le Mali occupe la 50e place sur les 52 pays du continent en terme de parité.<sup>95</sup> Il ne faudrait pas perdre de vue que derrière ces chiffres se cachent un chiffre noir constitué de celles qui ont peur des représsailles et de la vindicte populaire si elles se manifestaient.<sup>96</sup>

## 5 CONCLUSION

La situation qu'a connue le Mali dans le contexte de cette affaire et qui lui a valu une condamnation est loin d'être un cas isolé. La controverse entre droit positif et pratiques coutumières et religieuses a toujours

91 Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, *Government of the Republic of South Africa and others v Grootboom and Others* (judgment of 4 October 2000).

92 Commission internationale de juristes, Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels, étude comparative d'expériences en matière de justiciabilité, Rapport, série droits de l'homme et Etat de droit (2008).

93 UA, Rapport sur 'Les effets des pratiques religieuses et traditionnelles liées au mariage des enfants sur le développement socio-économique de l'Afrique, un examen de la recherche, des rapports et des boîtes à outils tirés de l'Afrique', Octobre 2015, p.88.

94 'Analyse Situationnelle des Droits à la Protection des Enfants à Bamako et Ségou - Mali', Educo (rapport avril 2017) 58.

95 'Stratégie Genre et Plan d'Action', PNUD-Mali (2018-2020) at 7.

96 Fond des Nations Unies pour la population, Sous Cluster Violence basée sur le genre, Bulletin d'information No 2, janvier 2017 1.

existée, ceci se révèle non seulement eu égard à l'interaction au droit international mais même en interne.

Mais alors, il est tout de même plus possible pour les États africains et du monde en général, de faire prévaloir les coutumes et traditions en lieu et place des normes internationales lors qu'elles s'y opposent. Et même face à la montée des mouvements religieux extrémistes à l'instar des partisans de l'État islamique, l'islam radical, des violations structurelles et systématiques des droits de l'homme ne peuvent plus être tolérées aux prétextes religieux. Nous avons en effet atteint un stade de non-retour. Avec la mondialisation du droit, dont le socle reste la protection des droits humains, les gouvernements sont tenus de promouvoir le respect de ces droits, ils sont appelés disons contraints de revoir les règles internes contraires à cet idéal, au risque de voir être engagée leur responsabilité internationale.

Les coutumes et traditions, aussi vieilles soient elles, passent désormais au crible des droits de l'homme, la définition des critères objectifs des coutumes positives s'avère dès lors nécessaire et incontournable. Surtout au sein des pays africains où les pratiques coutumières sont ancrées dans le vécu quotidien. L'arrêt de la Cour africaine dans l'affaire opposant les Mali aux ONGs des droits de l'homme, serait une jurisprudence emblématique, une sentence phare, apportant des réponses aux problématiques cruciales relevant du rapport entre droit et religion, mais aussi aux problématiques liées à l'exercice du droit à l'autodétermination des peuples; hélas, la Cour a fait preuve de passivité.

Car, face à un État tenu à harmoniser sa législation interne en vue de conformer celle-ci aux textes internationaux ratifiés en même temps que confronté à la grogne populaire, le peuple malien désireux de conserver les pratiques coutumières et religieuses manifestement contraires aux droits des femmes et au bien-être de l'enfant, le rôle de la Cour ne pouvait se limiter à un simple contrôle de conventionalité. La Cour devrait creuser les problèmes juridiques posés. En effet, œuvrant dans une région à démocratie au stade embryonnaire, la jurisprudence de l'instance régionale doit constituer une véritable source de droit éclairant les politiques.



# Les ordonnances de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en indication de mesures provisoires dans les affaires *Sébastien Ajavon c. Bénin* et *Guillaume Soro et autres c. Côte d'Ivoire*: souplesse ou aventure?

Samson Mwin Sôg Mè Dabiré\*

<https://orcid.org/0000-0002-1379-0043>

**RÉSUMÉ:** Par les ordonnances de mesures provisoires qu'elle a rendues, respectivement les 17 et 22 avril 2020, dans les affaires *Sébastien Ajavon c. Bénin* et *Guillaume Kigbafori Soro et autres c. Côte d'Ivoire*, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples fait preuve d'une certaine souplesse dans l'indication des mesures provisoires. Cela a fait dire à certains commentateurs que la Cour jouait son avenir en s'immisçant dans des questions politiques ou sensibles. Mais ce fut aussi l'occasion pour les Etats défendeurs, en réaction, de montrer une très grande frilosité, notamment la Côte d'Ivoire qui retire sa déclaration d'acceptation de compétence; le Bénin l'avait déjà fait en mi-mars 2020. Usant alors de l'approche comparative pour commenter ces deux ordonnances dans une perspective critique, la présente contribution analyse les positions problématiques de part et d'autre. Elle en conclut que la jeune Cour africaine songe à une politique jurisprudentielle, à une sorte d'intelligence décisionnelle qui lui permette de rester audacieuse dans sa mission, tout en évitant les écueils d'une témérité sacrificielle.

## TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

**The orders for provisional measures issued by the African Court on Human and Peoples' Rights in the matters of *Sébastien Ajavon v Benin* and *Guillaume Soro and others v Côte d'Ivoire*: flexibility or adventure?**

**Abstract:** In the orders for provisional measures that it issues in the matters of *Sébastien Ajavon v Benin* and *Guillaume Kigbafori Soro and others v Côte d'Ivoire*, on 17 and 22 April 2020 respectively, the African Court on Human and Peoples' Rights demonstrates some flexibility in the issuance of provisional measures. This has led some commentators to suggest that the Court puts its very existence on the line by interfering with political or sensitive issues. The same circumstances also led respondent states, Côte d'Ivoire in particular, to express their irritation, in particular, by withdrawing their declaration of acceptance of the Court's jurisdiction; Benin had

\* Docteur en droit de l'Université de Genève et assistant d'enseignements et de recherches, Coordonnateur du programme de formation continue en droits de l'homme de l'Université de Genève (Suisse). Titulaire d'un LLM en droit international humanitaire et droits de l'homme de l'Académie de droit international humanitaire de Genève (Suisse), du Diplôme en droit international et comparé des droits de l'homme de l'Institut international des droits de l'homme de Strasbourg (France) et d'une Maîtrise en droit public de l'Université Thomas Sankara du Burkina Faso. Nos remerciements à Magloire Somda, à Boukaré Sawadogo et à Aris Somda pour la relecture du document.

already done so in mid-March 2020. In taking a comparative approach to critically comment, this case discussion sheds lights on the problematic positions of both sides. It concludes that the young African Court is attempting to set a law-making policy, a kind of decision-making intelligence that allows it to remain daring in its mission, while avoiding the perils of a sacrificial temerity.

**MOTS CLÉS:** Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, mesures provisoires, Sébastien Ajavon, Guillaume Kigbafori Soro et autres, article 27(2) du Protocole sur la Cour africaine, article 51 du Règlement de la Cour, politique jurisprudentielle

## SOMMAIRE:

1	Introduction.....	477
2	Le minimalisme de la Cour sur les conditions formelles.....	480
2.1	La compétence <i>prima facie</i> .....	482
2.2	L'impossible exception d'irrecevabilité.....	485
3	Le tryptique des conditions matérielles.....	488
3.1	L'extrême gravité ou l'urgence?.....	4858
3.2	L'introuvable dommage irréparable.....	491
4	Conclusion.....	494

## 1 INTRODUCTION

Jamais des ordonnances en mesures provisoires de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (la Cour ou Cour africaine) n'ont fait autant parler d'elles que celles du 17 avril 2020 dans l'affaire *Sébastien Ajavon c. Bénin* (l'affaire Ajavon) ou du 22 avril 2020 dans l'affaire *Guillaume Soro et autres c. Côte d'Ivoire*.<sup>1</sup> La presse africaine comme internationale a fait écho de ces deux ordonnances; elles ont suscité de vives réactions de politiques; et dans le milieu académique, certains n'ont pas manqué de donner leur lecture de ces ordonnances.<sup>2</sup> Si elles ont suscité tant la polémique et eu des implications politiques au Bénin et en Côte d'Ivoire, c'est parce qu'entre autres, certains requérants à l'origine de ces ordonnances sont des personnalités politiques de notoriété dans leur pays, comme Sébastien Ajavon ou Guillaume Soro.

1 *Sébastien Germain Marie Aikoue Ajavon c. Bénin*, CAFDHP (Ordonnance mesures provisoires, 17 avril 2020) (Ordonnance *Ajavon*) & *Kigbafori Soro et autres c. Côte d'Ivoire* (Ordonnance mesures provisoires, 22 avril 2020) (Ordonnance *Guillaume Soro*).

2 'La Cour africaine des droits de l'homme suspend le mandat d'arrêt à l'encontre de Guillaume Soro', *France24*, 22 avril 2020; 'Justice: quand les Etats tournent le dos à la Cour africaine des droits de l'homme', *Jeune Afrique*, 7 mai 2020; ID Salami, 'Le retrait de la déclaration de compétence de la Cour africaine par le Bénin ou le bal des perdants' *Bénin Web TV*, 3 mai 2020; AK Zouapet 'Victim of its commitment ... You, passerby, a tear to the proclaimed virtue: should the epitaph of the African Court on Human and Peoples' Rights be prepared?' (2020) *EJIL: Talk !*; T Davi & E Amani 'Another one bites the dust: Côte d'Ivoire to end the individual and NGO access to the African court' (2020) *EJIL: Talk !*; Centre for Human Rights, 'Centre for Human Rights expresses concern about the withdrawal of direct individual access to the African Court by Benin and Côte d'Ivoire' (2020) <https://www.chr.up.ac.za>; N De Silva & M Plagis, 'A Court in crisis: African States' increasing resistance to Africa's Human Rights Court' (2020) *Opinio Juris*.

A l'origine de l'ordonnance dans l'affaire *Ajavon*, se trouve la requête de Sébastien Ajavon, béninois, administrateur de société et par ailleurs homme politique, résidant à Paris en France sous le statut de réfugié politique. Estimant que lui et son parti politique étaient en train d'être écartés des élections des conseillers municipaux et communaux qui étaient prévues au Bénin pour le 17 mai 2020, Ajavon saisit, le 29 novembre 2019, la Cour africaine alléguant la violation par le Bénin d'un certain nombre de ses droits garantis par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (la Charte africaine), dont entre autres, le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays et le droit à la vie. Le 9 janvier 2020, il introduit une requête aux fins d'octroi de mesures provisoires. Considérant qu'il y avait une extrême urgence liée au risque qu'il soit privé de participer aux élections municipales, il a demandé à la Cour d'ordonner au Bénin, en attente de l'arrêt au fond, entre autres, le sursis à la tenue des élections du 17 mai 2020.<sup>3</sup> La Cour, dans une ordonnance du 17 avril 2020, après avoir rejeté les exceptions préliminaires soulevées par le Bénin et estimé la demande bien fondée, a ordonné le sursis à la tenue des élections du 17 mai 2020 jusqu'à l'adoption d'une décision sur le fond de l'affaire.

A l'origine de l'ordonnance dans l'affaire *Guillaume Soro et autres*, il y a un mandat d'arrêt émis contre Guillaume Soro et des mandats de dépôt décernés contre 19 de ses compagnons politiques et proches. Ils sont accusés d'être auteurs ou complices de détournement de deniers publics, de financement du terrorisme et de faits de présomptions graves de tentative d'atteinte à l'autorité de l'État et à l'intégrité du territoire. Guillaume Soro s'est réfugié en France et ses co-accusés ont tous été arrêtés et placés en détention préventive. Alléguant la violation par la Côte d'Ivoire de leurs droits garantis par la Charte africaine, dont entre autres, le droit à la présomption d'innocence, le droit à la liberté et à la sûreté, le droit à la santé ou le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, ils saisissent, le 12 mars 2020, la Cour africaine d'une requête à des fins de mesures provisoires. Considérant que le mandat d'arrêt contre Guillaume Soro expose celui-ci à une arrestation et à une extradition vers la Côte d'Ivoire où il risque la détention, qui l'empêcherait de faire campagne pour l'élection présidentielle d'octobre 2020 pour laquelle il s'est déclaré candidat, les requérants demandent à la Cour africaine d'ordonner une suspension de l'exécution du mandat d'arrêt. Pour les dix-neuf autres compagnons, ils estiment que leur détention au mépris de leur immunité les contraint à cesser leurs activités politiques. Ils demandent pour cela à la Cour d'indiquer en mesures provisoires, la suspension de l'exécution des mandats de dépôt décernés contre eux et de les mettre en liberté. Le requérant Alain Lobognon, alléguant la grave détérioration de son état de santé, demande à la Cour d'ordonner sa mise en liberté provisoire immédiate.<sup>4</sup> Après avoir rejeté l'exception d'irrecevabilité soulevée par

3 Ordonnance *Ajavon*, paras 5-8, 33-54.

4 Ordonnance *Guillaume Soro*, paras 3-13, 24-26.

la Côte d'Ivoire, la Cour africaine fera droit à la demande en mesures provisoires.<sup>5</sup>

Ces deux ordonnances, bien qu'elles aient été rendues en pleine période de confinement lié à la pandémie de la Covid-19, ont fait un tollé sur le continent africain. Elles ont eu pour conséquence immédiate le retrait par la Côte d'Ivoire de la compétence de la Cour africaine pour connaître des requêtes individuelles et des requêtes émanant des ONG dirigées contre elle (retrait de la déclaration faite en vertu de l'article 34(6) du Protocole portant création de la Cour africaine (Protocole sur la Cour)).<sup>6</sup> Le Bénin qui reprochait à la Cour «de graves incongruités», «la réitération et la récurrence de dérapages», avait déjà, mi-mars 2020, notifié le retrait de sa déclaration qui donne compétence à la Cour pour les requêtes individuelles et des ONG.<sup>7</sup> Désapprouvant ouvertement les deux ordonnances de la Cour africaine, le Bénin et la Côte d'Ivoire ne les ont aucunement respectées. Guillaume Soro a été pénalement condamné, a été privé de ses droits civiques, un nouveau mandat d'arrêt a été émis contre lui et le Conseil constitutionnel a déclaré sa candidature aux élections présidentielles irrecevable.<sup>8</sup> Ses compagnons n'ont pas non plus été libérés. La Cour africaine a dû prendre une nouvelle ordonnance, le 15 septembre 2020, pour exiger le respect de sa première ordonnance et le sursis à l'exécution de tous les actes pris à l'encontre de Guillaume Soro subséquentement à l'ordonnance du 22 avril 2020.<sup>9</sup> Le Bénin, quant à lui, a bel et bien tenu ses élections municipales le 17 mai 2020 sans la participation de Ajavon.

La défiance des États défendeurs et l'onde de choc provoquée par ces deux ordonnances ont pu faire dire que la Cour jouait son avenir, sa légitimité et même sa survie. Certains n'ont pas manqué de qualifier ces

5 Ordonnance *Guillaume Soro*, paras 20-23 et 30-40.

6 Voir le Communiqué du Ministre ivoirien de la Communication et des médias, porte-parole du gouvernement, Sidi Tiémoko Touré du 28 avril 2020: [http://www.gouv.ci/\\_actualite-article.php?recordID=11086&d=5](http://www.gouv.ci/_actualite-article.php?recordID=11086&d=5) (consulté le 23 Novembre 2020).

7 Voir la 'Déclaration du Garde des sceaux, ministre de la justice et de la législation relative au retrait de la déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples pour recevoir les requêtes individuelles et des organisations non gouvernementales' du 28 avril 2020, <https://www.gouv.bj/actualite/635/retrait-benin-cadhp---declaration-ministre-justice-legislation/> (consulté le 23 Novembre 2020). Le Gouvernement béninois, dans les raisons de son retrait de la compétence de la Cour pour les requêtes individuelles, accuse la Cour d'avoir empiété, dans l'affaire *Ghaby Kodeih c. Bénin* (ordonnance du 28 février 2020) la compétence de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires), en entrant en matière sur des questions de recouvrement, de voies d'exécution et d'adjudication dans des affaires de prêts bancaires. L'accusation béninoise vaut son pesant d'or politique, mais la Cour a pu formellement faire reposer sa compétence matérielle sur l'article 3 du Protocole sur la Cour africaine. C'est la conséquence de donner une si large compétence matérielle à une Cour régionale de droits de l'homme.

8 *Décision No CI-2020-EP-009/14-09/CC/SG du 14 septembre 2020 portant publication de la liste définitive des candidats à l'élection du Président de la République du 31 octobre 2020* (2020) Conseil constitutionnel ivoirien.

9 *Guillaume Kigbafori Soro et autres c. Côte d'Ivoire*, CAFDHP (Ordonnance mesures provisoires - 2, 15 septembre 2020).

ordonnances de «suicidaires»<sup>10</sup> et d'autres ont même suggéré l'épithète de la Cour.<sup>11</sup>

Il y a donc l'impression que l'on reproche, dans ces deux affaires, à la Cour soit un excès de zèle et de courage, soit un crime de lèse-majesté. Oser ordonner la suspension d'une élection, de mandats d'arrêt et de dépôt, c'est une première, mais aussi, entend-on en musique de fond de la critique et de l'attitude des États, une dernière pour cette jeune juridiction régionale. La Cour s'est-elle vraiment aventurée en domaines réservés? A-t-elle, par les mesures ordonnées, été assez trop généreuse envers les requérants, voire, a-t-elle eu l'*outréculance de trop*? Ou sont-ce plutôt les États défendeurs, les des 'immixtions' répétées de la Cour dans des questions jugées 'sensibles', qui trouvent enfin en l'espèce l'*alibi* parfait pour s'affranchir du regard d'un juge devenu trop pesant? Ce semble un peu de tout cela. La Cour, de plus en plus, se sent les coudées franches et fait preuve d'audace – non moins critiquable parfois – dans son œuvre prétorienne. Ces deux ordonnances en sont une preuve. Le Bénin lui reproche des «errements et [des] dérapages» répétés, et la Côte d'Ivoire de «graves et intolérables agissements qui portent atteinte à sa souveraineté».<sup>12</sup> La Cour semble avoir été un peu trop généreuse dans les mesures ordonnées ou eu l'*outréculance de trop* et les (Etats) prévenus ont apparemment trouvé l'*alibi*.

A l'examen des deux ordonnances, il est assez clair que ce sont les conditions formelles et matérielles à l'aune desquelles la Cour africaine a ordonné les mesures provisoires qui ont constitué, dans ces affaires, la pierre d'achoppement. C'est une Cour qui s'est autorisée des largesses dans la lecture des conditions d'octroi des mesures provisoires. Ayant soulevé des exceptions préliminaires d'incompétence et d'irrecevabilité, les Etats défendeurs les ont vues toutes rejetées; la Cour n'ayant admis, comme seule condition formelle, que l'existence d'une compétence *prima facie*, avec une impossibilité totale de contester, en matière de mesures provisoires, la recevabilité d'une requête (2). Sur le bien-fondé des mesures conservatoires demandées, les Etats défendeurs ont soutenu que les conditions matérielles n'étaient pas réunies. Mais la Cour n'a pas été de cet avis, considérant qu'elles l'étaient (3).

## 2 LE MINIMALISME DE LA COUR SUR LES CONDITIONS FORMELLES

Les mesures provisoires, encore appelées mesures conservatoires ou mesures d'urgence, sont des mesures qu'un tribunal ou qu'un juge adopte, avant et en attendant le jugement final, en vue d'assurer la sauvegarde d'un droit ou d'une chose. Elles consistent à enjoinde au

10 Salami (n 2).

11 Zouapet (n 2).

12 Voir pour le Bénin, la 'Déclaration du Gardé des sceaux' (n 7) et pour la Côte d'Ivoire, le Communiqué du Ministre ivoirien de la Communication (n 6).

défendeur ou à toutes les parties de s'abstenir de poser certains actes pouvant affecter gravement ou aliéner l'objet du litige. Il s'agit donc d'éviter que, pendant le procès et avant la décision au fond, les droits en cause ne soient compromis ou que le différend ne s'aggrave.<sup>13</sup> Les textes régissant le pouvoir de la Cour africaine d'ordonner des mesures provisoires sont assez sobres. Seul l'article 27(2) du Protocole sur la Cour dispose que «dans les cas d'extrême gravité ou d'urgence et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour ordonne les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes».<sup>14</sup> Cette disposition n'assortit donc les mesures provisoires d'aucune condition formelle. Elle est complétée par l'article 51 du Règlement de la Cour dont l'alinéa 1 dispose que «conformément au paragraphe 2 de l'article 27 du Protocole, la Cour peut, soit à la demande d'une partie ou de la Commission soit d'office, indiquer aux parties toutes les mesures provisoires qu'elle estime devoir être adoptées dans l'intérêt des parties ou de la justice». Cette dernière disposition, en termes de conditions formelles, ne précise que le *locus standi*. Contrairement à ce que pouvait laisser penser le libellé de l'article 27(2) du Protocole sur la Cour, ce n'est pas seulement d'office que la Cour peut ordonner des mesures provisoires. Elle peut aussi le faire à la demande de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission africaine)<sup>15</sup> ou d'individus requérants, comme c'est le cas dans les ordonnances ici sous commentaire. Mais dans tous les cas, quel que soit celui qui les requiert, la Cour dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire en matière de mesures provisoires.

Ainsi, ni le Protocole sur la Cour ni le Règlement de la Cour ne font cas de conditions de compétence ni de recevabilité en droit des mesures provisoires.<sup>16</sup> Pourtant, dans l'affaire *Ajavon*, le Bénin soulève

13 J Salmon (dir) *Dictionnaire de droit international public* (2001) 698, 701-702; R Kolb *La Cour internationale de Justice* (2013) 633.

14 Pour un commentaire de cette disposition, Voir R Nemedeu 'Article 27. Décisions de la Cour' in M Kamto (dir) *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article* (2011) 1467-1480, 1475-1480.

15 *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Grande Jamahiriya Arabe Libyenne Populaire et Socialiste*, CAFDHP (Ordonnance mesures provisoires, 25 mars 2011), (Ordonnance dans l'affaire de la crise libyenne); *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye*, CAFDHP (Ordonnance provisoires, 15 mars 2013) (Ordonnance Saif Al-Islam Kadhafi), même si dans cette ordonnance la Cour a affirmé à tort qu'elle ordonnait les mesures provisoires *suo motu* (Voir paras 16-18 de l'ordonnance et l'opinion individuelle du juge Fatsah Ouguerouz); *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya*, CAFDHP (Ordonnance mesures provisoires, 15 mars 2013) (Ordonnance dans l'affaire du peuple Ogiek).

16 Cela n'est cependant pas une spécificité du système africain des droits de l'homme. Le droit des mesures provisoires dans les autres systèmes régionaux de droits de l'homme et même de certains organes conventionnels onusiens sont aussi, sur ce point, laconiques. Voir pour la Cour européenne des droits de l'homme (Cour européenne), article 39 du Règlement de la Cour; pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour interaméricaine), Voir article 63(2) de la Convention américaine des droits de l'homme et l'article 25 du Règlement de la Cour; pour la Cour de justice de la CEDEAO, Voir article 79 du Règlement de procédure de la Cour; pour le Comité des droits de l'homme, Voir article 92 du Règlement intérieur du Comité; pour le Comité contre la torture, Voir article 108

l'incompétence de la Cour à prononcer des mesures provisoires<sup>17</sup> et dans les deux affaires, les deux Etats défendeurs soulèvent l'irrecevabilité des requêtes.<sup>18</sup> La Cour y répond en rappelant qu'en matière de mesures provisoires elle n'examine que la compétence *prima facie* (2.1.) et qu'on ne peut alléguer aucune exception d'irrecevabilité (2.2.).

## 2.1 La compétence *prima facie*

La Cour africaine, de jurisprudence constante et nonobstant le silence des textes, pose le principe selon lequel elle ne doit avoir qu'une compétence *prima facie* pour ordonner des mesures provisoires. Elle justifie cela en deux temps. D'abord, affirme-t-elle, elle est tenue, «lorsqu'elle est saisie d'une requête, [de procéder] à un examen préliminaire de sa compétence sur la base des articles 3 et 5 du Protocole». <sup>19</sup> Ce serait donc cette obligation, générale, dirait-on, de vérifier d'office sa compétence toutes les fois qu'elle est saisie, cette compétence de sa compétence, qui conduit la Cour à subordonner l'exercice de son pouvoir de prononcer des mesures provisoires à l'existence de sa compétence. L'indication de mesures provisoires relevant d'une procédure incidente dans la procédure de l'affaire au principal, il est pertinent que la Cour vérifie sa compétence. Ensuite, elle explique que cette exigence d'être préalablement compétente pour connaître d'une affaire subit un fléchissement en matière de mesures provisoires: «elle n'a pas besoin, en matière de mesures provisoires, de vérifier qu'elle a compétence au fond, mais *simplement qu'elle a compétence prima facie*». <sup>20</sup> La compétence *prima facie* ici serait donc une sorte de compétence au fond «vue au rabais». La Cour n'explique cependant pas pourquoi, en matière de mesures provisoires, ce n'est

du Règlement du Comité; ou pour la Commission africaine des droits de l'homme Voir article 98 du Règlement de procédure de la Commission (sur la pratique de la Commission en matière de mesures conservatoires, Voir GJ Naldi 'Interim measures of protection in the African system for the protection of human and peoples' rights' (2002) 2 *African Human Rights Law Journal* 1-10.

17 Ordonnance *Ajavon*, paras 12-15.

18 Ordonnance *Ajavon*, paras 23-29; Ordonnance *Guillaume Soro*, para 20.

19 La Cour répète cela comme une antienne dans toutes ses ordonnances en mesures provisoires. Voir par exemple Ordonnance *Ajavon*, para 18; *Dexter Eddi Johnson c. République du Ghana* (Ordonnance mesures provisoires, 28 septembre 2017), para 7.

20 Ordonnance *Ajavon*, para 18; Ordonnance *Guillaume Soro*, par 17. C'est une constance des différentes juridictions internationales d'exiger comme préalable à l'exercice de leur pouvoir d'ordonner des mesures provisoires, une compétence *prima facie*. Voir CIJ, *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* (mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973), (1973) CIJ Recueil, 135, para 22; *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)* (mesures conservatoires, Ordonnance du 3 mars 1999), (199) CIJ Recueil 9, paras 17-18; PHF Bekker 'Provisional measures in the recent practice of the International Court of Justice' (2005) 7 *International Law FORUM du droit international* 24-32, 26-27. La Cour interaméricaine, elle, se contente de vérifier si l'Etat défendeur a accepté ou non sa juridiction: Voir par exemple Cour interaméricaine, Provisional measures regarding Brazil, *Matter of the Penitentiary complex of Curado* (Order du 22 mai 2014), para 1.

pas la compétence « complète » au fond ou la compétence classique qui est exigée, mais simplement une compétence sommaire. C'est plus loin dans les ordonnances que l'on peut lui prêter une raison: « la Cour précise que [les présentes ordonnances sont] de nature provisoire et ne préjugent en rien les conclusions qu'elle pourrait prendre sur sa compétence ». <sup>21</sup> Ce serait donc parce qu'elle se réserve l'examen approfondi de sa compétence dans l'arrêt au fond, qu'elle se contente ici d'une compétence *prima facie*. La raison est laconique et ne dit encore pas pourquoi elle n'examine pas, dès les mesures provisoires, sa compétence entière. Deux raisons complémentaires pourraient expliquer cela. D'abord c'est la nature provisoire des mesures qu'elle est amenée à prendre ici qui justifie le caractère sommaire de l'examen de sa compétence. Au regard de l'urgence, de l'extrême gravité de la situation et des dommages irréparables qu'il faut éviter (article 27(2) du Protocole), il est de bon droit qu'elle ne s'attarde pas sur un examen approfondi de sa compétence. On pourrait même dire qu'il n'est pas opportun qu'elle le fasse, au vu de l'urgence ou de la gravité. C'est la rationalité qui sous-tend les mesures provisoires, qui commande cet examen sommaire de la compétence. Ensuite, vu qu'il arrive que, dans certaines affaires, <sup>22</sup> des aspects de la compétence de la Cour touchent aux questions de fond et que la nature des mesures provisoires est de ne préjuger en rien au fond, n'exiger qu'une compétence *prima facie* se justifie.

Dans sa teneur, cette compétence *prima facie* consiste, pour la Cour, à vérifier que dans l'affaire en cause, elle a une compétence matérielle telle que prévue à l'article 3(1) du Protocole et une compétence personnelle au sens de l'article 5 et souvent de l'article 34(6) du Protocole. La Cour vérifie que les droits dont la violation est alléguée sont garantis par des instruments des droits de l'homme liant l'État défendeur et elle s'assure que le(s) requérant(s) a/ont le *locus standi*. <sup>23</sup> C'est ainsi qu'elle vérifie, lorsque la requête est introduite par des individus ou une ONG, que l'État défendeur a fait la déclaration facultative d'acceptation de la compétence de la Cour pour connaître

21 Ordonnance *Ajavon*, para 72; Ordonnance *Guillaume Soro*, para 41. C'est une antienne que la Cour répète dans presque toutes ses ordonnances en mesures provisoires. Voir exemple *Mulokozi Anatory c. République-Unie de Tanzanie*, (Ordonnance mesures provisoires, 18 novembre 2016), para 19; *Temno Hussein c. République-Unie de Tanzanie*, (Ordonnance mesures provisoires, 11 février 2019), para 19.

22 Exemple: *Ayants droit de feus Norbert Zongo et autres c. Burkina Faso*, CAFDHP (Exceptions préliminaires), para 82.

23 Ici le *locus standi* (la qualité pour saisir la Cour) est différent de celui de l'article 51(1) du Règlement de la Cour évoqué précédemment. Dans le premier cas, il s'agit pour la Cour de vérifier que la requête a été introduite soit par la Commission africaine, soit par un ou des individu(s) ou une ONG contre un État qui a fait la déclaration de l'art 34(6) du Protocole. Tandis que dans le second cas (le *locus standi* au sens de l'art 51(1) du Règlement), la Cour vérifie, lorsque ce n'est pas elle qui a décidé d'office d'ordonner des mesures provisoires, qu'une demande dans ce sens lui a été introduite par la Commission africaine ou par les requérants individus. On peut donc avoir le *locus standi* au sens du Protocole (article 5), sans que le requérant n'ait demandé des mesures provisoires, auquel cas, le *locus standi* au sens de l'article 51(1) du Règlement de la Cour ne sera d'aucune pertinence.



des requêtes individuelles ou des ONG au sens de l'article 34(6) du Protocole.<sup>24</sup>

Dans les ordonnances sous commentaire, la Cour, bien qu'ayant posé le principe de la compétence *prima facie*, n'a vérifié que sa compétence matérielle;<sup>25</sup> probablement parce que la compétence personnelle allait de soi et qu'elle l'avait déjà vérifiée dès les premiers paragraphes des ordonnances.<sup>26</sup> Dans d'autres ordonnances, elle vérifie systématiquement que les compétences matérielle et personnelle sont concrètement établies.<sup>27</sup> Dans tous les cas, dans l'affaire *Guillaume Soro*, l'État défendeur ne conteste pas la compétence de la Cour.

C'est dans l'affaire *Ajavon* que le Bénin «soulève l'incompétence de la Cour de céans en expliquant que la vérification de la compétence *prima facie* de la Cour [doit être] objective et suppose l'existence de violations plausibles de droits de l'homme (...) [I]l soutient que le critère de compétence matérielle (...) exclut toute hypothèse ou circonstances abstraites dans la mesure où le requérant doit caractériser les violations alléguées, ce qui, en l'espèce, n'est pas le cas».<sup>28</sup> Il reproche au requérant, dans ses allégations, de rester dans des conjectures.<sup>29</sup> Ce à quoi la Cour répond qu'à ce stade, il est prématuré «d'examiner le caractère plausible des violations auxquelles l'État défendeur fait référence. Ce caractère plausible, qui renvoie au lien entre les mesures provisoires et la demande au fond, ne s'apprécie, au besoin, que lorsqu'il est question de faire droit ou non aux mesures provisoires sollicitées».<sup>30</sup> Pour la Cour donc, la plausibilité des violations alléguées ou des dommages craints par le requérant pour justifier la demande de mesures provisoires, ne relève pas des conditions formelles du droit des mesures provisoires. Cela relève plutôt des conditions matérielles et entre dans l'appréciation de l'opportunité d'accorder ou non les mesures provisoires demandées. L'argument paraît solide.

La notion de compétence *prima facie* de la Cour n'inclut *a priori* pas l'examen de la compétence territoriale et de la compétence temporelle. La Cour, dans aucune de ses ordonnances, n'esquisse une explication de l'exclusion de ces deux chefs de compétence. Pourquoi ne vérifie-t-elle pas aussi, même de façon sommaire, si elle a *a priori* une compétence territoriale et temporelle? Prononcerait-elle des mesures

24 Voir *Baghdadi Ali Mahmoudi c. Tunisie* (Décision du 26 juin 2012, para 10-12) dans laquelle la Cour rejette la demande en mesures provisoires, parce que la Tunisie n'a pas fait la déclaration d'acceptation de compétence conformément à l'article 34(6) du Protocole. Lorsque c'est la Cour qui décide *proprio motu* d'ordonner les mesures provisoires, donc sans avoir été sollicitée par le requérant, elle vérifie tout de même que le requérant dans l'affaire a le *locus standi*.

25 Ordonnance *Ajavon*, paras 18-20; Ordonnance *Guillaume Soro*, paras 16-19.

26 Voir para 2 de chacune des deux ordonnances.

27 Voir entre autres, Ordonnance dans l'affaire de la crise libyenne, paras 14-19; Ordonnance dans l'affaire Saïf Al-Islam Kadhafi, paras 9-14.

28 Ordonnance *Ajavon*, para 12-13.

29 Ordonnance *Ajavon*, para 14.

30 Ordonnance *Ajavon*, para 21.

provisaires contre un État pour des faits qui se seraient déroulés en dehors du territoire de celui-ci et pour lesquels aucun élément ne permet de lier 'extraterritorialement' cet État? Ou ordonnerait-elle des mesures provisoires pour des allégations de violations qui ont lieu à un moment où l'État défendeur n'était pas (encore) lié par les conventions en cause? Dans quelques affaires, notamment lorsque l'Etat défendeur a entre-temps retiré sa déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour de l'article 34(6) du Protocole, la Cour a pu ou dû connaître subrepticement d'exception d'incompétence temporelle au stade de la demande de mesures provisoires.<sup>31</sup> Même si de manière curieuse, elle aborde la question d'entrée de jeu, dans un point de l'ordonnance intitulé «effet du retrait par l'État défendeur de la déclaration prévue à l'art 34(6) du Protocole», avant même de faire l'examen de sa fameuse compétence *prima facie*, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit ici clairement d'une analyse de sa compétence *ratione temporis*. Il est donc intrigant qu'elle n'inclue pas dans sa notion de 'compétence *prima facie*', un examen sommaire de tous les chefs de compétence (temporelle et territoriale y compris).<sup>32</sup>

En tout état de cause, c'est une Cour africaine qui se montre relativement généreuse dans son approche de la question de compétence en matière de mesures provisoires. Sous le prétexte (non moins valable) de vérifier qu'elle a une compétence *prima facie*, elle ne fait qu'un contrôle sommaire d'une compétence dont la teneur est (re)vue au rabais, et elle est peu sourcilleuse des exceptions d'incompétence soulevées par les États défendeurs. C'est avec cette même flexibilité qu'elle aborde la question de la recevabilité.

## 2.2 L'impossible exception d'irrecevabilité

Dans l'affaire *Ajavan*, le Bénin a soulevé «l'irrecevabilité de la requête tirée de l'absence d'urgence ou d'extrême gravité et de dommage irréparable».<sup>33</sup> A l'appui de cette «exception d'irrecevabilité», il a défini ce que l'on devrait entendre, à son sens, par l'urgence, le préjudice irréparable et l'extrême gravité.<sup>34</sup> En réponse, la Cour africaine souligne «qu'en matière de mesures provisoires, ni la Charte,

31 *Léon Mugesera c. Rwanda*, CAFDHP (Ordonnance mesures provisoires, 28 septembre 2017), para 20; *Ghati Mwita c. République-Unie de Tanzanie*, (Ordonnance mesures provisoires, 9 avril 2020), para 4-5; *Guillaume Kigbafori Soro et autres c. Côte d'Ivoire*, CAFDHP (Ordonnance mesures provisoires - 2, 15 septembre 2020), para 19.

32 On peut toutefois, à la décharge de la Cour, soutenir avec le Professeur Kolb (n 13) 643, que quand il s'agit de mesures provisoires, 'il faut trancher rapidement, aux stades souvent encore très préliminaires de l'instance, sans connaissance approfondie de tous les éléments du dossier. Dès lors, il est nécessaire de s'en tenir à un jugement de ce qui apparaît à première vue (*prima facie*) le plus probable. L'examen plus approfondi suivra'. La vérification sommaire de la compétence doit donc seulement consister en un volet négatif, à savoir s'il y a absence d'une incompétence manifeste et d'un volet positif, s'il y a une 'prépondérance de probabilités que la Cour soit compétente'.

33 Ordonnance *Ajavan*, para 23.

34 Ordonnance *Ajavan*, paras 24-29.

ni le Protocole, n'ont prévu de condition de recevabilité, l'examen desdites mesures n'étant assujéti qu'au préalable de la détermination de la compétence *prima facie*». <sup>35</sup> Elle ajoute que «les articles 27(2) du Protocole et 51(1) du Règlement auxquels se réfère l'État défendeur pour asseoir l'irrecevabilité de la requête constituent, en réalité, les conditions qui permettent à la Cour de faire droit ou non à une demande de mesures provisoires». <sup>36</sup> Par ce dernier élément de réponse de la Cour, qui n'est pas assez claire, on comprend que les articles 27(2) du Protocole et 51(1) du Règlement n'ont pas trait à la recevabilité, mais aux conditions de fond des mesures provisoires. L'argumentaire et le raisonnement du Bénin portent donc sur le caractère infondé de la requête aux fins de mesures provisoires et non sur la recevabilité. Les conditions de recevabilité devant la Cour africaine sont celles prévues à l'article 56 de la Charte africaine auquel renvoie l'article 6(2) du Protocole. La Cour aurait dû être sans ambiguïté à ce sujet. Dans de précédentes ordonnances en mesures provisoires, des États défendeurs, tout en argumentant sur le caractère non ou mal fondé de la requête, ont déjà eu à soutenir l'irrecevabilité de celle-ci, sans que la Cour ne rectifie l'erreur de qualification. <sup>37</sup> Au nom du principe selon lequel la Cour connaît le droit, la Cour africaine devrait requalifier toute exception d'irrecevabilité qui se fonderait sur les conditions de l'article 27(2) du Protocole et non sur les conditions de l'article 56 de la Charte, en moyen de défense portant sur le bien ou mal fondé de la requête.

C'est la Côte d'Ivoire qui a soulevé une véritable exception d'irrecevabilité dans l'affaire *Guillaume Soro*. Elle soutient en effet «que l'un des requérants, Guillaume Kigbafori Soro, n'a pas exercé des recours disponibles qui lui étaient ouverts au plan national (...) [et] que s'agissant des autres requérants, ceux-ci n'ont pas non plus exercé de recours contre l'ordonnance de leur placement en détention préventive». <sup>38</sup> On reconnaît ici l'irrecevabilité fondée sur le non épuisement des voies de recours internes de l'article 56(5) de la Charte. La Cour y répondra en soulignant, comme dans l'affaire *Ajavon*, «qu'en matière de mesures provisoires, ni la Charte, ni le Protocole, n'ont prévu de condition de recevabilité». <sup>39</sup> La même exception d'irrecevabilité avait déjà été formulée par le Malawi dans l'affaire *Charles Kajoleweka*: le Malawi avait demandé à la Cour de rejeter la demande aux fins de mesures provisoires parce que le requérant n'avait «pas épuisé les recours internes». <sup>40</sup> La Cour était passée sous silence, sans aucune explication. Dans une autre affaire, *Thomas Boni Yayi*, le Bénin, État défendeur, avait expressément «soulevé deux exceptions sur la recevabilité de la requête en rapport aux articles 56 de la Charte

35 Ordonnance *Ajavon*, para 30.

36 Ordonnance *Ajavon*, paras 31-32. Elle le répètera dans *Houngue Eric Noudehouenou c. Bénin* (Ordonnance mesures provisoires, 5 mai 2020), para 27.

37 Voir par exemple *XYZ c. Bénin* (Ordonnance mesures provisoires, 2 décembre 2019), para 11 ou la même affaire mais Ordonnance portant mesures provisoires, 3 avril 2020, para 21.

38 Ordonnance *Guillaume Soro*, para 20.

39 Ordonnance *Guillaume Soro*, paras 22-23.

40 *Charles Kajoleweka c. Malawi*, CAFDHP (Ordonnance mesures provisoires, 27 mars 2020), para 16.

et 40 du Règlement intérieur». <sup>41</sup> Là non plus, la Cour n'avait fait aucunement cas, dans son ordonnance, de ces exceptions d'irrecevabilité. C'est donc une première fois, dans les affaires *Ajavon* et *Soro*, que la Cour se prononce sur la question de la recevabilité en matière de mesures provisoires.

Certes, ni le Protocole ni le Règlement de la Cour ne soumettent expressément l'ordonnance de mesures provisoires au respect de conditions de recevabilité. Mais ni le Protocole ni le Règlement de la Cour ne soumettent non plus les mesures provisoires à des conditions de compétence. Cela n'a pas empêché la Cour de poser l'exigence d'une compétence *prima facie*. Pourquoi n'aurait-elle pas institué aussi une recevabilité *prima facie*, une sorte d'examen sommaire de conditions minimales de recevabilité, comme elle le fait pour la compétence? Mieux, l'article 39 du Règlement de la Cour dispose que celle-ci, quand elle est saisie, «procède à un examen préliminaire de sa compétence et des conditions de recevabilité de la requête». Et comme on l'a vu, c'est sur cette exigence d'*examen préliminaire* que la Cour s'est fondée pour ériger son principe de compétence *prima facie*. On peut donc s'étonner que cela ne serve pas à imposer aussi un examen d'une recevabilité *prima facie*. <sup>42</sup> Certes, pour apprécier la recevabilité, il faut que la Cour soit d'abord compétente, et au vu de l'urgence et de la rationalité qui commandent aux mesures provisoires, l'exigence du respect des conditions de recevabilité peut n'être pas opportune. Mais affirmer, comme la Cour le fait, qu'en matière de mesures provisoires, il n'est pas prévu de conditions de recevabilité, sans aucune explication, peut paraître assez curieux et donner l'impression que la Cour se dérobe à sa mission pédagogique. Or un peu de pédagogie dans ses décisions peut aussi aider à leur acceptation par les États défendeurs. Précisons tout de même qu'en n'admettant pas d'exception d'irrecevabilité ici, la Cour reste fidèle à sa jurisprudence en matière de mesures provisoires: jamais, elle n'a fait cas ni accepté d'exception d'irrecevabilité dans une ordonnance portant mesures provisoires.

Par cette simplification des conditions formelles, la Cour fait preuve de largesse en droit de mesures provisoires. En excluant toute exception d'irrecevabilité, en ne faisant qu'un examen sommaire de conditions inflexibles de sa compétence, c'est une Cour africaine un peu minimaliste dans les exigences formelles en matière de mesures provisoires. Qu'en est-il des conditions matérielles?

41 *Thomas Boni Yayi c. Bénin*, CAfDHP (Ordonnance mesures provisoires, 8 août 2019), para 21.

42 Voir SH Adjolahoun 'A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples' Rights' (2020) 20 *African Human Rights Law Journal*, 1-40, 29-30.

### 3 LE TRIPTYQUE DES CONDITIONS MATÉRIELLES

L'un des points d'achoppement dans ces ordonnances a aussi été l'appréciation des conditions matérielles à l'aune desquelles la Cour a octroyé les mesures provisoires demandées. Selon l'article 27(2) du Protocole, c'est en «cas d'extrême gravité ou d'urgence et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes» que la Cour ordonne les mesures provisoires. Il faut donc la réunion de deux conditions cumulatives:<sup>43</sup> l'urgence ou l'extrême gravité *et* le risque de dommages irréparables.<sup>44</sup> Si dans ces ordonnances la condition d'urgence était relativement apparente (3.1.), l'*irréparabilité* des dommages était par contre introuvable (3.2.).

#### 3.1 L'extrême gravité ou l'urgence?

Les conditions d'extrême gravité ou d'urgence sont en principe des conditions alternatives, mais qui sont souvent abordées par la Cour de manière un peu ambiguë. La Cour ne les a pas toujours définies dans ses ordonnances. Mais dans les ordonnances ici sous commentaire, elle tente de les définir, en tout cas de les caractériser. Dans l'ordonnance *Ajavon*, elle fait observer que «l'urgence, consubstantielle à l'extrême gravité, s'entend de ce qu'un 'risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé avant qu'elle ne rende sa décision'. *Il y a donc urgence* chaque fois que 'les actes susceptibles de causer un préjudice irréparable peuvent 'intervenir à tout moment' avant que la Cour ne se prononce de manière définitive dans l'affaire'». <sup>45</sup> Dans l'ordonnance *Soro*, elle fait observer que «l'extrême gravité suppose qu'il y a un 'risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé avant qu'elle ne rende sa décision définitive' et il y a urgence chaque fois que les 'actes susceptibles de causer un préjudice irréparable peuvent intervenir à tout moment avant que la Cour ne se prononce de manière définitive dans l'affaire' en cause». <sup>46</sup> On observe d'emblée que c'est la

43 Même si dans l'affaire Ghaby Kodeih (*Ghaby Kodeih c. République du Bénin*, (Ordonnance mesures provisoires, 23 février 2020, para 42) la Cour a pu laisser penser à tort que toutes les conditions sont alternatives en les énumérant ainsi: 'cas d'extrême gravité ou d'urgence ou lorsqu'il s'avère indispensable d'éviter des préjudices irréparables'. Elle en fera de même dans l'affaire *XYZ c. Bénin* (Ordonnance du 3 avril 2020, para 27).

44 De jurisprudence constante, c'est à l'aune de ces conditions que la Cour africaine a toujours apprécié les demandes en mesures provisoires. On retrouve aussi les mêmes conditions matérielles dans le système interaméricain des droits de l'homme (Voir article 63(2) de la Convention interaméricaine des droits et article 25(1) du Règlement de la Cour interaméricaine) et dans la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme (Voir Y Kaeck & CB Herrera 'Interim measures in the case law of the European Court of Human Rights' (2003) 21 *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 625-676, 631; ou S Watthée *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme* (2014) 219).

45 Ordonnance *Ajavon*, para 61.

46 Ordonnance *Guillaume Soro*, para 33.

même définition que la Cour donne de «l'urgence» dans l'affaire *Ajavon*, qu'elle redonne à 'l'extrême gravité' dans l'affaire *Soro*. Il y aurait donc urgence ou/et extrême gravité s'il y a «un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé avant qu'elle (la Cour) ne rende sa décision».

L'urgence est certes et sans doute consubstantielle à l'extrême gravité: autant l'urgence est très indicative du seuil de gravité d'une situation, autant l'extrême gravité de la situation dit assez de l'urgence qu'il y a à la résorber.<sup>47</sup> Toutefois, la notion d'urgence traduit davantage l'idée d'imminence, de proximité d'un péril dans le temps, avec ce que cela a d'exigence de célérité dans l'action ou la réaction pour y faire face. C'est d'ailleurs la définition que la Cour interaméricaine donne de l'urgence dans sa jurisprudence: «*The 'urgent' nature implies that the risk or threat involved be imminent, which requires that the response be immediate*».<sup>48</sup> C'est sans doute cette idée que la Cour africaine traduit par l'expression d'actes qui «peuvent intervenir à tout moment avant que la Cour ne se prononce». L'extrême gravité, elle, a plus trait à l'idée d'un véritable danger ou d'un réel péril, avec la connotation d'exceptionnalité sous-jacente. Elle côtoie l'urgence lorsqu'elle est d'une telle nature qu'il faille la résorber dans la célérité. Mais qu'il s'agisse de l'urgence ou de l'extrême gravité, la Cour précise, avec justesse, qu'elles doivent être *réelles*. Ce qui exclut le risque purement hypothétique et explique la nécessité d'y remédier dans l'immédiat. Pour donc être constitutive d'une situation qui commande des mesures provisoires, la situation doit aller au-delà du risque éventuel ou virtuel. Les indicateurs du risque doivent être si concordants et si expressifs que l'urgence ou la gravité sont immédiatement perceptibles.<sup>49</sup> Et parce qu'en matière de danger encouru pour exiger des mesures provisoires, il est presque impossible d'avoir une urgence qui ne soit pas due à l'extrême gravité de la situation ou une extrême gravité qui ne commande pas une urgence dans l'action, on concède à la Cour qu'urgence et extrême gravité sont consubstantielles – en théorie du moins. Cela ne dédouane cependant pas la Cour de ne s'être pas donnée

47 C'est pour cela par exemple que le texte français de l'art 63(2) de la Convention interaméricaine parle de 'cas d'extrême gravité requérant la plus grande célérité dans l'action', alors que la version anglaise de la même disposition parle de '*cases of extreme gravity and urgency*'.

48 Provisional measures regarding Ecuador, *Matter regarding two girls of the indigenous people of Taromenane in voluntary isolation*, Cour interaméricaine (Order du 31 mars 2014, para 7). Sur la pratique de la Cour interaméricaine en matière de mesures provisoires, Voir AA Cançado Trindade 'Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme' in G Cohen-Jonathan & J-F Flauss (dir) *Mesures conservatoires et droits fondamentaux* (2005) 145-163.

49 Dans l'affaire *Suy Gohore et autres c. Côte d'Ivoire* (Ordonnance mesures provisoires, du 28 novembre 2019, paras 33-34), les requérants qui avaient des griefs contre la loi ivoirienne qui régit la Commission électorale indépendante (CEI), ont demandé à la Cour africaine d'ordonner, en mesures provisoires, à l'Etat ivoirien de surseoir à la mise en œuvre des instances de la CEI. Ce que la Cour refusera. Constatant que la CEI et ses instances avaient déjà été mises en place au moment de la requête, la Cour a estimé que la demande de mesures provisoires était sans objet et ne révélait pas une situation de gravité et d'urgence.

la peine d'indiquer les nuances qu'il y a entre les deux termes,<sup>50</sup> d'autant que le Protocole en fait des conditions alternatives; cela donnerait plus de lisibilité à sa jurisprudence des mesures provisoires. Dans plusieurs ordonnances, la Cour a souvent synthétisé les conditions matérielles des mesures provisoires en présentant l'urgence et l'extrême gravité de manière successive, avec parfois une simple virgule ou la conjonction «et». Elle a ainsi pu conclure, dans plusieurs affaires, à l'existence d'une urgence et (non pas ou) d'une extrême gravité ou à l'existence d'une *extrême urgence*.<sup>51</sup>

Quand on en vient à l'application des critères de l'urgence ou de l'extrême gravité que la Cour a définis aux faits de chaque affaire, on s'aperçoit que les analyses de la Cour sont assez sommaires. Dans l'affaire *Ajavon*, le requérant considère que l'inexécution par le Bénin de l'arrêt de la Cour africaine du 29 mars 2019<sup>52</sup> l'a empêché de prendre part aux élections législatives du 28 avril 2019 et l'empêchera de prendre part à la très prochaine élection communale du 17 mai 2020. Il estime donc «qu'il existe une extrême urgence résultant de ce qu'il risque d'être privé de participer à ladite élection». Il ajoute que le calendrier électoral a même déjà été publié par la Commission électorale béninoise, pendant que sa requête est pendante devant la Cour africaine.<sup>53</sup> La Cour, dans son analyse, ne dira rien sur cet argument du requérant sur la condition de l'urgence. Dans l'affaire *Soro*, les requérants allèguent que le mandat d'arrêt contre Guillaume Soro expose celui-ci à une arrestation et à une extradition, ce qui l'empêcherait de faire campagne pour la prochaine élection présidentielle d'octobre 2020 pour laquelle il s'est déclaré candidat. S'agissant des autres requérants, ils allèguent que leur détention illégale «les contraint à cesser leurs activités politiques et les empêchent d'exercer leur liberté d'expression». Tout ceci constituerait, prétendent-ils, une «situation d'extrême gravité et d'urgence». <sup>54</sup> Ce que l'État ivoirien conteste, estimant que la situation n'est aucunement grave ni urgente.<sup>55</sup> La Cour notera que dans le cas d'espèce, l'exécution des mandats d'arrêt ou de dépôt contre les requérants «dont l'un d'entre eux, Guillaume Kigbafori Soro s'est déjà pressenti à la compétition électorale et à quelques mois seulement de ces échéances, risque de compromettre gravement l'exercice des libertés et des droits politiques des requérants. A cet égard, la Cour relève que *le cas révèle une situation d'urgence dès lors que lesdites échéances électorales sont*

50 Les deux notions sont certes consubstantielles, la gravité disant assez de l'urgence et vice versa, mais il peut y avoir une 'gravité' qui peut souffrir d'attendre, auquel cas, elle ne serait pas urgente.

51 Ordonnance en mesures provisoires dans *affaire Léon Mugesera c. Rwanda*, para 28; Ordonnance dans *l'affaire du peuple Ogiek*, paras 20-22.

52 La Cour africaine avait, dans une précédente affaire *Ajavon*, rendu un arrêt en faveur du requérant (*Sébastien Germain Ajavon c. Bénin*, arrêt au fond, 29 mars 2019). Dans cet arrêt, la Cour avait, entre autres, ordonné au Bénin d'annuler la décision du juge béninois qui condamnait le requérant à des peines qui le rendait inéligible. Le Bénin n'a pas exécuté cet arrêt de la Cour.

53 Ordonnance *Ajavon*, paras 34.

54 Ordonnance *Guillaume Soro*, paras 24-26.

55 Ordonnance *Guillaume Soro*, paras 27-29.

*prévues pour se tenir dans moins de six mois de la date de la présente requête*». <sup>56</sup> La situation tiendrait ici alors son urgence du fait que les échéances électorales étaient très proches. C'est probablement le même raisonnement que la Cour s'est fait dans l'affaire *Ajavon*, même si elle ne le dit pas expressément, puisqu'au moment du rendu de son ordonnance, on était à un mois des élections communales auxquelles *Ajavon* voulait prendre part. On peut concéder à la Cour qu'il y avait ici, dans les deux affaires, probablement une urgence, tout en regrettant qu'elle ne l'ait dit explicitement dans l'affaire *Ajavon* et qu'elle n'ait pas expliqué davantage l'urgence qu'il y avait, dans l'affaire *Soro*, pour les autres requérants, puisque l'échéance très proche des élections présidentielles concerne surtout Guillaume Soro et pas les autres requérants déjà en détention préventive. C'est quasiment le même examen sommaire qu'elle fait du «dommage irréparable».

### 3.2 L'introuvable dommage irréparable

Dans les ordonnances sous commentaire, la Cour ne définit pas «le dommage irréparable», en tout cas pas abstraitement. Elle ne dit rien de ce qu'elle entend par le 'dommage' ou le 'préjudice' ni de ce qui fait l'*irréparabilité* de celui-ci. Elle se contente, dans l'affaire *Ajavon*, de préciser, au sujet du préjudice irréparable, «qu'il doit exister une probabilité raisonnable de matérialisation». <sup>57</sup>

C'est plutôt dans la définition de «l'urgence» et de «l'extrême gravité» que la Cour insiste sur la condition du 'dommage irréparable': «l'urgence (...) s'entend de ce qu'un risque *réel et imminent* qu'un *préjudice irréparable* soit causé avant qu'elle ne rende sa décision»; «l'extrême gravité suppose qu'il y a un *risque réel et imminent* qu'un *préjudice irréparable* soit causé avant qu'elle ne rende sa décision définitive». <sup>58</sup> C'est donc le préjudice irréparable – en tout cas le risque de sa survenance – qui caractérise «l'urgence» et «l'extrême gravité». Mieux, tel que la Cour l'exprime, mis à part l'élément temporaire – exprimé par la proposition «...avant qu'elle ne rende sa décision» – il y a comme une identité entre l'urgence et le préjudice irréparable. Ce qui ne peut en principe être le cas, puisque l'article 27(2) du Protocole en fait des conditions cumulatives. Il est certes évident qu'il y a un lien de connexion entre les deux conditions: c'est le risque de dommage irréparable qui caractérise l'urgence ou l'extrême gravité de la situation et c'est en vue d'éviter la survenance d'un tel dommage qu'il est urgent de prendre des mesures provisoires. Mais ce lien de connexion ne dispense pas la Cour, une fois qu'elle a esquissé une définition de l'urgence et de la gravité, de préciser les éléments caractéristiques du dommage irréparable, d'autant que c'est autour de cette condition que

56 Ordonnance *Guillaume Soro*, para 35.

57 Ordonnance *Ajavon*, para 63. C'est aussi ce que dit la Cour interaméricaine: 'as regard to the damage, there must be a reasonable probability that it materialize, and it should not fall upon legal interests that are repairable' (Provisional measures regarding Ecuador, para 7).

58 Ordonnance *Ajavon*, para 61; Ordonnance *Guillaume Soro*, para 33.



les mesures provisoires trouvent leur finalité. Elle aurait pu au moins laisser entendre qu'il y a dommage irréparable lorsque, comme le souligne le juge Rafaâ Ben Achour, «le comportement de l'État défendeur risque de causer au requérant un préjudice qu'il sera par la suite très difficile ou impossible d'effacer ou de réparer de manière adéquate». <sup>59</sup> Le dommage tient son *irréparabilité* au moins de la très grande difficulté ou de l'impossibilité de l'effacer ou de le réparer adéquatement, ou encore du fait qu'il «ne soit pas du tout susceptible d'être réparé ou alors qu'il serait inadéquat de ne le compenser que financièrement». <sup>60</sup> Mais la Cour semble se dédouaner en laissant penser qu'elle apprécie la condition de dommage irréparable «dans chaque cas d'espèce»; elle ferait donc une lecture *in concreto*.

Dans l'ordonnance Ajavon, le requérant argue qu'il existe «un risque de violations irréparables de ses droits civils et politiques (...), en l'occurrence, le droit de participer à la direction des affaires publiques de son pays et le droit à la vie». <sup>61</sup> «La Cour considère que l'inexécution de l'arrêt du 29 mars 2019 est génératrice d'un préjudice à l'encontre du requérant dans la mesure où, sans casier judiciaire vierge, il lui est impossible de déposer sa candidature». <sup>62</sup> Cela est sans conteste, puisqu'incapable de faire acte de candidature, le requérant subit un préjudice. Mais la Cour semble faire un pas de trop et même un pas hâtif, lorsqu'elle souligne sans autres motifs «qu'il ne peut, dès lors, être contesté que le risque pour le requérant de ne pouvoir se présenter à l'élection du 17 mai 2020 est réel, tant et si bien que le caractère irréparable du préjudice qui en résultera est indiscutable». <sup>63</sup> Elle tend à déduire du caractère «réel» du risque pour le requérant de ne pas pouvoir se présenter aux élections, «le caractère irréparable du préjudice». Si on convient avec la Cour que le préjudice, pour être irréparable, doit au moins être d'abord réel, sa réalité n'en fait pas pour autant son *irréparabilité*. La Cour n'explique en rien en quoi le préjudice risqué par le requérant sera irréparable s'il a lieu. Elle garde la même posture dans l'affaire Soro. Observant qu'au regard des chefs d'accusation formulés contre eux, les requérants risquaient des peines de réclusion de 20 ans à la prison à vie, que si les mandats venaient à être exécutés, cela risquerait de «compromettre gravement l'exercice des libertés et des droits politiques des requérants», rappelant que la présomption d'innocence devrait bénéficier à l'accusé, <sup>64</sup> la Cour conclut que «le sursis à l'exécution des mandats de dépôt contre les requérants pendant l'instruction, se veut une mesure qui, tout en préservant les droits de tous, éviterait aussi d'aboutir à des conséquences graves et irréparables». <sup>65</sup> Elle ajoute que «dans la situation où se trouvent les requérants, le risque pour eux d'être privés

59 Opinion dissidente du juge Rafaâ Ben Achour (para 14) jointe à l'Ordonnance portant mesures provisoires du 2 décembre 2019 dans l'affaire XYZ c. Bénin.

60 Kolb (n 13) 648.

61 Ordonnance Ajavon, para 45.

62 Ordonnance Ajavon, para 67.

63 Ordonnance Ajavon, para 68.

64 Ordonnance Guillaume Soro, paras 34-37.

65 Ordonnance Guillaume Soro, para 37.

de la jouissance et de l'exercice de leurs droits révèle une situation dont les conséquences imprévisibles peuvent leur causer des *dommages irréparables*». <sup>66</sup> Ici encore, la Cour ne démontre pas l'*irréparabilité* du dommage risqué par les requérants. Elle se fonde sur le risque de violation des droits des requérants pour conclure à l'existence de préjudices irréparables.

Compte tenu du caractère central de la condition du «dommage irréparable» dans le droit des mesures provisoires (faudrait-il le rappeler, non seulement il s'agit d'une condition matérielle, mais aussi l'ordonnance de mesures provisoires a pour finalité d'éviter sa survenance), <sup>67</sup> la Cour devrait être davantage précise et plus étoffée dans son raisonnement à ce sujet. Même si elle ne définit pas *in abstracto* les éléments qui font l'*irréparabilité* d'un dommage, elle aurait pu, dans chaque cas d'espèce, expliquer concrètement en quoi le préjudice risqué sera irréparable s'il survient. <sup>68</sup> Cela lui évite de donner l'impression qu'elle ordonne les mesures provisoires dès qu'il y a un risque réel de dommage pour le requérant ou dès qu'il y a un risque de violation des droits de la Charte. Ce n'est pas ce que prévoit l'art 27(2) du Protocole et ce n'est pas non plus la finalité des mesures provisoires. Le juge Fatsah avait déjà critiqué, dès les premières ordonnances en mesures provisoires de la Cour, ce manque de véritable démonstration de la réunion des conditions matérielles. <sup>69</sup> En dehors des cas de risque de dommages objectivement évidents et irréparables comme en matière de peine de mort, <sup>70</sup> d'atteinte à la santé ou à l'intégrité

66 Ordonnance *Guillaume Soro*, para 38.

67 La Cour le dit elle-même expressément dans l'ordonnance sur les mesures provisoires dans l'affaire *Suy Bi Gohore et autres*, para 27. Cette condition est si centrale, que le Règlement intérieur du Comité des droits (art 92) ne prévoit expressément que cette condition du préjudice irréparable. Il en est de même du Règlement intérieur du Comité contre la torture (art 114(1)) et de celui de la Commission africaine (art 98(1)).

68 Dans l'affaire *Ghaby Kodeih et Nabih Kodeih c. Bénin* (Ordonnance portant mesures provisoires, 28 février 2020, paras 32-36), la Cour fait un assez grand effort dans son argumentaire sur le risque de dommages irréparables. Dans cette affaire, un Tribunal de Cotonou a ordonné, contre les requérants, la démolition de leur immeuble de huit étages. Les requérants demandent à la Cour africaine d'ordonner, en mesures conservatoires, le sursis à exécution de cette décision du juge béninois; ce à quoi la Cour fera droit. Elle «estime que la démolition de l'immeuble qui est une mesure extrême et radicale, causera des préjudices irréparables aux requérants en ce que non seulement ils ont investi d'énormes sommes d'argent dans sa construction, mais également, ils ne percevront sans doute aucune indemnisation en cas d'exécution du jugement» (paras 34). Elle conclut donc que «les circonstances de l'espèce révèlent une situation d'extrême gravité et présentent un risque de préjudices irréparables pour les requérants, si la décision (du juge béninois) (...) venait à être exécutée avant l'arrêt de la Cour dans l'affaire pendante devant elle» (para 35).

69 Voir «Opinion individuelle» du Juge Fatsah Ouguerouz (para 7) jointe à l'ordonnance de la Cour dans l'affaire *Saïf Al-Islam Kadhafi*.

70 Voir entre autres, CAFDHP, *Armand Guéhi c. Tanzanie* (Ordonnance mesures provisoires, 18 mars 2016), paras 19 ss; *Marthine Christian Msuguri c. Tanzanie* (Ordonnance mesures provisoires, 18 novembre 2016), paras 16 ss; *Dexter Eddie Johnson c. Ghana* (Ordonnance mesures provisoires, 28 septembre 2017), paras 16 ss.

physique<sup>71</sup> ou dans des situations de violations graves et systématiques de droits de l'homme,<sup>72</sup> la Cour gagnerait plus en clarté en motivant davantage ses ordonnances, notamment quand il est question de sujets politiques ou sensibles. Cela dissiperait l'impression d'une Cour trop généreuse envers les requérants, et garantirait davantage l'effectivité des ordonnances.

## 4 CONCLUSION

Au terme de l'analyse succincte de ces deux ordonnances, est assez apparente, en conclusion, la générosité avec laquelle la Cour africaine a fait droit aux demandes de mesures provisoires des requérants. A vrai dire, quand on consulte la jurisprudence de la Cour africaine en matière de mesures provisoires, on n'est pas très étonné de sa largesse. La Cour n'est pas très avare quand il s'agit de mesures provisoires. Comme on a pu le mettre en évidence, la largesse de la Cour se manifeste à la fois par l'analyse sommaire qu'elle fait de sa compétence dite *prima facie* et par l'impossibilité de soulever, au stade des mesures provisoires, des exceptions d'irrecevabilité, mais aussi par une approche pas assez, du moins pas toujours, méthodique et pas très stricte des conditions matérielles à l'aune desquelles elle fait droit aux mesures provisoires. Toute cette approche assez *pro victima*, que la Cour fait des conditions du droit des mesures provisoires, repose, en toile de fond, sur un pouvoir de discrétion qu'elle s'est octroyé en la matière. Ce pouvoir discrétionnaire n'est visiblement pas du goût des États, surtout quand il est investi dans des affaires «sensibles» pour ceux-ci comme dans les cas d'espèce. Ce qui peut expliquer les réactions que ces ordonnances ont suscitées dans l'immédiat, notamment les critiques au vitriol des États défendeurs et le retrait par la Côte d'Ivoire de sa déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour suite au retrait du Bénin en mi-mars, au point qu'on peut se demander si, pour les États parties, le contentieux touchant des «questions politiques» sont ou devraient être un domaine dans lequel la Cour ne devrait pas s'immiscer. On peut aussi s'inquiéter que la légitimité et la survie même de la Cour soient en jeu.

Mais à dire vrai, si on peut critiquer le raisonnement de la Cour dans ces ordonnances, on peut difficilement l'accuser d'immixtion dans les affaires politiques et électoralistes des États parties. Quand on habilitte, comme l'ont fait les États parties à la Cour (article 3 du Protocole sur la Cour), une cour à connaître de la violation d'instruments comme la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance ou le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance, c'est pour qu'elle fasse, d'une certaine manière, office aussi de juge des questions politiques et électoralistes. Et quand dans les États, les juges constitutionnel et/ou

71 Comme dans Ordonnance portant mesures provisoires dans l'affaire *Lohé Konaté c. Burkina Faso*, paras 21-22 ou dans l'Ordonnance dans affaire *Léon Mugesera c. Rwanda*, paras 25-28.

72 Comme dans l'Ordonnance dans l'affaire de la crise libyenne (paras 21 ss).

administratif, juges nationaux des élections, font parfois preuve d'une indépendance et d'une impartialité douteuses, on ne devrait pas s'étonner que le prétoire de la Cour africaine devienne une bouée de sauvetage pour les requérants au sujet du contentieux électoral. A la décharge de la Cour et plus rigoureusement, on pourrait plutôt dire qu'elle connaît de questions de droits de l'homme qui naissent de questions politiques ou politiciennes nationales. Dire cela ne signifie cependant pas et aucunement que la Cour africaine ne devrait pas faire preuve de parcimonie sur ces sujets «sensibles». Elle doit même, il semble, songer à avoir une politique jurisprudentielle. Ce n'est pas seulement la défiance des États parties dont elle devient victime qui le dicte. C'est aussi et surtout l'étendue de sa compétence matérielle et, ici, la discrétion dont elle jouit en matière de mesures provisoires qui l'exigent.

En matière de mesures provisoires, la Cour jouit en effet d'un pouvoir discrétionnaire certain qui découle à la fois du Protocole qui la crée (article 27(2)), mais aussi de son Règlement (article 51(1)) et qu'elle se plaît à rappeler systématiquement dans chaque ordonnance. Cette discrétion a une double déclinaison: non seulement elle décide de l'opportunité d'exercer ou non sa compétence en matière de mesures provisoires, mais aussi elle décide, le cas échéant, de quelles mesures concrètes ordonner à l'État défendeur.<sup>73</sup> La Cour pourrait et semble se servir de cette marge de manœuvre pour avoir une sorte de politique judiciaire. Faire œuvre de politique jurisprudentielle ou judiciaire, c'est se préoccuper davantage du sens et des répercussions que peuvent prendre ses décisions au sein des États parties. Cela favorise et exige à la fois une sorte d'intelligence décisionnelle qui, sans intimider le juge, lui permet d'apprécier en quelque sorte le coup d'opportunité de sa décision. Cela permet au juge de mettre une certaine dose de réalisme dans ses décisions et d'avoir une sorte de curseur pour être très entreprenant dans la protection des droits, sans pour autant aller trop loin.<sup>74</sup> Ce devrait être dans la force de l'argumentation et dans la rigueur de la motivation de chaque décision que cette intelligence décisionnelle transparaît. La Cour africaine pourrait aussi faire preuve de tact dans la nature des mesures provisoires qu'elle ordonne, en accordant, mais tout en évitant les écueils de mesures trop vagues et stériles, une certaine marge de manœuvre aux États défendeurs. C'est la posture qui sied quand on opère au milieu d'États où la culture de l'état de droit, de la démocratie et des droits de l'homme est encore approximative. La Cour africaine se doit à la fois de rester assez audacieuse, tout en évitant l'imprudence juvénile d'Icare.

Quant aux décisions de retrait du Bénin – intervenue avant l'ordonnance *Ajavon* – et de la Côte d'Ivoire, elles sont, certainement, regrettables et décevantes. Ces retraits font suite à ceux de la Tanzanie et du Rwanda. Certes, ils n'ont rien de juridiquement illicites, mais il n'en demeure pas moins qu'ils dénotent d'une certaine inconséquence

73 Voir AJ Adeloui 'Les mesures provisoires de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples' (2014) 6 *Revue togolaise des sciences juridiques* 59-85; 74.

74 Zouapet (n 2): 'the judge must know how far they can go without going too far'.

des États: on n'accepte pas la compétence d'une Cour internationale, surtout de droits de l'homme, pour espérer qu'elle soit, de quelque façon, complaisante. C'est pour que celle-ci aide à l'établissement d'un État de droit et cela a un prix: des décisions parfois critiquables, désagréables, audacieuses et même, par moment, intrusives. Mais on devrait les accepter et jouer le jeu.

## Revisiting the *Endorois* and *Ogiek* cases: is the African human rights mechanism a toothless bulldog?

Stella Nasirumbi\*

<https://orcid.org/0000-0002-5163-0892>

**ABSTRACT:** The African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter) has been lauded and criticised in equal measure. One of the distinct features of the Charter, which is absent in other universal and regional human instruments, is the conception of collective rights. The African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) and the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) have handed down decisions in landmark cases such as the *Ogiek* and *Endorois* cases. These decisions are celebrated by affected groups as well as non-governmental organisations (NGOs). However, the Court and Commission's interpretation of the African Charter still leaves some questions unanswered. The Kenyan government has also been reluctant to implement these decisions despite pressure from stakeholders including the United Nations treaty bodies such as the Human Rights Committee and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, as well as NGOs. This case discussion undertakes a desk review of the two cases and relevant literature to provide an analysis of the African human rights framework and to determine whether it is effective in securing the rights of minority and indigenous groups. This analysis focuses on the Commission and the Court's interpretation of the relevant provisions of the African Charter, their implications and the challenges faced in promoting and protecting human rights as envisioned by the Charter. Drawing from the two case studies, the analysis concludes that the existing African human rights mechanism is indeed adequate but more needs to be done to ensure that the rights of minority and indigenous groups are protected. The case discussion also offers recommendations on how the current framework can be improved in this regard.

### TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

#### Réévaluer les affaires *Endorois* et *Ogiek*: le mécanisme africain des droits humains est-il un chien édenté?

**RÉSUMÉ:** La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte africaine) a fait l'objet d'éloges tout autant que de critiques. L'une des particularités de la Charte africaine, que n'ont pas d'autres instruments des droits de l'homme tant universels que régionaux, est la conception des droits collectifs. A cet égard, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour africaine) et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission africaine) ont rendu des décisions dans des affaires emblématiques telles que les affaires *Ogiek* et *Endorois*. Ces décisions sont célébrées par les populations cibles ainsi que par les organisations non gouvernementales (ONG). Cependant, l'interprétation de la Charte africaine par la Cour et la Commission laisse encore quelques questions sans réponse. Le gouvernement kényan a également hésité à mettre en œuvre ces décisions malgré la pression des parties prenantes, notamment les mécanismes des traités des Nations

\* LLB, LLM (Nairobi), LL.M (Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights); [stella.nasirumbi@geneva-academy.ch](mailto:stella.nasirumbi@geneva-academy.ch)

Unies tels que le Comité des droits de l'homme et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que des ONGs. Ce commentaire de décision entreprend une revue documentaire des deux cas et de la littérature pertinente pour fournir une analyse du cadre africain des droits de l'homme et déterminer son efficacité à garantir les droits des groupes minoritaires et autochtones. L'analyse se concentre sur l'interprétation par la Commission et la Cour des dispositions pertinentes de la Charte africaine, leurs implications et les défis rencontrés dans la promotion et la protection des droits de l'homme tels qu'envisagés par la Charte. S'appuyant sur les deux études de cas, l'article conclut que le mécanisme africain des droits de l'homme existant est effectivement adéquat mais qu'il faut faire plus pour garantir que les droits des groupes minoritaires et autochtones soient protégés. L'article fait également des recommandations sur la manière dont le cadre actuel peut être amélioré à cet égard.

**KEY WORDS:** African Charter on Human and Peoples' Rights, collective rights, minorities, indigenous peoples, *Ogiek* case, *Endorois* case

**CONTENT:**

1	Introduction.....	498
2	Indigenous people's right to self-determination .....	499
3	The concept of indigenoussness .....	501
4	Selected indigenous peoples' rights .....	503
4.1	Right to land .....	503
4.2	Right to development .....	505
4.3	The right to natural resources .....	508
5	Implementation status .....	510
5.1	<i>Endorois</i> case.....	510
5.2	<i>Ogiek</i> case .....	512
6	An appraisal of the human rights mechanisms .....	513
6.1	The African Commission .....	513
6.2	The African Court .....	514
6.3	Complementarity between the Court and the Commission.....	515
7	Challenges facing the mechanisms .....	515
8	Way forward .....	516
9	Conclusion .....	518

## 1 INTRODUCTION

The discourse on indigenous peoples' rights is as controversial in the global context as it is regionally. In Africa, governments, scholars and human rights mechanisms still grapple with the content and scope of indigenous rights. Issues such as collective rights, the right to self-determination, the definition of indigenous people and their rights to land, resources and development, are still a subject of debate. Two landmark decisions of the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) and the African Court of Human and Peoples' Rights (African Court) best illustrate these issues. Referred to the Court by the Commission,<sup>1</sup> the *Ogiek* case was the African Court's first case on indigenous peoples' rights,<sup>2</sup> while the *Endorois* case was the first occasion on which the Commission pronounced itself on the right to development.<sup>3</sup> Both cases were brought against the Kenyan government in respect of violation of rights of indigenous peoples – the

1 The case was filed before the Commission in 2009.

2 Application 6/2012, *African Commission on Human and Peoples' Rights v Kenya*, African Court on Human and Peoples' Rights, 26 May 2017 (*Ogiek* case).

3 *Centre for Minority Rights Development and others v Kenya* (2009) AHRLR 75 (ACHPR 2009) (*Endorois* case).

Ogiek and the Endorois communities living in the Mau Forest and the Lake Bogoria region, respectively.

This case discussion acknowledges that indigenous peoples are entitled to a wide range of rights, both individual and collective. However, it deals with the more complex issue of collective peoples' rights, analysing the African framework in this regard. As Anaya notes, while tracing the development of indigenous rights within the modern era of human rights, indigenous peoples continue to seek recognition of their collective rights.<sup>4</sup> This conceptualisation of rights usually collides with the individual/state dichotomy which lingers in society and trickles down to international standards.<sup>5</sup> The African context is unique because Africa embraces collective rights, usually credited to its *ubuntu* culture. As Mutua notes, in Africa, the human being is not an isolated and abstract individual but an integral member of a group animated by a spirit of solidarity.<sup>6</sup> This philosophy of a group-centred individual ensures the existence of the community to perpetuity.<sup>7</sup> Yet African governments still fail to secure indigenous peoples' rights or implement decisions deriving from the African Charter.

This case note is divided into various parts. First, it addresses the question whether indigenous peoples have the right to self-determination. It then looks at the definition of indigenous peoples, both globally and as interpreted in the African context. Next, using the *Endorois* and *Ogiek* cases, the note looks at three specific and related indigenous peoples' rights which are mostly violated by states – the right to land, natural resources and development. The two bodies dealt with various rights including the right to culture and religion, but this contribution limits its discussion to these three rights, relating them to the rights of indigenous peoples to self-determination. Lastly, the note gives an overview of the African human rights mechanisms, focussing on the Commission and the Court. This section critiques the two bodies, noting challenges faced in promoting and protecting rights of indigenous people and offering recommendations to address them.

## 2 INDIGENOUS PEOPLES' RIGHT TO SELF-DETERMINATION

One of the controversial issues raised in the indigenous peoples' rights discourse is the right to self-determination. The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) talk about 'all peoples' having the right to self-determination, but as authors such as

4 JS Anaya *Indigenous peoples in international law* (2004) 59.

5 As above.

6 M Mutua 'Human rights: a political and cultural critique' in J Steiner, P Alston & R Goodman (eds) *International human rights in context: law, politics and morals* (2007) 507.

7 As above.



Castellino note,<sup>8</sup> there is still no clarity as to which ‘people’ are covered – do they include indigenous peoples? Another critical issue is whether self-determination as a right can exist in a post-decolonisation phase, and also, in my opinion, in the non-political sense. Most of the material written on self-determination looks at the concept from a public international law perspective, addressing peoples within a state looking to break away from oppressive regimes – usually associated with colonialism. Self-determination is also analysed from three main standpoints – the creation of independent states, free association of peoples with an existing state, or integration with another state.<sup>9</sup> As Castellino notes, it is ‘colonial peoples’ who first come to mind in discussions of people entitled to self-determination. Yet, as he also correctly notes, indigenous peoples probably have the best case for claiming the right to self-determination and challenging the colonisation rhetoric.<sup>10</sup> Indigenous communities such as the Endorois and Ogiek have lived on their ancestral lands prior to and after colonisation, having stronger claims to the land in question and its resources. Indigenous peoples, bearing similarities with colonial peoples – dispossession of their land and a history of subjugation – should be considered within the meaning of peoples to allow them to benefit from the right to self-determination.

While taking into account literature on this issue, it is important to note that the Endorois and Ogiek communities, similar to other indigenous communities across the continent, did not and do not claim political independence from Kenya, but only claim recognition as a distinct community. They also claim autonomy in the use of and access to their ancestral land to enable their livelihood, culture and religion.<sup>11</sup> This seems to fit well with the contemporary human rights conception of self-determination, particularly that envisaged under article 1(2) of the ICCPR and ICESCR. Accordingly, all peoples have the right to freely dispose of their natural wealth and resources and they should not be deprived of their own means of subsistence. Several authors refer to this as the resource-based right to self-determination,<sup>12</sup> which indigenous people also enjoy.<sup>13</sup> Although I agree with Castellino’s proposed hierarchy, I am of the view that if the Endorois or Ogiek were to claim political self-determination based on article 1 of the ICCPR and the ICESCR, they would theoretically have a viable claim, considering that they inhabit distinct territories, in this case, the Lake Bogoria and Mau Forest areas, respectively. Later in this article, this ‘resource-based right to self-determination’ is discussed in the context of the indigenous peoples’ right to natural resources. This non-political

8 J Castellino ‘International law and self-determination: peoples, minorities, and indigenous peoples’ in C Walter, A von Ungern-Sternberg & K Abushov (eds) *Self-determination and secession in international law* (2014).

9 As above, 37.

10 As above.

11 This was the main thrust of the applicants’ cases before the African Commission and the Court.

12 Castellino (n 8) 38.

13 P Jones ‘Human rights, group rights and peoples’ rights’ (1999) 21 *Human Rights Quarterly* 1, 107

conception of self-determination guarantees access to human rights law while seeking to address issues of personal autonomy.<sup>14</sup>

Despite states' insistence on its traditional conception, the right to self-determination continues to evolve. New variations of the right keep emerging, even promising application to modern forms of oppression such as in events of widespread and consistent denial of rights of recognised groups, including indigenous peoples.<sup>15</sup> While some argue that indigenous peoples do not have the right, the exercise of their rights usually follow the same pattern as that of self-determination.<sup>16</sup> Some rights which indigenous peoples enjoy also stem from the right to self-determination, for example, the crucial requirement of consultation.<sup>17</sup>

### 3 THE CONCEPT OF INDIGENOUSNESS

Universally, the concept of indigenous rights is still a subject of debate. However, some have argued that in sub-Saharan Africa, the concept is more controversial than in other regions.<sup>18</sup> For instance, Kymlicka analyses the traditional distinction between indigenous peoples and minority groups. He notes that the traditional distinction of these two groups is clearer in the West (European national minorities and New World indigenous peoples) than it is in parts of Africa, Asia and the Middle East.<sup>19</sup> In post-colonial Africa, natives who were minorities were subsumed or dominated by neighbouring groups and not white settlers. The Endorois and Ogiek, for example, form just two of the many homeland (minority) groups in Kenya. Some would argue that all the communities in Kenya, majority or not, are natives and, therefore, are all indigenous to the land. According to Kymlicka, using the traditional dichotomy, such a group would fit the European national minority dichotomy and not the indigenous peoples' concept. However, in order to take advantage of the visibility and protection within the international law framework, the UN approach has been to consider homeland minorities in post-colonial states as deserving of autonomy and accommodation as 'traditional indigenous peoples'. Accordingly, it is their vulnerability and domination by others that matters.<sup>20</sup> Besides, it is true that in most if not all African countries, dominant groups continue to suppress marginalised groups, a phenomenon which the African indigenous movement seeks to redress.<sup>21</sup>

14 Castellino (n 8) 40.

15 Castellino (n 8) 41.

16 R McCorquodale 'Group rights' in D Moeckli and others (eds) *International human rights law* (2018) 353.

17 As above.

18 R Roesch 'The Ogiek case of the African Court on Human and Peoples' Rights: not so much news after all?' (2017) *Ejil:Talk!*

19 W Kymlicka 'The internationalization of minority rights' (2008) 6 *I-CON* 1, 12.

20 Kymlicka (n 19) 13.

21 African Commission, 'Report of the working group of experts on indigenous populations/communities in Africa' (2005).

The question of which groups should be designated as indigenous for the purposes of international law is a difficult one to answer.<sup>22</sup> Could regional frameworks of protection provide any answers? In the African context, the distinction between ‘peoples’, ‘indigenous peoples’ and ‘minorities’ is not clear-cut.<sup>23</sup> Yet, for the interpretation of the African Charter provisions, establishing the status of a community is crucial because the enjoyment of the Charter’s provisions is dependent on status. The Commission and the Court had to clarify this in both cases.

At the time of the complaint before the African Commission, the Endorois comprised approximately 60 000 people occupying the Lake Bogoria area for centuries.<sup>24</sup> They consider themselves a distinct community, whose livelihood, culture and religion is dependent on their ancestral land. Before the Commission, they traced their history with their ancestral land, before, during and after colonialism. They contended that when the High Court of Kenya decided the matter in 2002,<sup>25</sup> it refrained from addressing the issue of the community’s ‘collective right to property’ and referred to them as ‘affected individuals’ with no ‘proper identity’.<sup>26</sup> The complainants argued that they fit within the definition of ‘people’ under the African Charter hence benefitting from its collective rights.<sup>27</sup> The state disputed this, stating that the Endorois should prove their distinctiveness from the larger Kalenjin tribe.<sup>28</sup> In the *Ogiek* case, the state admitted that the community constituted an indigenous population in Kenya, but argued that the Ogiek of today ‘are different from those of the 1930s and the 1990s having transformed their way of life through time and adapted themselves to modern life and are currently like all other Kenyans.’<sup>29</sup>

Both the Commission and the Court acknowledged that the concepts of ‘peoples’ and ‘indigenous peoples’ lack universal definitions,<sup>30</sup> and are contested, and that these controversies prevented drafters of the Charter from defining them.<sup>31</sup> Alluding to the ICCPR and ICESCR’s lack of definition of ‘peoples’, the Commission stated that it did not feel at ease elaborating on rights where concrete international jurisprudence did not exist.<sup>32</sup> However, the Commission noted that the Charter is unique, and unlike other regional and universal treaties, places emphasis on the rights of peoples. Noting the criteria set out by the its Working Group of Experts on Indigenous

22 Kymlicka (n 19) 4.

23 As above.

24 *Endorois* case (n 3) para 3.

25 High Court of Kenya, *William Ngasia and others v Baringo County Council and others*, Miscellaneous Civil Case No 183 of 2000.

26 *Endorois* case (n 3) para 12.

27 *Endorois* case (n 3) para 75.

28 *Endorois* case (n 3) para 14.

29 *Ogiek* case (n 2) para 104.

30 *Ogiek* case (n 2) para 105.

31 *Endorois* case (n 3) para 147.

32 As above.

Populations/Communities,<sup>33</sup> and identifying some of the shared characteristics among indigenous groups in Africa, the Commission found that the Endorois satisfy these requirements.<sup>34</sup> In the *Ogiek* case, the Court noted the AU Working Group's criteria but instead applied the criteria proposed by the former Chairperson of the UN Sub-Commission on the Prevention and Protection of Minorities, Erica-Irene Daes to find that the Ogiek comprised such peoples.<sup>35</sup> In my opinion, just because universal treaties do not reach a conclusion on a definition does not mean that the African human rights mechanisms cannot pronounce themselves on the issue. It is laudable that they actually did in both cases, even though inadequate.<sup>36</sup>

The question of which communities fit the 'indigenous peoples' definition is not an issue which only the African human rights bodies have had to grapple with. In the *Saramaka* case, the Inter-American Court had to establish whether the Saramaka people, who comprise one of the six distinct Maroon groups in Suriname, constituted a tribal community.<sup>37</sup> The Suriname government argued that inclusion into modern society had eroded the Saramaka people's distinctiveness. In the case, the Court found that the community made up a tribal community which had economic, social and cultural characteristics which are different from the national community and this could be attributed to their relationship with the land they claimed as their ancestral land, as well as their customs and traditions.<sup>38</sup>

## 4 SELECTED INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS

This part deals with three selected rights in the *Endorois and Ogiek* decisions, namely right to land, right to development and right to natural resources.

### 4.1 Right to land

One of the main collective rights which indigenous peoples litigate on is the right to their ancestral land. One of the recurring themes in respect of indigenous peoples' land ownership is colonialism, which is oftentimes linked with survival of customary land rights. As Ayana rightly puts it, the concern within the international system for indigenous peoples derives from the larger concern for those segments of humanity that have experienced colonisation and still suffer the

33 As above, para 150: occupation and use of a specific territory; voluntary perpetuation of cultural distinctiveness; self-identification as a distinct collectivity and recognition by other groups; experience of subjugation, marginalisation, dispossession, exclusion or discrimination. Also see *Ogiek* (n 2) paras 105-113.

34 *Endorois* case (n 3) para 161. See also n 34 above, para 198-200.

35 *Ogiek* case (n 2) para 107.

36 Roesch (n 18).

37 *Saramaka People v Suriname* (28 November 2007) Ser C/ 185, para 80.

38 As above.

consequences of such histories.<sup>39</sup> Just like in the African context, cases litigated in other regions show a common trend where the state places a burden on indigenous people to prove title to their ancestral land. The *Saramaka*, *Yakye Axa* and *Sawhoyamaxa* cases decided by the Inter-American Court provide good examples.

It is important to note that, while indigenous peoples' right to land is recognised by the ILO Convention No 169 and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, this right is not explicitly written out in the African Charter. Instead, the right to land has been derived from or read into three different rights: the rights to religion, property and culture – rights which are inextricably linked to land.<sup>40</sup> At this juncture, it should be noted that Kenya is one of the states that have not ratified the ILO Convention No 169, and even if it had, its provisions, in my opinion, would be controversial because there is always a balance between the rights of indigenous peoples and the state's sovereignty when it comes to indigenous land rights. Tully discusses this in the Canadian context, when he critiques the criteria used in defining aboriginal rights by courts.<sup>41</sup> The burden of proof lies with aboriginal people who are presumed not to have such a title in the first place. Even if such proof were to be established before a court, it does not guarantee that it would be accepted as sufficient proof. Besides, the title has to be reconciled with the sovereignty of the Crown. The interests of the sovereign are usually aligned with that of the larger society in most cases, the latter's rights trumping those of indigenous peoples.

Both the *Endorois and Ogiek cases* are perfect examples of this, where the state took into account the interests of the larger society, infringed on the ancestral land rights of these communities and poorly compensated part of the community for it. In the *Endorois case*, for instance, the government insisted on the implementation of the Trust Land Act, which made the Endorois peoples' land subject to a trust. This essentially gave them beneficial title to the land and not actual ownership.<sup>42</sup> According to the African Commission, this system was inappropriate in protecting the peoples' rights. It also reiterated that mere access does not suffice, because lack of ownership makes indigenous peoples passive beneficiaries subjecting them to even more vulnerabilities.<sup>43</sup> This was the same logic used by the Inter-American Court in the *Saramaka case*.<sup>44</sup> In *Yakye Axa*, the court went further to

39 Anaya (n 4) 53.

40 Organization of African Unity (OAU), *African Charter on Human and Peoples' Rights*, 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev 5, 21 ILM 58 (1982), articles 8, 14 and 17. See also *Ogiek case* (n 2) para 164.

41 J Tully 'The struggles of indigenous peoples for and of freedom' in D Ivison, P Patton & W Sanders (eds) *Political theory and the rights of indigenous peoples* (2000) 47-49.

42 *Endorois* (n 3) para 199.

43 As above, para 204.

44 *Saramaka case* (n 37) para 110.

require the state to individualise title to traditional lands as a measure of reparation.<sup>45</sup>

Courts are known to enable infringement of indigenous land rights. In Tully's example of the *Delgamuukw* case,<sup>46</sup> he discusses how courts back up the state during such infringements. In this specific case, the court outrightly said that the government could infringe on aboriginal title so long as there was a compelling and substantive legislative objective and if such objective was consistent with the fiduciary relationship between the crown and the aboriginal peoples.<sup>47</sup> The court cited some of the grounds that would necessitate such infringement, including environmental protection and general economic development.<sup>48</sup> These were some of the grounds cited by the Kenyan government to justify the eviction of the Endorois and Ogiek communities from their ancestral land – tourism and wildlife conservation,<sup>49</sup> as well as preservation of the Mau Forest natural ecosystem.<sup>50</sup> In the *Endorois* case, the African Commission applied the two-pronged conjunctive test under article 14 of the African Charter to justify encroachment on property – public or community interest and compliance with appropriate law.<sup>51</sup> It applied the legitimate aim, proportionality and necessity tests, noting that the threshold for indigenous land is higher than for individual private property.<sup>52</sup> After assessing the reasons given by the government to evict the community, and the meagre compensation given to them, the Commission concluded that there was severe encroachment of their land, which was neither proportionate to any public need nor in accordance with national and international law.<sup>53</sup> In the *Ogiek* case, the Court used a similar criteria to find that the continued eviction from and denial of access to the Mau Forest was not necessary and proportionate to achieve the government's purported aim of preserving the forest's natural ecosystem.<sup>54</sup>

## 4.2 Right to development

Indigenous people increasingly face marginalisation and socio-economic exclusion the world over, featuring among the world's poor and vulnerable,<sup>55</sup> despite increased international and regional

45 *Yakye Axa Indigenous Community v Paraguay* (17 June 2005) Ser C/ 125, para 80.

46 *Delgamuukw v British Columbia* (1997) 3 SCR 1010.

47 Tully (n 41).

48 As above.

49 *Endorois* case (n 3) and *Ogiek* (n 3) para 120.

50 *Ogiek* case (n 2) para 130.

51 *Endorois* case (n 3) para 211.

52 *Endorois* case (n 3) paras 212-213.

53 *Endorois* case (n 3) para 238.

54 *Ogiek* case (n 2) para 130.

55 United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights 'Information note: the right to development and indigenous peoples' (2016).

recognition. Many countries deny indigenous peoples' recognition domestically, and due to weak legal frameworks and unwillingness on the part of the state to implement policies in their favour, their right to development is threatened. This right is closely linked to their right to land ownership as well as access to and use natural resources on the land. However, states tend to tilt the scale in favour of the majority to the detriment of indigenous peoples and other minorities, citing the general economic development of the society at large.

At the global level, the right to development is elaborated in the UN Declaration on the Right to Development, a soft law document.<sup>56</sup> There seems to be no prospects of elaborating a universal legally binding treaty soon. Regionally, the right has only been guaranteed in two human rights treaties – the African Charter and the Arab Charter on Human Rights.<sup>57</sup> Under the former, the right of all peoples to their socio-economic and cultural development is guaranteed. The Charter envisages that this right shall be implemented with due regard to the peoples' freedom and identity and in equal enjoyment of the common heritage of humankind,<sup>58</sup> and member states have the individual and collective duty to ensure the exercise of this right.<sup>59</sup> The African Commission had the occasion to clarify this right in the *Endorois* case, which also marked the first decision, globally, to address the implementation of the right to development by states.<sup>60</sup> The complainants contended that due to the creation of the game reserve and the state's failure to adequately involve the Endorois community in the development process, their right to development was violated.<sup>61</sup> The state argued that based on participatory democracy, communities are tasked with contributing to the well-being of society at large, instead of selfishly caring for their own community.<sup>62</sup> In applying a two-prong test, constitutive and instrumental, the Commission reiterated that the right to development is both a means and an end.<sup>63</sup> Accordingly, a violation of the procedural or substantive element of the right would constitute a violation. Simply fulfilling one of the two prongs in the absence of the other would not suffice.<sup>64</sup> The Commission also noted that this right requires that people are given the ability to choose,<sup>65</sup> and the forced eviction of the Endorois from the game reserve eliminated such choices, including where to live.

56 United Nations General Assembly, Declaration on the right to development: resolution – adopted by the General Assembly (4 December 1986) A/RES/41/128.

57 Arts 22 and 37 respectively.

58 African Charter (n 40) art 22.

59 As above.

60 SP Marks 'Poverty' in D Moeckli and others (eds) *International human rights law* (2018) 616.

61 *Endorois* case (n 3) para 269.

62 *Endorois* case (n 3) para 270.

63 *Endorois* case (n 3) para 277.

64 As above.

65 As above.

The interpretation of the right by the Commission (as well as by the Court)<sup>66</sup> is in line with and closely linked to the requirement under article 23 of the UN Declaration on Development,<sup>67</sup> which requires active, free and meaningful participation in development. Not only were the Endorois not meaningfully included in the decisions that led to their eviction,<sup>68</sup> this also trickled down to their post-eviction circumstances. The requirement of participation has also been stressed by other courts such as the Inter-American Court. In the *Saramaka* case,<sup>69</sup> the Court was of the opinion that in order that the Saramaka peoples' survival was not threatened by granting concessions for exploration of natural resources, the state had to abide by several safeguards, including that it had to ensure effective participation of the Saramaka people in conformity with their customs and traditions, regarding any development, investment, exploration or extraction plan on their territory.<sup>70</sup>

The African Commission went further to state that participation requires the state to disseminate information and ensure that consultations are done in good faith through culturally appropriate procedures.<sup>71</sup> In my view, such consultation is crucial because arbitrary decisions taken by states not only affect indigenous peoples' right to development but also related rights. For example, the Endorois community was evicted to less-productive semi-arid land hindering their pastoral way of life, access to clean drinking water as well as other needs crucial for their sustenance.<sup>72</sup> As correctly reiterated by the Commission, it is the state that bears the burden of creating conditions favourable for a peoples' development and ensuring that indigenous peoples are part of the development process and the benefits accruing from it.<sup>73</sup> It also found that the failure of the Kenyan government to provide adequate compensation and benefits to the Endorois peoples was a violation of this right.<sup>74</sup> In the *Ogiek* case, the African Court also had to determine whether the right to development was violated as a result of the community's eviction from the Mau Forest, and the failure by the state to consult the community regarding the development of their shared cultural, economic and social life within the Forest.<sup>75</sup> In holding the state in violation of article 22, the Court found that the evictions adversely impacted the community's economic, social and cultural development.<sup>76</sup>

66 *Ogiek* case (n 2) para 209.

67 Declaration on the Right to Development (n 57).

68 *Endorois* case (n 2) para 290.

69 *Saramaka* case (n 37) para 129.

70 As above.

71 *Endorois* case (n 3) para 289.

72 *Endorois* case (n 3) para 286.

73 *Endorois* case (n 3) para 298.

74 As above.

75 *Ogiek* case (n 2) para 202-211.

76 As above.



Some developing states prioritise economic development at the expense of human rights, a phenomenon explained by Marks as states being convinced that economic progress would suffer if human rights were to be advanced before a certain level of prosperity has been achieved.<sup>77</sup> While some countries have developed rapidly in the backdrop of human rights deprivation, many states have equally developed without placing human rights at the periphery.<sup>78</sup> Another conviction of state officials, especially those in charge of the economy, is that citizens pursue human rights litigation as a form of political opposition to their governments.<sup>79</sup> According to Marks, whose view I support, there are compelling reasons why human rights should be mainstreamed in development and anti-poverty objectives of states. If anything, both human rights and development are aimed at the same thing – human welfare. Human rights could also make development more sustainable and equitable. For indigenous peoples, prioritising pro-poor human development that incorporates human rights would not only promote equality and freedom but also allow them to choose and lead a life that they value and which enhances their well-being.<sup>80</sup> Human rights enable an environment where indigenous peoples can develop their full potential and lead creative lives.<sup>81</sup> States should move from making people objects of their history and allow them to know, claim and realise their human rights instead of making them objects.<sup>82</sup> Decisions such as the *Endorois* and *Ogiek* cases promote this.

### 4.3 The right to natural resources

It is understood that indigenous people have the right to natural resources based on their historical presence and ownership of the land which they occupy. While this right is not absolute, it can only be limited under compelling and urgent circumstances.<sup>83</sup> I agree with Castellino's previously discussed point that flowing from the right of indigenous peoples to self-determination as interpreted by article 1(2) of the ICCPR and ICESCR, they have the right to freely dispose of their natural wealth and resources and that in no case may they be deprived of their own means of subsistence.<sup>84</sup> For there to be a limitation to this right, there has to be an urgent need on the part of the state, and where limited, there has to be just and fair compensation. Oftentimes, as noted by the UN Special Rapporteur on the rights of indigenous

77 Marks (n 60) 616.

78 As above.

79 As above.

80 Marks (n 60) 617.

81 UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, 217 A (III), para 5 of Preamble.

82 Marks (n 60).

83 Castellino (n 8).

84 Castellino (n 8) 37.

peoples, states do not have urgent compelling reasons for taking away indigenous lands and resources.<sup>85</sup>

This right is closely linked to indigenous peoples' right to land ownership and their right to development. In the *Yakye Axa* case, the Inter-American Court drew the link between the destitute conditions in which the community lived with the lack of access to their land and natural resources.<sup>86</sup> As the court correctly stressed, for indigenous peoples, access to the use and enjoyment of natural resources found on ancestral lands is closely related to their enjoyment of socio-economic rights, especially the right to food and access to clean water.<sup>87</sup>

While in other regions access to natural resources is usually linked to other rights, including basing them on provisions of the ICCPR and the ICESCR,<sup>88</sup> one of the unique features of the African Charter is that it recognises the right to natural resources as a stand-alone right.<sup>89</sup> The African Commission has previously held that the right to natural resources vests in indigenous peoples by virtue of them inhabiting the land.<sup>90</sup> In the *Endorois* case, the complainants alleged that the creation of a game reserve on their ancestral land led to the violation of their right to natural resources which they had relied on for years. These included natural salt licks which they used to feed their cattle and the land on which they grazed their cattle to sustain a nomadic lifestyle.<sup>91</sup> The government, on the other hand, cited conservation and tourism as the main reasons for their eviction.<sup>92</sup> Interestingly, after the eviction, the government gave a ruby mining concession to a private company.<sup>93</sup> In the *Ogiek* case, there were allegations that the state granted logging concessions upon evicting the community.<sup>94</sup> If the government was genuinely concerned about conserving natural resources, the Endorois and Ogiek communities would be better placed to ensure such conservation. Activities such as logging, and exploration of natural resources lead to more environmental degradation than the alleged damage caused indigenous communities occupying the land.

When discussing the rights of indigenous peoples to natural resources, the debate on whether they have permanent sovereignty over these resources is also common. While the African Charter explicitly provides for this right, other regional and international instruments do not. In my opinion, even though there exists a gap, the right to natural resources exists in various forms and can be deduced from the positive

85 Final report of the Special Rapporteur, 'Prevention of discrimination and protection of indigenous peoples: indigenous peoples' permanent sovereignty over natural resources' (13 July 2004) E/CN.4/Sub.2/2004/30.

86 *Yakye Axa Indigenous Community* (n 45) paras 164, 167.

87 *Yakye Axa Indigenous Community* (n 45) para 167.

88 Art 1(2) of both Covenants.

89 *African Charter* (n 40) art 21.

90 Roesch (n 18).

91 *Endorois* case (n 3).

92 As above.

93 As above.

94 *Ogiek* case (n 2) para 191.

recognition of some other rights enjoyed by indigenous peoples. Rights such as the right to self-determination under the ICCPR and the ICESCR, the right to development, the right to land and even the freedom from non-discrimination can be used by indigenous peoples as a basis for litigation.

An important international instrument containing provisions on indigenous peoples and the control over their natural resources is the 1989 ILO Convention No 169.<sup>95</sup> Article 15 guarantees the rights of 'peoples' to natural resources, including their participation in the use, management and conservation of these resources.<sup>96</sup> Unfortunately, to date, the Convention has only been ratified by 23 states, while many other countries such as Kenya have not. Indigenous peoples in states which have ratified the Convention can claim and enjoy limited forms of sovereignty and management authority thanks to this provision as read with provisions such as article 7 which guarantees among other rights, the right to decide their own priorities. The Protocol establishing the African Court also grants the Court the right to apply, aside from the Charter, international instruments ratified by AU member states.<sup>97</sup> This might not be necessary, though, given the Charter expressly sets out the right.

## 5 IMPLEMENTATION STATUS

### 5.1 *Endorois case*

Following the Commission's landmark decision, it was anticipated by many, especially the Endorois community, that the government of Kenya would implement the Commission's recommendations. The Commission's recommendations were as follows: recognise rights of ownership to the Endorois and restitute Endorois ancestral land; ensure that the Endorois community has unrestricted access to Lake Bogoria and surrounding sites for religious and cultural rites and for grazing their cattle; pay adequate compensation to the community for all the loss suffered; pay royalties to the Endorois from existing economic activities and ensure that they benefit from employment possibilities within the Reserve; grant registration to the Endorois Welfare Committee; engage in dialogue with the Complainants for the effective implementation of these recommendations; and report on the implementation of these recommendations within three months from the date of notification.<sup>98</sup>

The implementation process has been marred by a lack of political will on the part of the government. To date, it has neither explicitly recognised the Endorois' rights of ownership nor restituted their

95 International Labour Organization (ILO), *Indigenous and tribal peoples Convention, C169*, 27 June 1989, C169.

96 As above.

97 African Charter (n 40) art 7.

98 *Endorois case* (n 3) 80.

ancestral lands.<sup>99</sup> Furthermore, it has not provided the affected groups adequate compensation for the loss they had suffered.<sup>100</sup>

While these substantive recommendations of the Commission have not been complied with, some small gains have been made. First, thanks to advocacy, domestically and at the international level, the Endorois have access to the Lake Bogoria area, where they graze their cattle and carry out religious and cultural rights.<sup>101</sup> Second, there have been efforts to ensure that the community receives royalties from economic activities carried out within the National Reserve. For example, in 2014, the Kenya Wildlife Service (KWS) struck a deal with the biotech company Novozymes to pay royalties to the community for the exploitation of bioenzymes in the Lake.<sup>102</sup> Later, the community managed to negotiate a 10% revenue share with the Baringo County Government.<sup>103</sup> In line with the Commission's recommendation, some members of the community have also benefited from employment opportunities at the Reserve.<sup>104</sup> Third, the Endorois Welfare Committee was registered before the Commission's judgment was issued,<sup>105</sup> and has collaborated with NGOs in the Global South and beyond to put pressure on the government to implement the Commission's recommendations. Fourth, the government set up a Task Force in 2014 to engage with the community and to oversee the implementation process. However, it was criticised for not including any representatives from the Endorois community in its setup, and for consulting the community only once. Its mandate was also framed in questionable terms, and its term was not renewed.<sup>106</sup> Last, the government failed to report on the implementation process within the stipulated three months. Efforts by the Commission to salvage the situation included the convening of an implementation hearing, and a resolution issued in 2013 requiring the government to take steps to implement the recommendations and file a report on the matter.<sup>107</sup> In

99 ESCR-Net, *The emerging leadership of Endorois women: an indirect impact of the Endorois case* (2019) [https://www.escr-net.org/sites/default/files/the\\_emerging\\_leadership\\_of\\_endorois\\_women\\_-\\_en.pdf](https://www.escr-net.org/sites/default/files/the_emerging_leadership_of_endorois_women_-_en.pdf) (accessed 21 September 2020) 13.

100 As above.

101 As above.

102 Z Odhiambo 'Kenya signs deal to exploit microbial goldmine' (2007) SciDevNet <https://www.scidev.net/global/policy/news/kenya-signs-deal-to-exploit-microbial-goldmine.html> (accessed 23 September 2020).

103 ESCR-Net (n 99) 11.

104 As above.

105 The Committee was registered in 2007 as a result of the exchanges that took place during the hearing stage.

106 Government of Kenya, *The Task Force on the implementation of the decision of the African Commission on Human and Peoples' Rights contained in communication no 276/2003 (Centre for Minority Rights Development on behalf of the Endorois Welfare Council v Kenya* (Gazette Notice no 6708, 26 September 2014) [http://kenyalaw.org/kenya\\_gazette/gazette/volume/MTA3Nw--/Vol.CX.VI-No.115/](http://kenyalaw.org/kenya_gazette/gazette/volume/MTA3Nw--/Vol.CX.VI-No.115/) (accessed 23 September 2020).

107 African Commission on Human and Peoples' Rights, *Resolution Calling on the Republic of Kenya to Implement the Endorois Decision* (ACHPR/Res.257(LIV)2013).

2013, a meeting of the Working Group on Indigenous Populations was also held in Nairobi, bringing together delegates from all over, except from the government.<sup>108</sup>

While some of the efforts undertaken to implement the Commission's recommendations are laudable, they are not directly attributed to the government, but to the political mobilisation of the community, with the support of NGOs, to demand compliance.

## 5.2 *Ogiek case*

Three years on, the Government of Kenya has not implemented the judgment in the *Ogiek* case. The Court ordered that the government take all appropriate measures within a reasonable time frame to remedy all the violations established and to inform the Court of the measures taken within six months of the judgment.<sup>109</sup> A separate application for reparations was filed by the Applicants, but the Court has not yet ruled on it.<sup>110</sup> As was the case in the *Endorois* case, the government set up a Task Force in 2017 and renewed its term in 2019.<sup>111</sup> The Task Force, which was initially tasked with publishing a report on the implementation process in May 2019, missed its deadline and only submitted it in March 2020.<sup>112</sup> However, while the government received the report, it has yet to publish its contents.<sup>113</sup> As recently as July 2020, amid the Covid-19 pandemic, the government carried out further evictions of families from the Mau Forest, showing utter disregard to the judgment.<sup>114</sup>

108 The meeting was attended by representatives of the Endorois Community, NGOs and representatives of international organisations, including the UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples. According to reports, Kenyan government officials were absent.

109 *Ogiek* case (n 2) 68.

110 The application is still in its hearing phase. African Court on Human and Peoples' Rights, 'African Court begins 56<sup>th</sup> ordinary session on Monday' (2020) <https://en.african-court.org/index.php/news/press-releases/item/340-african-court-begins-56th-ordinary-session-on-monday> (accessed 27 September 2020).

111 Government of Kenya, *Taskforce on the implementation of the decision of the African Court on human and peoples' rights issued against the Government of Kenya in respect of the rights of the Ogiek community of Mau and enhancing the participation of indigenous communities in the sustainable management of forests: extension of time* (Gazette Notice no 4138, 30 April 2019) [http://kenyalaw.org/kenya\\_gazette/gazette/volume/MTk2OA--/Vol.CXXI-No.53/](http://kenyalaw.org/kenya_gazette/gazette/volume/MTk2OA--/Vol.CXXI-No.53/) (accessed 23 September 2020).

112 M Chepkorir 'The Ogiek still hoping for implementation of African Court ruling three years later' (2020) Natural Justice <https://naturaljustice.org/the-ogiek-still-hoping-for-implementation-of-african-court-ruling-three-years-later/> (accessed 24 September 2020).

113 Minority Rights Group International 'Kenya flouts African Court judgment, continues to evict Ogiek in the midst of COVID-19 pandemic' (2020) <https://minorityrights.org/2020/07/17/ogiek-evictions/> (accessed 3 July 2020).

114 As above.

## 6 AN APPRAISAL OF THE HUMAN RIGHTS MECHANISMS

When it comes to litigation of indigenous peoples' rights anywhere in the world, the reality is that the domestic court system, which is oftentimes made up of judges from the majority communities in a state, and whose interest is to safeguard the state's interests, may not achieve justice for indigenous people and minorities. Decisions such as the *Endorois* case before the High Court of Kenya serve as an example.<sup>115</sup> Because indigenous peoples do not trust that their own national courts can assist them in upholding justice between the majority and minority within the state,<sup>116</sup> impartial bodies such as regional and universal human rights mechanisms are important in monitoring compliance with indigenous peoples' rights. Kymlicka gives examples of the indigenous peoples in Canada and the US to explain why impartial bodies are important for monitoring compliance.<sup>117</sup> In my view, following how the *Endorois* case was litigated at the domestic level, such bodies as the African Commission and Court are needed to address the legitimate reservations that indigenous people have regarding domestic courts. This section provides an overview of the two main human rights bodies in the African context.

### 6.1 The African Commission

The African Commission was established under article 30 of the African Charter, with the aim of promoting human and peoples' rights and to ensure their protection in the continent.<sup>118</sup> Located in Banjul, The Gambia, the Commission became operational in 1986, and reports to the African Union (AU) Assembly of Heads of State and Government.

Comprising 11 commissioners, the Commission draws expertise from personalities with the highest reputation, high morality, integrity, impartiality and competence in the area of human and peoples' rights.<sup>119</sup> Its mandate is laid down in Chapter II of the Charter, in particular article 45. The Commission exercises jurisdiction over the rights set out in the Charter and in doing so, draws inspiration not only from international law but also African instruments, practices, customs and general principles recognised by African states.<sup>120</sup> The Commission presides over communications from states, non-governmental organisations and individuals.<sup>121</sup> However, communications other than those by states shall only be considered

115 *Endorois* case (n 3).

116 Kymlicka (n 19) 233.

117 As above.

118 African Charter (n 40) art 30.

119 African Charter (n 40) art 31.

120 African Charter (n 40) 60-61.

121 African Charter (n 40) art 55.

upon verifying that local remedies have been exhausted, or where it is obvious that they have been unduly prolonged.<sup>122</sup> Apart from adjudicating claims, the Commission also works with the system of Special Measures comprising Special Rapporteurs and working groups, which bodies complement its work.

## 6.2 The African Court

The African Court was established in 2004 pursuant to article 1 of the Protocol to the African Charter, with a view to complementing the protective mandate of the African Commission.<sup>123</sup> Currently the acting judicial organ of the AU, the Court's jurisdiction is exercised in respect of the interpretation of the African Charter, the Court Protocol as well as other human rights instruments ratified by state parties.<sup>124</sup> Unlike the Commission, the Court can issue advisory opinions upon the request of AU member states as well as its organs.<sup>125</sup> While individuals and NGOs can bring communications before the Commission,<sup>126</sup> access to the Court is limited to the Commission, states and African intergovernmental organisations.<sup>127</sup> Individuals and NGOs with observer status before the Commission can only access the Court if the respondent state has deposited a declaration with the Chairperson of the African Union Commission accepting the Court's competence to receive such cases.<sup>128</sup>

One of the important features of the Court is that it issues binding decisions. To-date, only 30 African states have ratified the Court Protocol.<sup>129</sup> Out of these, only ten states ever made declarations under article 34(6) of the Protocol. However, Rwanda, Benin, Tanzania and Côte d'Ivoire have withdrawn their declarations, reducing the number to six.<sup>130</sup> In deciding cases before it, the Court applies the Charter as well as human rights instruments ratified by the states concerned, as well as its Rules and Procedures.<sup>131</sup>

122 As above, art 56.

123 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights (Court Protocol), articles 1 and 2. It is worth noting that in 2004, the Court was merged with the African Court of Justice, but the new court (the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights) is not operational.

124 As above, art 3.

125 As above, art 4.

126 So long as local remedies have been exhausted.

127 Court Protocol (n 123) art 5.

128 Court Protocol (n 123) art 34(6).

129 See [www.au.int](http://www.au.int) (accessed 1 July 2020).

130 As above.

131 Court Protocol (n 123) art 7.

### 6.3 Complementarity between the Court and the Commission

Upon the Court's creation, it was envisaged that it would complement the Commission's work and reinforce its functions.<sup>132</sup> This complementarity can be seen in the interaction between the two institutions. First, the Commission can lodge a complaint with the Court pursuant to article 5 of the Court Protocol. Second, article 6 of the Court Protocol permits the Court to request the Commission's opinion when determining the admissibility of cases before it. Third, before issuing advisory opinions, the Court must ensure that the Commission is not already seized of the matter.<sup>133</sup> Fourth, the Court may transfer cases to the Commission,<sup>134</sup> and the Commission may refer cases to the Court. Finally, upon issuing a judgment, the Court notifies the Commission and states concerned.<sup>135</sup>

## 7 CHALLENGES FACING THE MECHANISMS

The low implementation rate of decisions is arguably the main challenge facing human rights mechanisms such as the Commission and Court. One of the weaknesses of the African Charter is that it gives the Commission a supervisory and not a judicial role.<sup>136</sup> It can issue recommendations, which, unfortunately, are not binding on states. Furthermore, the Charter does not specify the remedies which the Commission may recommend, only that they should be 'useful' in the particular case.<sup>137</sup> The Commission has previously recommended compensation but has often not specified how much – only stating that it should be adequate.<sup>138</sup> For victims, these remedies stated in unspecified terms are prone to abuse by states which do not feel compelled to comply. This is compounded by the lack of monitoring mechanisms for the recommendations issued by the Commission. The Court, on the other hand, cures these inadequacies as it issues binding decisions.<sup>139</sup> Besides, the Court can issue remedies such as compensation or reparations.<sup>140</sup> In cases of extreme gravity and

132 The Rules and Procedures of the Court also require that the Court considers the complementarity between it and the commission when considering cases before it. Also see the Preamble to the Protocol.

133 Court Protocol (n 123) art 4.

134 Court Protocol (n 123) art 6(3).

135 Court Protocol (n 123) art 29.

136 A Zimmermann & J Bäumlér 'Current challenges facing the African Court on Human and Peoples' Rights' (2010) 7 *KAS International Reports* 38, 49.

137 Open Society Justice Initiative 'African Commission on Human and Peoples' Rights' (2013). <https://www.justiceinitiative.org/publications/african-commission-human-and-peoples-rights> (accessed 1 July 2020)

138 In the *Endorois case*, for example, the Commission recommended that Kenya 'pay adequate compensation to the community for all the loss suffered'.

139 Court Protocol (n 123) art 28(2).

140 Court Protocol (n 123) art 27(1).



urgency, it may also issue provisional measures to avoid irreparable harm.<sup>141</sup> The challenge for the Court, however, is that it can only issue decisions involving states which have ratified the Protocol.

Another downside to the African Charter is that it does not provide for an enforcement mechanism for the Commission's recommendations. One way of curing the gap left by the Charter, enforcement-wise, is the referral mechanism – from the Commission to the African Court, as illustrated by the *Ogiek* case. However, the Court itself also faces challenges. Unlike the Charter, the Protocol provides for an enforcement process. Accordingly, the Court stipulates a time period within which a state has to comply with the execution of its judgment.<sup>142</sup> The Executive Council, which is also notified of the judgment, monitors its execution by the relevant state.<sup>143</sup> During each regular session of the Assembly, the Court reports on its work, including cases of non-compliance by states.<sup>144</sup> While these measures are more concrete than those of the Commission, they are still weak. At the end of the day, implementation rests on the goodwill of states, and as illustrated by the cases analysed herein, this seems to lack.

The requirement that states have to make a declaration to allow NGOs and individuals to bring cases before the Court is another hindrance to the promotion and protection of Charter rights by the African Court. The implication of the requirement is that NGOs and individuals in states like Kenya, which have not made such a declaration, can only rely on referrals by the Commission, another state party to the Protocol or an African international organisation, for their grievances to be determined by the Court. It is a challenge for the Commission and Court to discharge their functions where political will and state cooperation lacks.

Other challenges affecting the Commission and Court include lack of adequate resources to effectively discharge their functions;<sup>145</sup> lack of independence (oftentimes a critique of the Court whose judges are elected by the Executive Council and appointed by Heads of State); slow determination of cases; and lack of synergy between the two bodies.

## 8 WAY FORWARD

In order to ensure that the Commission and the Court better protect and promote the rights espoused in the Charter, more has to be done.

First, to cure the implementation issue, the Commission and the Court should render decisions and judgments with more specificity.

141 Court Protocol (n 123) art 27(2).

142 Court Protocol (n 123) art 30.

143 Court Protocol (n 123) art 29.

144 Court Protocol (n 123) art 31.

145 The Commission's budget is limited. The Court's budget, for instance, is borne by AU member states, which is not much. Allocations to the Commission are also inadequate.

Such decisions should be drafted in a manner that allows implementation to be measured.<sup>146</sup> Various studies have linked low implementation rates with non-specificity and lack of clarity of decisions. A recent study by Murray and Sandoval maps out the extent to which authorities in nine states implement the decisions of supranational bodies, including those of the African Commission and Court.<sup>147</sup> According to the study, some correspondents believed that greater specificity contributes to better implementation as it makes it easier for state authorities to implement decisions while preventing them from doing as they pleased.<sup>148</sup> Specificity, for example, in terms of the content of decisions and deadlines is also useful in levelling the playing field and avoiding instances where the state has to negotiate with affected persons in order to implement decisions.<sup>149</sup> The *Endorois* and *Ogiek* cases best illustrate the conundrum in which victims find themselves when it comes to engaging with state actors. Greater specificity also promotes better monitoring and supervision by national bodies and actors such as NGOs.<sup>150</sup> Some may argue that specificity may limit the state in providing better recourse to affected groups than what human rights mechanisms may have ordered. The study by Murray and Sandoval captures these sentiments, particularly by African government officials, who cited unrealistic remedies that do not take into account complexities of the domestic context.<sup>151</sup> While such sentiments may be valid, this should not be an excuse by states not to implement decisions altogether. Specificity of remedies or not, political will is crucial in the implementation process. For human rights mechanisms, understanding domestic contexts and the practicality of implementation should inform their drafting of decisions to limit such excuses by states.

Second, to enable the Commission and Court issue decisions which clarify concepts such as 'indigenouness', the two bodies should leverage the resources at their disposal. Functions such as the Commission's ability to issue general recommendations and the Court's advisory role can be used to clarify on gaps left by the Charter as well as jurisprudence of the two bodies. NGOs and academia also have a role to play in promoting such clarification through research. Universal and regional human rights mechanisms such as the Human Rights Committee and the Inter-American and European Courts can also offer useful reference points, especially in respect of interpretation and clarification of rights in international instruments also ratified by AU states.

Third, more efforts should be directed towards promoting state cooperation and commitment to the Charter and the Protocol

146 R Murray & C Sandoval-Villalba 'Balancing the specificity of reparation measures and states' discretion to enhance implementation' (2020) 12 *Journal of Human Rights Practice* 71.

147 As above.

148 Murray & Sandoval (n 146) 111-112.

149 Murray & Sandoval (n 146) 105-107.

150 Murray & Sandoval (n 146) 111-112.

151 Murray & Sandoval (n 146) 113.

establishing the Court. While the Commission and the Court issue decisions safeguarding the rights of citizens of member states, it is ultimately how these decisions are implemented on the ground that matters. Some of these decisions have been lauded for their progressiveness and potential to promote and protect human and peoples' rights, yet little has been done to turn these decisions into reality for affected groups.

Fourth, more states should be encouraged to ratify the Protocol establishing the Court. Considering that the Commission's decisions are not binding on states, the Court can cure this inadequacy in the exercise of its jurisdiction in contentious cases. However, the Court can only issue binding decisions in respect to states parties to its Protocol. So far, only 30 out of 55 AU states have ratified the Protocol. The Court's functions are further crippled by the requirement for declarations by states to allow NGOs and individuals to bring cases before it. This could be remedied by the Commission's ability to refer cases to the Court, as was in the *Ogiek* case. However, this may not suffice as many cases would not reach the Court. Another alternative would be for the Protocol to be amended to allow direct access to the Court by NGOs and individuals. However, it is highly unlikely that states would agree to such an amendment. It is only hoped that more states would make declarations but with the on-going trend (states withdrawing their declarations), the prospects of this are bleak.

## 9 CONCLUSION

This article has attempted an analysis of the rights of indigenous peoples in the African context. Touching on the issues of self-determination, indigenosity and selected rights which states mostly violate, the article notes that one of the difficulties in implementing the rights of indigenous peoples is the reluctance by states to envisage indigenous peoples as having these rights. The state also balances rights of indigenous peoples against those of the majority or its own interests. Unless states change their stance, indigenous peoples' rights will continue to be violated domestically. However, impartial bodies, such as regional mechanisms, hold hope for indigenous peoples. The Commission and the Court elaborated on pertinent issues relating to human and peoples' rights despite the states' unwillingness to implement the decisions analysed above. In my view, this is not a failure on the part of the African human rights mechanisms. All relevant stakeholders, especially states, must cooperate to give effect to decisions of the two bodies for the benefit of affected peoples as intended by the African Charter.