African Human Rights Yearbook
Volume 7 (2023)

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 7 of the *Yearbook*, published in 2023, contains 21 contributions by scholars from Africa and beyond.

Annuaire africain des droits de l'homme
Volume 7 (2023)

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 7 de *l'Annuaire*, publié en 2023, contient 21 contributions de chercheurs du continent et d'ailleurs.

Pretoria University Law Press
PULP
www.pulp.up.ac.za

ISSN: 2523-1367

African Human Rights Yearbook
Annuaire africain des droits de l'homme
Volume 7 (2023)
PULP

African Human Rights Yearbook
Annuaire africain des droits de l'homme
Anuário Africano dos Direitos Humanos
الكتاب السنوى لحقوق الانسان في افريقيا
Volume 7 (2023)

African Human Rights Yearbook

Annuaire africain des droits de l'homme

Anuário Africano dos Direitos Humanos

الكتاب السنوى لحقوق الانسان في افريقيا

2023 (Volume 7)

Pretoria University Law Press
PULP

2023

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

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
E-mail: pulp@up.ac.za
www.pulp.up.ac.za

Cover:

Yolanda Booyzen, Centre for Human Rights

ISSN: 2523-1367
© 2023

THIS YEARBOOK SHOULD BE CITED AS (2023) 7 *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 2023 is 'Accelaration of the African Continental Free Trade Area (AfCFTA)'.

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

OPEN ACCESS

Copyright vests with the authors of the articles.

Centre for Human Rights
UNIVERSITY OF PRETORIA

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. Elle 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 académiques au profit de pays autres 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

Imprimé et relié par:

Pinetown Printers, Durban, Afrique du Sud

Pour toute commande, veuillez contacter:

PULP
Centre for Human Rights
Faculté de droit
Université de Pretoria
Afrique du Sud
0002
pulp@up.ac.za
www.pulp.up.ac.za

Conception de la couverture:

Yolanda Booyzen, Centre for Human Rights

ISSN: 2523-1367
© 2023

CITATION (2023) 7 *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 2023 «Accélération de la mise en œuvre de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf)».

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

OPEN ACCESS

Les droits d'auteur sont détenus par les auteurs des articles.

Centre for Human Rights
UNIVERSITY OF PRETORIA

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
Ancien 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
Commissioner, African Commission on Human and Peoples' Rights
Chairperson of the Working Group on Extractive Industries, the Environment and Human Rights Violations
Membre 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 Sahli Fadel
Former Vice-Chairperson of the African Commission on Human and Peoples' Rights (2021-2023)
Ancienne Vice-Presidente de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (2021-2023)

Patricia Kameri-Mbote
Advocate of the High Court
Professor of Law, School of Law, University of Nairobi
Avocate à la Cour supreme
Professeure de droit, Faculté de droit, Université de Nairobi

Joseph Ndayisenga
Former Chairperson of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child
Ancien 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

Modibo Sacko
Vice President of the African Court on Human and Peoples' Rights
Vice Président de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

Robert Nanima
Member of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child
Associate Professor, University of the Western Cape
Membre du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant
Professeur agrégé, 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

Editors
Éditeurs

Convening editor/Editeur-délégué:
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/Co-éditeurs:
Janet Gbam
Doctoral student, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria
Doctorante, Centre for Human Rights, Faculté de Droit, Université de Pretoria

Trésor Muhindo Makunya
Postdoctoral Research Fellow and Publications Coordinator, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria
Chercheur postdoctoral et Coordinateur des publications, Centre for Human Rights, Faculté de droit, Université de Pretoria

Assistant editors/Assistants d'édition:
Horace Adjolohoun
Principal Legal Officer and Acting Head of Legal Division, African Court on Human and Peoples' Rights
Juriste Principal en Chef et Chef intérimaire de la Division Juridique, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

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

Ernest Yaw Ako
Barrister and Solicitor of the Supreme Court of Ghana
Lecturer, Faculty of Law, University of Cape Coast, Cape Coast, Ghana
Avocat et solicitor a la Cour suprême
Maître de conférences, Faculté de Droit, Université de Cape Coast, Cape Coast, Ghana

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

Ashwanee Budoo-Scholtz
Deputy Director, Africa Division, Human Rights Watch
Directrice adjointe, division Afrique, Human Rights Watch

Mercy Bwanaisa
Doctoral Candidate, Department of Agricultural Economics, University of Pretoria
Doctorante, Département d'économie agricole, Université de Pretoria

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)

Tomiwa Ilori
Postdoctoral Research Fellow, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria
Chercheur postdoctoral, Centre for Human Rights, Faculté de droit, Université de Pretoria

David Ikpo
Postdoctoral Fellow, Centre for Human Rights, University of Pretoria
Chercheur postdoctoral, Centre for Human Rights, Facute de droit, Universite de Pretoria

Rimdolmsom Jonathan Kabré
Postdoctoral Fellow and Manager of the Master in International Trade and Investment Law in Africa (University of Pretoria)
Chercheur postdoctoral et Responsable du programme de Master in International Trade and Investment Law in Africa à l'Université de Pretoria

Balingene Kahombo
Professor of Public Law at the University of Goma (DRC)
Professeur de droit public à l'Université de Goma (RDC)

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 Kiénou
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

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

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

Ayo Sogunro
Postdoctoral Research Fellow, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria
Chercheur postdoctoral, Centre for Human Rights, Faculté de droit, Université de Pretoria

Sâ Benjamin Traoré
Associate Professor, Faculty of Governance, Economic and Social Sciences, Polytechnic University Mohamed VI, Rabat, Maroc
Professeur associé, Faculté de Gouvernance, Sciences Economiques et Sociales, Université Polytechnique Mohamed VI, Rabat, Maroc

Contents
Table des matières

Acknowledgments / Remerciements	**xi**	
Editorial / Éditorial	**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

A rights-based critique of cultural and religious intolerance against LGBTQIA+ persons in five African countries	3	*Nkom, Alice A, Appiagyei-Atua, Kwadwo, Coleman, Theophilus E, Allen, Portia C, Snyman, Tegan, Besong, Kevin D & Mordi, Joel*
La Charte de Lomé, entre «océanisation» des droits humains et «humanisation» de l'océan	31	*Biloa, Parfait Devis*
The notion of fairness in reparation litigation before the African Court on Human and Peoples' Rights	52	*Tala Fomba, Joris Joël*
Apresentação periódica de relatórios: um compromisso para a efetivação dos direitos e liberdades garantidos na Carta de Banjul?	70	*Gentil, Jonas*

Africa in the digital age: a case for the right to be forgotten under the African Charter on Human and Peoples' Rights	94	*Gumbu, Takunda & Nhekairo, Panashe*
Les réparations non-pécuniaires dans la pratique de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples	116	*Jourdain, Pierre*
A party's non-participation in proceedings before the African Court on Human and Peoples' Rights and other regional courts in Africa	137	*Lentz, Christopher*
Fluctuating standards of proof at the African Court: a case for principled flexibility	158	*Murimi, Edward Kahuthia*
Sexual minorities and African human rights mechanisms: reflections on contexts and considerations for addressing discrimination	183	*Mute, Lawrence M*
La participation du Conseil de surveillance de Meta à la protection de la liberté d'expression en ligne en Afrique: vers une «privatisation» de la protection des droits fondamentaux dans l'espace numérique?	208	*Ngalula, Jimmy Kamunga*

II
SPECIAL FOCUS ON THE AFRICAN UNION'S THEME FOR 2023: ACCELERATION OF AFRICAN CONTINENTAL FREE TRADE AREA (AFCFTA) IMPLEMENTATION

FOCUS SPÉCIAL SUR LE THEME DE L'UNION AFRICAINE POUR L'ANNEE 2023: ACCÉLÉRATION DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA ZONE DE LIBRE-ÉCHANGE CONTINENTALE AFRICAINE (ZLECAf)

La protection des normes fondamentales du travail dans le droit de la zone de libre-échange continentale africaine: contribution à l'émergence du régionalisme social dans le commerce régional africain	237	*Balole, Christian Via*

Zone de libre-échange continentale africaine et développement durable en Afrique	260	*Bokona, François*
La mise en œuvre du droit au développement dans le Protocole d'investissement de la Zone de libre-échange continentale africaine	284	*Kairouani, Ali*
Interrogating inclusion under the African Continental Free Trade Area	303	*Karoro, Rosemary*
Assessment of the potential impact of the African Continental Free Trade Area on the right to food security of small-scale farmers and vulnerable groups	325	*Tiba, Firew*

III
CASE COMMENTARIES

COMMENTAIRES DE DECISIONS

A commentary on the African Court on Human and Peoples' Rights' remedial approach in its ruling on reparations in *African Commission on Human and Peoples' Rights v Kenya*	355	*Mbu, Nelson Baiye & Endoh, Fabrice Tambe*
Les limitations de l'accès à internet en Afrique à l'aune de la Communication 742/20, *African Freedom of Expression Exchange et 15 autres (représenté par FOI Attorneys) c. Algérie et 27 autres*	375	*Prince-Agbodjan, Têtêvi Didier, Dongar, Bienvenu Criss-Dess & Afogo, Nouwagnon Olivier*
A admissão de Marrocos como Estado-membro da União Africana no Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos: uma oportunidade ou um fracasso para o direito de autoderminação dos povos?	397	*Garrido, Rui*

Les conséquences juridiques du non-respect des ordonnances de mesures provisoires de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: observations sous l'arrêt du 29 mars 2021 (fond et réparations), *Sébastien Germain Marie Aikoué Ajavon c. Bénin*	418	*Fall, Marie*
L'obligation de protéger et la discrimination fondée sur le genre: revue critique de l'affaire *Céline c. RDC* devant la Commission africaine	435	*Sindani, Jonas Kakule*
Safeguarding girls' rights to education in the enforcement of the African Children's Charter: the African Children's Committee decision in *Legal and Human Rights Centre and Centre for Reproductive Rights (on behalf of Tanzanian Girls) v Tanzania*	453	*Nyamu, Naitore*

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

Ms. Grace Wakio Kakai
Deputy Registrar, African Court on Human and Peoples' Rights
Greffier Adjoint, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

Dr. Sègnonna Horace Adjolohoun
Principal Legal Officer and Acting Head of Legal Division, African Court on Human and Peoples' Rights
Juriste Principal en Chef et Chef intérimaire de la Division Juridique, 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. Abiola Idowu-Ojo
Acting Secretary, African Commission on Human and Peoples' Rights (Sept-Dec 2023)
Secrétaire intérimaire, Commission africaine des droits de l'homme et des peoples (sept-dec 2023)

Ms. Lindiwe Khumalo
Acting Secretary, African Commission on Human and Peoples' Rights (Jan-Aug 2023)
Secrétaire intérimaire, Commission africaine des droits de l'homme et des peoples (jan-août 2023)

Ms. Anita Bagona
Senior Legal Officer, African Commission on Human and Peoples' Rights
Juriste Principal, 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

As may be recalled, the *African Human Rights Yearbook* (*AHRY*) is a collaborative project by the African Commission on Human and Peoples' Rights (the Commission), the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child (the Committee) and the African Court on Human and Peoples' Rights (the Court). While the publication of the first volume of the *AHRY*, in 2017, may have been noticed by very few, from those very humble beginnings, the *AHRY* has gradually but firmly established itself as a conduit of quality commentary on topical human rights issues on the continent. Volume 7 of the *AHRY* continues the tradition of critical but high quality and incisive interrogation of key human rights issues facing Africa today.

Without a doubt, the Commission, the Committee and the Court remain the key human rights institutions of the African Union (AU). Given the AU's commitment to the promotion and protection of human rights, as most unequivocally expressed in its Constitutive Act, it behoves these three institutions to make a discernible, and enduring, contribution towards the promotion and protection of human rights. In so far as the place of human rights in the AU's work is concerned, it is also important to note that Agenda 2063, Africa's blueprint for comprehensive development, acknowledges the central role that the protection and promotion of human rights will play. Unsurprisingly, one of the key aspirations of Agenda 2063 is an Africa of good governance, democracy, respect for human rights, justice and the rule of law. The attainment of this aspiration will require that all human rights institutions within the AU, be appropriately capacitated to fulfil their statutory mandates.

In so far as the Court is concerned, it is with pride that I take notice of the many milestones that it has attained since it commenced its operations in 2006. As many a commentator have pointed out, for example, in comparison to the other regional human rights systems, in the seventeen years that the Court has been operational, it has made much more progress than the other regional institutions made over a similar time expanse. Admittedly, the Court has made progress notwithstanding some very debilitating challenges. In this context, I will simply isolate one such challenge. If the Court's vision for an Africa with a viable human rights culture is to be attained, it is important that all African States should ratify or accede to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights (the Protocol). To make the ratification relevant to the citizenry of the African continent, all African States are further urged to make the Declaration under article 34(6) of the Protocol and grant individuals and non-governmental Organisations direct access to the Court. This would be the surest way for ensuring that the human rights protections in the various

instruments adopted by the AU have practical relevance to Africa's citizenry.

As is customary, Volume 7 of the *AHRY* has three major segments. The first segment contains articles that deal with various aspects of the african human rights system. In this segment, authors have, among other topics, dealt with procedural questions before the Court including how the Court employs the notion of fairness in its reparations judgments as well as how it deals with the standard of proof in respect of claims for reparations. Yet other contributions have tackled the rights of sexual minorities in Africa. The second segment has articles focussed on the AU's theme for 2023 which is the acceleration of the implementation of the African Continental Free Trade Area (AfCFTA). The AfCFTA is a flagship project of Agenda 2063 and it aims at creating a single African market for goods and services facilitated by free movement persons, capital, investment to deepen economic integration, promote and attain sustainable and inclusive socio-economic development, gender equality, industrialization, agricultural development, food security, and structural transformation. The last segment of this Volume contains analyses of some decisions of the Commission, the Court and the Committee.

As has been stated in previous volumes of the *AHRY*, this publication remains critically important as a platform for scholars, practitioners and activists to continue engaging with the development of human rights on the continent. I thus extend a further invitation to all scholars, practitioners, and activists, across the continent, and even beyond, to continue engaging with various topical issues in the African human rights system. The *AHRY* will, in this connection, remain an available and reputable platform for the publication of high-quality research on various human rights issues in Africa.

Honourable Imani Daud Aboud
President
African Court on Human and Peoples' Rights

L'Annuaire africain des droits de l'homme (*l'Annuaire*), il faut le rappeler, est un projet réalisé en collaboration entre la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (la Commission), le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (le Comité) et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (la Cour). Certes, la publication de son premier volume, en 2017, a attiré très peu d'attention, mais après ces premiers pas très modestes, *l'Annuaire* s'est progressivement et fermement établi comme une source d'informations commentatives de qualité sur les questions d'actualité relatives aux droits de l'homme sur le Continent. Le volume 7 de *l'Annuaire* poursuit la traditionnelle réflexion critique, incisive et de qualité sur des questions de droits de l'homme essentielles qui se posent à l'Afrique d'aujourd'hui.

La Commission, le Comité et la Cour étant, sans conteste, les institutions clés de l'Union africaine (UA) dotées d'un mandat en matière de droits de l'homme et compte tenu de l'engagement de l'UA en faveur de la promotion et de la protection des droits de l'homme, fermement ancré dans son Acte constitutif, il incombe à ces trois institutions d'apporter une contribution perceptible et durable à la promotion et à la protection des droits de l'homme sur le Continent. Il importe également de noter, en ce qui concerne la place des droits de l'homme dans le mandat de l'UA, que l'Agenda 2063, le plan pour un développement global de l'Afrique, reconnaît le rôle central que joueront la protection et la promotion des droits de l'homme. Il n'est donc guère surprenant que l'une des principales aspirations de l'Agenda 2063 soit: Une Afrique où règnent la bonne gouvernance, la démocratie, le respect des droits de l'homme, la justice et l'État de droit. La réalisation de cette aspiration nécessitera que toutes les institutions des droits de l'homme au sein de l'UA soient dotées des capacités appropriées pour remplir leurs mandats statutaires.

En ce qui concerne la Cour, c'est avec fierté que je prends note des nombreuses étapes qu'elle a franchies depuis le début de ses activités en 2006. Comme l'ont souligné de nombreux observateurs, en comparaison avec les autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, la Cour a réalisé, au cours de ses dix-sept années de fonctionnement, beaucoup plus de progrès que les autres institutions régionales au cours d'une période similaire. Il faut reconnaître que la Cour a progressé en dépit de certains défis très handicapantes dont je me contenterai de mentionner une. Pour que la vision de la Cour d'une Afrique dotée d'une culture des droits de l'homme viable se concrétise, il est essentiel que tous les États africains ratifient 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 (le Protocole) ou y adhèrent. Pour que la ratification soit bénéfique aux citoyens du Continent africain, il est vivement souhaitable que tous les États africains fassent la Déclaration prévue à l'article 34(6) du Protocole et assurent ainsi un accès direct à la Cour aux individus et aux organisations non gouvernementales. Il s'agit du moyen le plus sûr de garantir aux citoyens africains la pleine jouissance de la protection des droits de l'homme inscrits dans les différents instruments adoptés par l'UA.

Comme nous en avons l'habitude, le volume 7 de *l'Annuaire* comporte trois grandes parties: La première comprend des articles qui traitent de divers aspects du système africain des droits de l'homme. Dans cette rubrique, les auteurs ont, entre autres, traité des questions de procédure devant la Cour, notamment son application de la notion d'équité dans ses arrêts en matière de réparations ainsi que la manière dont elle traite le niveau de preuve en ce qui concerne les demandes de réparations. D'autres contributions ont abordé les droits des minorités sexuelles en Afrique. La deuxième partie comporte des articles axés sur le thème de l'UA pour 2023, à savoir l'accélération de la mise en œuvre de la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf). La ZLECAf est un projet phare de l'Agenda 2063 et vise à créer un marché africain unique pour les biens et les services, facilité par la libre circulation des personnes, des capitaux et des investissements, afin de renforcer l'intégration économique, de promouvoir et d'atteindre un développement socio-économique durable et inclusif, l'égalité homme-femme, l'industrialisation, le développement agricole, la sécurité alimentaire et la transformation structurelle. La dernière partie de ce volume comprend des analyses de certaines décisions de la Commission, de la Cour et du Comité.

Comme indiqué dans les volumes précédents de *l'Annuaire*, cette publication revêt une importance cruciale en ce sens qu'elle sert de plateforme aux universitaires, aux praticiens du droit et aux activistes pour poursuivre leur engagement en faveur du développement des droits de l'homme sur le continent. J'invite donc tous les universitaires, praticiens du droit et activistes du continent, et même au-delà, à continuer à s'intéresser aux diverses questions d'actualité touchant au système africain des droits de l'homme. À cet égard, *l'Annuaire* restera une plateforme de bonne réputation disponible pour la publication de recherches de grande qualité sur diverses questions relatives aux droits de l'homme en Afrique.

Honorable Juge Imani Daud Aboud
Présidente
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

A rights-based critique of cultural and religious intolerance against LGBTQIA+ persons in five African countries

*Alice A Nkom**
https://orcid.org/0009-0001-6510-6813

*Kwadwo Appiagyei-Atua***
https://orcid.org/0000-0002-3118-2383

*Theophilus E Coleman****
https://orcid.org/0000-0002-5481-9586

*Portia C Allen*****
https://orcid.org/0009-0001-2179-0932

*Tegan Snyman******
https://orcid.org/0000-0003-2953-384X

*Kevin D Besong*******
https://orcid.org/0009-0000-8807-8600

*Joel Mordi********
https://orcid.org/0009-0007-6748-3579

ABSTRACT: This article analyses the stigmatisation and discrimination experienced by LGBTQIA+ persons in Cameroon, Ghana, Nigeria, South Africa and Uganda, as it pertains to cultural and religious arguments used as a basis for such persecution and condemnation. The article shows the interconnections of intolerance against LGBTQIA+ persons in the respective countries, based on perspectives from activists and academics from Africa

* LLB (Federal University of Cameroon); Former Vice Chair, United Nations Permanent Forum on People of African Descent; President, Association for the Defence of Homosexuality, Cameroon; pfpad@un.org

** LLB (Ghana), LLM (Dalhousie), DCL (McGill); Associate Professor, University of Ghana School of Law; kappiagyeiatua@staff.ug.edu.gh

*** BA (Ghana), LLB (Cape Coast), LLM LLD (Johannesburg); Senior Postdoctoral Researcher, Centre for International and Comparative Labour and Social Security Law, Faculty of Law, University of Johannesburg; tecoleman@uj.ac.za

**** BA (Florida Agricultural and Mechanical University), MA (Leeds); Lead Writer and Editor of this article; Volunteer Senior Advocacy Coordinator to Her Excellency Nkom, Association for the Defence of Homosexuality, Cameroon; feedbackpublishedworks@gmail.com

***** LLB, LLM (Stellenbosch), PhD Candidate, Erasmus School of Law, Erasmus University Rotterdam; snyman@law.eur.nl

****** LLB, PGD (Yaoundé II), DLP (Institute of Legal Practice and Development, Rwanda); LLM Candidate, University of Lay Adventists of Kigali; bessongkevin20@gmail.com

******* BSc Candidate, University of York; Founder, Mordi Ibe Foundation; hql505@york.ac.uk

AA Nkom, K Appiagyei-Atua, TE Coleman, PC Allen, T Snyman, KD Besong & J Mordi 'A rights-based critique of cultural and religious intolerance against LGBTQIA+ persons in five African countries'
(2023) 7 *African Human Rights Yearbook* 3-30
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a1

and the African Diaspora. Relying on doctrinal and comparative legal research methodologies, this article reflects on domestic legal frameworks, including proposals by a significant number of African countries to re-criminalise consensual same-sex relationships, as well as human rights advocacy, while disproportionately punishing LGBTQIA+ persons. Most importantly, the contribution compares and draws lessons from the jurisdictions under study to ascertain common denominators and factors that fuel stigmatisation and discrimination against LGBTQIA+ persons. The scope of the comparison is to assess and interpret the mechanisms through which religious and political actors have polarised the sensitive and conservative nature of African societies to politicise human rights discourse, resulting in cultural and religious intolerance negatively impacting on LGBTQIA+ persons.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS:

Une critique sur l'intolérance culturelle et religieuse à l'égard des personnes LGBTQIA+ fondée sur les droit dans cinq pays africains

RÉSUMÉ: Cet article analyse la stigmatisation et la discrimination subies par les personnes LGBTQIA+ au Cameroun, au Ghana, au Nigeria, en Afrique du Sud et en Ouganda. En ce qui concerne les arguments culturels et religieux, on assiste à une persécution et une condamnation. Cet article démontre les interconnexions de l'intolérance à l'égard des personnes LGBTQIA+ dans leur pays respectif, tout en justifiant leurs fondements sur les points de vue des activistes et universitaires d'Afrique et de la diaspora africaine. S'appuyant sur les méthodologies de recherches juridiques doctrinales et comparatives, cet article se penche sur les cadres juridiques nationaux, notamment les propositions d'un grand nombre de pays africains visant à recriminaliser les relations consenties entre personnes de même sexe, ainsi que sur la défense des droits de l'homme tout en punissant de manière disproportionnée les personnes LGBTQIA+. Une étude comparée tirée des leçons sur les différentes contributions des juridictions concerner afin de déterminer les dénominateurs communs et les facteurs qui alimentent la stigmatisation et la discrimination à l'encontre des personnes LGBTQIA+. L'objectif de la comparaison est d'évaluer et d'interpréter les mécanismes par lesquels les acteurs religieux et politiques, ont polarisés la nature sensible et conservatrice des sociétés africaines aux fins de politiser les discours sur les droits de l'homme, ce qui entraîne une intolérance culturelle et religieuse ayant un impact négatif sur les personnes LGBTQIA+.

KEY WORDS: African culture, religion, criminalisation, LGBTQIA+ persons, discrimination

CONTENT:

1 Introduction 5
2 Stigmatisation and discrimination impacting on African LGBTQIA+ persons 8
2.1 Relevant regional and international human rights contexts 8
2.2 Cameroon: harassment, torture, coercion, and extortion of LGBTQ+ persons 11
2.3 Ghana: polarising religious and para-Christian ideas that inform the Promotion of Proper Human Sexual Rights and Ghanaian Family Values Bill 2021 15
2.4 Nigeria: religious and cultural disapproval of consensual same-sex sexual conduct 22
2.5 South Africa: religious exceptionalism within the legal framework and its impact on LGBTQIA+ persons 24
2.6 Uganda: manifestations of stigmatisation and discrimination against LGBTQIA+ persons 28
3 Conclusions and recommendations 30

1 INTRODUCTION

Historically, varied forms of sexual and gender diversity were present in various African communities before the fifteenth century.[1] Early and first instances of criminalisation were introduced by the then colonial authorities throughout African territories, namely, for the crime of sodomy and unnatural carnal knowledge.[2] Such legislation was carried over into African states once their independence was achieved, and remains as part of the criminal laws of the countries studied in this article. However, South Africa remains the outlier, with full legal recognition and protection of lesbian, gay, bisexual, transgender, queer, questioning, intersex, asexual (LGBTQIA+) persons.[3]

In general, consensual[4] same-sex sexual conduct[5] is criminalised in more than 30 African countries, in many instances, involving a *de facto* criminalisation of LGBTQIA+ persons more generally.[6] Among the five country contexts presented in this article, we[7] show that there should be significant concern about reactionary beliefs pertaining to LGBTQIA+ persons and the impact of such beliefs on religious, political and legal developments. The significance of religious institutions in modern societies cannot be underestimated.[8]

Attempts to decriminalise consensual same-sex sexual conduct and legislate for the rights of African LGBTQIA+ persons is largely opposed across the African continent. There have been changing developments

1 CM Okwenna 'Homosexuality in traditional Africa' in SL Oladipupo (ed) *African philosophy: whose past and which modernity* (2021) 277-292.

2 As above.

3 We acknowledge the sensitivity as well as diversity linked to the acronym/abbreviation of 'LGBTQIA+'. The contributors use 'LGBTQIA+ persons' as an inclusive term in this article. If another acronym/abbreviation is used, it is done to reflect the applicable context. Eg, in the Cameroon part 'LGBTQ+' persons is used.

4 We emphasise that *consensual* sexual conduct is criminalised, as oftentimes there is a conflation between legislation that criminalises non-consensual sexual violence/assault/rape with consensual sexual activity between people of the same sex. As consent is essential in all contexts, having established that in the settings, consent is present and governments still criminalise the conduct. Eg, in Uganda's Anti-Homosexuality Act 2023 consent is explicitly not a valid defence against being charged with a crime.

5 In this article the term 'consensual same-sex sexual conduct' is mostly used. There are contexts where a different phrase is used, eg, in Cameroon, we mention 'same-sex activity'. In Ghana, we mention 'consensual same-sex relationships'.

6 ILGA *Area 1 Legal frameworks criminalisation of consensual same-sex sexual acts*, www.database.ilga.org/criminalisation-consensual-same-sex-sexual-acts (accessed 18 July 2023).

7 Throughout this article, to indicate solidarity with human rights defenders, the pronouns 'we', 'our' and 'us' are utilised. The contributors acknowledge and thank African LGBTQIA+ persons and LGBTQIA+ persons of African descent, as well as Dr Mariel Reiss, Mounir Baatour, Trinah Kakyo, among many more, who paved the way for us to present the analyses.

8 LG Mpedi & TE Coleman 'Human rights: ethical institutions/religious bodies between foundation and watering down legally testified rights' in M Okyayuz and others (eds) *Human rights in a changing world: reflections on fundamental challenges* (2023) 184.

by a number of African Union (AU) member states to further criminalise consensual same-sex sexual conduct and human rights advocacy, for example, in Burundi,[9] Egypt,[10] Kenya,[11] Namibia[12] and Senegal.[13] According to some academics, there is a 'second wave' of criminalising consensual same-sex conduct in many African countries.[14] Justification of this re-criminalisation is informed by polarising cultural and religious arguments. Culturally, for instance, it is argued that being LGBTQIA+ is a choice that is 'un-African'.[15] We note several core human rights contained in international and regional human rights law to which LGBTQIA+ persons are entitled, including the right to dignity,[16] the right to life and integrity,[17] freedom from discrimination,[18] the right to equality,[19] freedom of association,[20] and the right to liberty and security.[21] Thus, the aim of the article is to contribute to intersections of activism and academia[22] that analyse and critique the stigmatisation and discrimination against African LGBTQIA+ persons.

Equally, we articulate the harms of legislation that can systematically decrease social inclusion and increase social exclusion. Examples are article 347(1) of Cameroon's Penal Code, Ghana's Promotion of Proper Human Sexual Rights and Ghanaian Family Values Bill 2021, Uganda's Anti-Homosexuality Act 2023 (AHA

9 AFP 'Burundi court charges 24 for "homosexual practices"' *The East African* 9 March 2023, www.theeastafrican.co.ke/tea/news/east-africa/burundi-charges-24-lgbt-members-4152138 (accessed 29 September 2023).

10 J Holleis 'LGBTQ rights in Egypt: queer community battles crackdown' *DW* 30 March 2023, www.dw.com/en/lgbtq-rights-in-egypt-queer-community-battles-crackdown/a-65170739 (accessed 29 September 2023).

11 Nation Homa Bay MP Peter Kaluma criticises the Supreme Court judgement on the rights of LGBTQ+ community' *Nation YouTube* 14 September 2023, www.youtube.com/watch?v=48jiTV4XGrc&ab_channel=Nation (accessed 29 September 2023).

12 Rédaction Africanews 'Namibia: vote on a law against same-sex marriage' *Africanews* 20 July 2023, www.africanews.com/amp/2023/07/20/namibia-vote-on-a-law-against-same-sex-marriage/ (accessed 29 September 2023).

13 Rédaction Africanews 'Rise of homophobia in Senegal forcing LGBTQ people into the shadows' *Africanews* 29 July 2022, https://www.africanews.com/amp/2022/07/29/rise-of-homophobia-in-senegal-forcing-lgbtq-people-into-the-shadows/ (accessed 29 September 2023).

14 JO Ambani 'An analysis of the second wave of criminalisation of homosexuality in Africa against the backdrop of the "separability thesis", secularism, and international human rights' LLD thesis, University of Pretoria, 2016.

15 S Olaoluwa 'The human and the non-human: African sexuality debate and symbolisms of transgressions' in Z Matebeni, S Monro & V Reddy (eds) *Queer in Africa: LGBTQI identities, citizenship, and activism* (2018) 20-40.

16 Art 5 African Charter; art 3 Maputo Protocol.

17 Art 4 African Charter; art 4 Maputo Protocol; art 6 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

18 Art 2 African Charter; art 2 Maputo Protocol; art 26 ICCPR.

19 Art 3 African Charter; art 3 ICCPR.

20 Art 11 African Charter; art 22 ICCPR.

21 Art 6 African Charter; art 4 Maputo Protocol; art 9 ICCPR.

22 J Wax-Edwards, G Champion & G Funari 'Introduction: intersections of activism and academia' (2021) 41 *Journal for the Society of Latin American Studies* 505-507.

2023),[23] and Nigeria's Same Sex Marriage (Prohibition) Act 2013 (SSMPA). There are complexities of harm such as emotional, psychological, physical, social or economic harm.[24] In this regard, harms of legislation, where enacted, become problematic in terms of the rule of law being affected, due to the unpredictability and uncertainty of these so-called 'anti-gay' laws; the recurring ethical circumstances of extreme high risk to an African state; the selectively applied humane protections by an African state upon its citizens; wider intercommunity biases and prejudices; as well as insecurity within an African state.

For purposes of the article, social exclusion is defined as a complex and multidimensional process, involving

> the lack or denial of resources, rights, goods and services, and the inability to participate in the normal relationships and activities, available to the majority of people in a society, whether in economic, social, cultural or political arenas. It affects both the quality of life of individuals and the equity and cohesion of society as a whole ... social inclusion is a process which ensures that those at risk of poverty and social exclusion gain the opportunities and resources necessary to participate fully in economic, social, political and cultural life and to enjoy a standard of living that is considered normal in the society in which they live. It ensures that they have greater participation in decision making which affects their lives and access to their fundamental rights.[25]

The article deals with three central questions. First, as related to polarising cultural and religious arguments, do African LGBTQIA+ persons in Cameroon, Ghana, Nigeria, South Africa and Uganda experience increased stigmatisation and discrimination?[26] If yes, are there sizeable numbers of politicians and other citizens proposing for and agreeing with more stringent and expansive legislation against consensual same-sex sexual conduct? Thereafter, how are the relevant contexts pertinent to domestic law as well as African regional and international human rights law?

A main limitation – with regard to the current knowledge[27] about stigmatisation and discrimination against African LGBTQIA+ persons – is that published authors are researching principally from a scholarly vantage point. Our arguments in this article are necessary and

23 Uganda's AHA 2023 was signed into law by President Yoweri Museveni in 2023.

24 M Githahu 'Religious parties, civil society in last-ditch attempt to get Hate Speech Bill dropped' *IOL* 25 May 2023, https://www.iol.co.za/capeargus/news/religious-parties-civil-society-in-last-ditch-attempt-to-get-hate-speech-bill-dropped-7cec0393-eb57-428a-b767-a36f19c72f9b (accessed 20 July 2023).

25 UN Department of Economic and Social Affairs Report on the World Social Situation 2016 *Leaving no one Behind: The Imperative of Inclusive Development: Report on the World Social Situation* (2016) 17, https://digitallibrary.un.org/record/3806782?ln=en (accessed 22 May 2023).

26 The jurisdictions under study are essential, especially considering recent developments by political, cultural and religious leaders to re-criminalise consensual same-sex relationships as well as human rights advocacy whilst disproportionately punishing LGBTQIA+ persons. Lessons are thus drawn from the South African experience on mechanisms to legally recognise and protect LGBTQ+ persons.

27 There are increasing numbers of reports, papers, journal articles, internet articles, and additional sources that focus on the stigmatisation and discrimination against LGBTQIA+ persons in Africa. Eg, CIVICUS 2023 State of Civil Society Report,

pertinent, due to the fact that the contributors articulate viewpoints from intersections of activism and academia.

Also, the strength of this contribution lies in the extensive doctrinal reflection and comparative assessment of domestic legislation in the jurisdictions under study, especially through the prism of cultural and religious intolerance against African LGBTQIA+ persons and related debate. The comparative assessment, for instance, highlights the similarities and divergence in factors that exacerbate stigmatisation and discrimination against LGBTQIA+ persons. It also serves as a way to assess and interpret the mechanisms through which religious and political actors have polarised the sensitive and conservative nature of African societies to politicise human rights discourse, resulting in cultural and religious intolerance negatively impacting LGBTQIA+ persons.

2 STIGMATISATION AND DISCRIMINATION IMPACTING ON AFRICAN LGBTQIA+ PERSONS

2.1 Relevant regional and international human rights contexts

Before presenting analyses of the five country contexts, five points within the regional and international human rights contexts are important to specify. First, in the African regional human rights system, specific acknowledgments regarding the need to protect LGBTQIA+ persons from discrimination and violence have been made. For example, the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) at its 74th ordinary session in 2023, adopted Resolution 552 on 'Promotion and protection of the rights of intersex persons in Africa'.[28] Also, at its 55th ordinary session in 2014, the Commission adopted Resolution 275 on the 'Protection against violence and other human rights violations against persons on the basis of their real or imputed sexual orientation or gender identity'.[29]

CHEVS 2022 Annual Report, Redress 2022 Report on Unequal Justice: Accountability for Torture against LGBTIQ+ People in Africa, 2022 United Nations Human Rights Report, 2021 House of Commons Library Briefing on LGBT+ Rights and Issues in Sub-Saharan Africa, art 19 2021 International Annual Report: A Critical Juncture, and 2021 UCLA School of Law Institute Report on Social Acceptance of LGBTI Persons in 175 Countries and Locations.

28 African Commission 'Resolution on the Promotion and Protection of the Rights of Intersex Persons in Africa' ACHPR/Res.552(LXXIV) 2023 21 March 2023, https://achpr.au.int/en/adopted-resolutions/resolution-promotion-and-protection-rights-intersex-persons (accessed 29 July 2023).

29 Centre for Human Rights 'Resolution 275: what it means for state and non-state actors in Africa' Centre for Human Rights, https://cfnhri.org/resources/resolution-275-what-it-means-for-the-state-and-non-state-actors-in-africa/ (accessed 22 July 2023).

In 2006, in *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe*[30] the Commission confirmed, albeit in passing, that 'other status' as set out in article 2 of the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter)[31] is not limited to the grounds stated but extends to other factors, including 'sexual orientation'. Furthermore, the Commission indicated that article 2 aims to 'ensure equal treatment for individuals irrespective of nationality, sex, racial or ethnic origin, political opinion, religion or belief, disability, age or *sexual orientation*'.[32] This specification, together with Resolutions 275 and 522, are regarded as additional achievements to confirm the rights of African LGBTQIA+ persons under the African Charter.

Yet, in 2022, at the African Commission's 73rd ordinary session, the applications for observer status by three non-governmental organisations (NGOs), namely, Alternative Côte d'Ivoire, Human Rights First Rwanda and Synergía (Initiatives for Human Rights), were rejected. Contrary to what had been previously expressed in Resolution 275, for example, the Commission argued that 'sexual orientation' is not an expressly-recognised right or freedom under the African Charter and, thus, in their opinion contrary to the virtues of African values, as envisaged by the Charter.[33] This continues an unfortunate trend, as the Commission in 2018, after having granted observer status to the NGO Coalition of African Lesbians, under pressure from the AU Executive Council reversed its decision.[34]

Second, Murray and Viljoen assert that the exclusion of certain terminologies (such as sexual orientation, from key international instruments curated by the AU, such as the African Charter) was because those terminologies were not used when the African Charter entered into force.[35] Although LGBTQIA+ persons are not specifically mentioned in any of these instruments, the instruments nevertheless emphasise the everyday concerns of LGBTQIA+ persons and set forth strong and ambitious visions for inclusivity and practical positive action on the marginalisation and concerns of LGBT persons and communities in Africa.[36]

30 (2006) AHRLR 128 (ACHPR 2006).

31 Adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986.

32 Para 169 (our emphasis).

33 African Commission 'Final Communiqué of its 73rd Ordinary Session of the ACHPR' ACHPR 18 November 2022, www.achpr.au.int/index.php/en/news/final-communiques/2022-11-18/final-communique-73rd-ordinary-session (accessed 22 May 2023).

34 F Viljoen 'LGBTQ+ rights: African Union watchdog goes back on its own word' *The Conversation* 20 March 2023, www.theconversation.com/lgbtq-rights-african-union-watchdog-goes-back-on-its-own-word-197555 (accessed 28 July 2023).

35 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* 86-111.

36 C Izugbara and others 'Regional legal and policy instruments for addressing LGBT exclusion in Africa' (2020) 28 *Sexual and Reproductive Health Matters* 99-112.

Third, since 2003 the United Nations General Assembly (UNGA) has repeatedly called attention to violence against LGBTQIA+ persons based on SOGIESC[37] through various resolutions, including those focusing on extrajudicial, summary or arbitrary executions.[38] Moreover, similar to the Commission's Resolutions 275 and 552, the United Nations Human Rights Council (HRC) has on several occasions addressed issues related to the rights of LGBTQIA+ persons, including establishing the mandate of the independent expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, and its subsequent renewals.[39]

Fourth, notwithstanding the growing consensus within the international community on human rights for all, most AU member states continue to oppose recognition and protection of what they consider as separate rights for LGBTQIA+ persons, contesting the creation of a 'new set of rights'; also that such recognition and protection is an affront to their respective religion and cultures.[40] All people are entitled to their fundamental rights, including LGBTQIA+ persons.[41] Additionally, the re-criminalisation of consensual same-sex relationships – based on cultural grounds, for example – is not justifiable since there is evidence that sexual diversity did exist in certain African communities prior to the fifteenth century.[42] As one example, in Yoruba culture, there is reference to words expressing homosexual behaviour and, in Hausa culture, homosexual identity.[43] Both facts account for the enactment of laws by former colonial authorities, especially the British, to criminalise such practices, which were considered an affront to European Christian religion and culture.

Fifth, the AU Agenda 2063 is the African continent's strategic framework that aims to deliver on its goal for inclusive and sustainable development and is a concrete manifestation of the pan-African drive for unity, self-determination, freedom, progress and collective prosperity pursued under pan-Africanism and African renaissance.[44]

37 The contributors agreed to use sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics (SOGIESC) as an inclusive acronym/abbreviation in this article. Where applicable, a different acronym/abbreviation may be utilised contextually; eg, at times, SOGISC, SOGI and SOGIE are utilised.

38 UNGA 'Extrajudicial, summary or arbitrary executions' (30 January 2015) A/Res/69/182.

39 HRC 'Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity' (15 July 2016) A/HRC/RES/32/2.

40 JM Voss 'Contesting sexual orientation and gender identity at the UN Human Rights Council' (2018) 19 *Human Rights Review* 3.

41 K Appiagyei-Atua 'Minority rights, democracy and development: the African experience' (2012) 12 *African Human Rights Law Journal* 69-88.

42 SO Murray & W Roscoe *Boy-wives and female husbands*: *studies in African homosexualities* (1998).

43 B Alimi 'If you say being gay is not African, you don't know your history' *The Guardian* 9 September 2015, www.theguardian.com/commentisfree/2015/sep/09/being-gay-african-history-homosexuality-christianity (accessed 22 July 2023).

44 African Union Commission and African Union Development Agency 'Agenda 2063: the Africa We Want' (2015) 4.

Accordingly, the persecution and condemnation of LGBTQIA+ persons on the African continent contradicts the essence of Agenda 2063.

2.2 Cameroon: harassment, torture, coercion, and extortion of LGBTQ+ persons

In this part we provide insights into harms against LGBTQ+ persons in Cameroon. We show that the Cameroonian Constitution provides equal rights for all its citizens, certainly, with the signing and ratification of international human rights instruments aimed at protecting all Cameroonians without exception. Also, the part examines intolerance against the LGBTQIA+ community in Cameroon, with a focus to counter misconceptions about Cameroonian culture and religion.

The 1967 Penal Code of Cameroon (article 347*bis*) specifies having homosexual relations as a crime.[45] This law, also known then as a Cameroonian ordinance, was limited in application of law and had the power of statutory law. Specifically, the then ordinance could be revoked and had a limited time of application. Furthermore, and equally critical, ordinances in Cameroon are laws that can be made by the President of the Republic, so ordinances have the force of law and can become laws when later validated by Parliament. For example, in 2016 homosexuality as a crime was enacted into law by Parliament (article 347(1) of the Cameroon Penal Code). To date, the punishment for engaging in homosexual relations in Cameroon is imprisonment from six months to five years, and a fine of 20 000 to 200 000 CFA francs.[46] This provision has been actively enforced by the Cameroonian police force and judicial institutions, with increased cases filed in the courts.

Another important legal provision to be considered is article 83 of the Cybercrimes and Cyber Security Law,[47] which deems it illegal for a person to make 'sexual propositions to another person of the same sex' through electronic communications. Alleged violators are subject to imprisonment and/or fines, and those penalties double if followed by sexual relations. This particular law infringes on the right to privacy, for example, when the police arrest suspected LGBTQ+ persons. Equally problematic is what the state deems and enforces as protection of so-called morality. Chapter 5 of the Cameroonian Penal Code[48] enshrines public decency or public morals and morality. The law does not define what constitutes public decency. Instead, in its articles 263 and 264 the law makes reference to public indecency and corruption of morals, respectively. The legislature, perceiving homosexuality to be immoral, fits it into the scope of what the law makes reference to. Thus, there is no explicit definition of what constitutes public decency or public morals and morality under Cameroonian law.

45 Penal Code 67/LF/1.
46 Law 2016/007 of 12 July 2016 relating to the Penal Code.
47 Cyber Security and Cyber Criminality in Cameroon, Law 2010/012.
48 Law 2016/007 of 12 July 2016 relating to the Penal Code.

Two insights into the human rights contexts of Cameroon are the African Commission's 2018 Resolution on the Human Rights Situation in the Republic of Cameroon[49] and the 2020 Resolution on the Deterioration of the Human Rights Situation in Cameroon during the COVID-19 period, particularly, the Commission's deep concern at the continuation of human rights violations in the far north, north-west and south-west regions of Cameroon.[50] In this regard, we note especially the harms experienced by LGBTQ+ persons there. For example, LGBTQ+ persons are subject to death threats, forced public displays of nudity and harassment. Also, commonplace are mass arrests, arbitrary detention as well as torture and violence while in custody.[51] Such incidents of harm against LGBTQ+ persons are not indigenous to Africa with an emphasis on the fact that penalisation of consensual same-sex sexual conduct is an import from Europe.

A microcosm of the increased stigmatisation and discrimination experienced by LGBTQ+ persons in Cameroon is the arrest and sentencing of Njeukam Loic Midrel (Shakiro) and Mouthe Roland (Patricia), both Cameroonian citizens. They were charged with 'attempted homosexuality', indecent dressing[52] and lack of identification papers.[53] There is no law in Cameroon that criminalises women, men and intersex persons for the types of clothing they wear. By assuming such powers, the Cameroonian government becomes the guarantor of moral values and what is deemed incorrect or correct; specifically, a prerogative to maintain the so-called morality factor. Thus, the government considers men wearing what is considered women's clothing to be culturally incorrect. Further, transgender women are disproportionately targeted by measures such as these.[54]

Homosexuality cases are marked by a staggering number of due process violations and other rights abuses, comprising torture and ill-treatment (including anal examinations), violations of privacy, and blatant homophobia on the part of judges and law enforcement

49 African Commission 'Resolution on the Human Rights Situation in the Republic of Cameroon' (2018) Res 395 (LXII), www.achpr.au.int/en/adopted-resolutions/395-resolution-human-rights-situation-republic-cameroon-achprres (accessed 27 July 2023).

50 African Commission 'Resolution on the Deterioration of the Human Rights Situation in Cameroon during the COVID-19 Period' (2020) Res 442 (LXVI).

51 Human Rights Watch 'Cameroon: rising violence against LGBT people, no protection from group attacks; authorities arrest, detain victims' 11 May 2022, https://www.hrw.org/news/2022/05/11/cameroon-rising-violence-against-lgbti-people (accessed 20 July 2023).

52 As mentioned by the International Commission of Jurists, there is sensitivity around the phrase 'cross-dressing' especially one's choice of attire that may be described as an expression of individual liberty and autonomy, or an expressive statement protected under the right to freedom of expression.

53 Allegations of not having proper identification papers may be used as another manner of criminalisation of LGBTQ+ persons in Cameroon, especially transgender and gender non-conforming persons.

54 T Snyman & A Rudman 'Protecting transgender women within the African human rights system through an inclusive reading of the Maputo Protocol and the proposed Southern African Development Community Gender-Based Violence Model Law' (2022) 33 *Stellenbosch Law Review* 57.

officials. Other instances of stigmatisation and discrimination against LGBTQ+ persons in Cameroon are extended stays in custody before being charged, denial of access to counsel, denial of contact with family, biased law enforcement and judicial officials, use of forced confessions, allegations of bribery to avoid arrest.[55]

Moreover, extreme religious beliefs have contributed to the spreading of anti-homosexual sentiments countrywide. In 2012 Archbishop Tonye Bakot (the then Archbishop of Yaoundé) stated that homosexuality is shameful, and a disrespectful criticism of God who created man and woman.[56] While it may be suggested that a Christian's belief deems homosexuality as a sin, such does not permit for instigation and perpetuation of violence against LGBTQ+ persons. As shown by Msibi, homosexuality has been part of Africa. The contradictory ideas on morality and religion as well as the use of outdated imported laws to prosecute LGBTQ+ individuals is not African.[57] Ndjio's findings show that before the arrival of white people in Cameroon, most regions, towns, and villages in Cameroon had some practices of homosexuality. Ndjio's findings counter the arguments that suggest homosexuality is an import or was introduced in Africa with the coming of the white man.[58] Ngoumou's argument that 'before the arrival of the *colonisers*, homosexuality in all its forms was always known in Africa long before the advent of *civilising* missions'.[59] Ngoumou also contends that the lives of lesbians and homosexuals before the arrival of the colonisers were characterised by peace, harmony and good living conditions and they lived within the Cameroonian society. Mbebe confirms this.[60] We specify that there is increased lesbiphobia, biphobia, homophobia and transphobia in Cameroon in 2023 with specificity to harassment, torture, coercion, and extortion of LGBTQ+ persons.

Connected to the above harms are calls for stringently-wider legislation against consensual same-sex sexual conduct. For example, after the French Ambassador Jean-Marc Berthon was to visit Cameroon to hold a conference on gender and sexual identity, the

55 Human Rights Watch 'Guilty by association' 21 March 2013, https://www.hrw.org/report/2013/03/21/guilty-association/human-rights-violations-enforcement-cameroons-anti (accessed 20 July 2023).

56 Reuters staff 'Cameroon archbishop calls same-sex marriage crime against humanity' *Reuters* 25 December 2012, www.reuters.com/article/cameroon-homosexuality-idINDEE8BO04K20121225 (accessed 20 July 2023).

57 T Msibi 'The lies we have been told: on (homo) sexuality in Africa' (2011) *Africa Today* 55-77.

58 B Ndjio 'Post-colonial histories of sexuality: the political invention of a libidinal African straight' (2006) 82 *Africa: Journal of the International African Institute* 609-631.

59 LF Ngaoumou *Social analysis of the LGBTQ+ issues in the historical, social, religious and legal context in Cameroon* (2021) 8.

60 P Awondo and others 'Homophobic Africa? Toward a more nuanced view' (2011) 55 *African Studies Review* 145-168.

Cameroonian government stated that the discussion topics breached anti-homosexuality legislation.[61] The fact that Berthon's planned visit was weeks after the passage of Uganda's AHA 2023 is up for further analysis. Also, some religious leaders denounced the planned visit, insinuating that homosexuality is against nature and is an abomination which should not be tolerated.[62]

As a state party to the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT),[63] Cameroon is to ensure that there is no room for justification for acts of torture. Enforcement of articles 83 and 347(1) constitutes a violation of Cameroon's international human rights obligations.[64] This position is supported by reference to article 45 of the Cameroonian Constitution, which stipulates that '[d]uly approved or ratified treaties and international agreements shall, following their publication, override national laws, provided the other party implements the said treaty or agreement'.[65] Moreover, pertaining to laws in Cameroon, article 1 of the Penal Code, article 16 of the Civil Code and article 84 of the Labour Code all enshrine the principles of equality and non-discrimination against any person.[66] Article 65 of Cameroon's Constitution, which states that 'the Preamble shall be part and parcel of the Constitution', implies that the rights guaranteed in the Preamble are legally binding. The Preamble sets out the respect of the principles of the Universal Declaration of Human Rights and non-discrimination as well as protection of minorities and rights of Indigenous persons. We note that, in the Cameroonian Constitution, drafters of the Constitution do not explicitly explain which category of persons are within the term of 'minority'.

In the above regard, homosexuality in Cameroon remains illegal with human rights advocacy at high physical, mental, social as well as financial costs to LGBTQ+ persons there. We emphasise the long-term implications of suppressing human rights advocacy in Cameroon and violating a person's human rights.

61 Reuter staff 'Cameroon opposes French LGBT+ rights ambassador's visit' *Reuters* 21 June 2023, www.reuters.com/world/africa/cameroon-opposes-french-lgbt-rights-ambassadors-visit-2023-06-21 (accessed 1 October 2023).

62 Canal2 International 'Le Journal 19h50 du Jeudi 22/06/23' *Canal2 International YouTube* 22 June 2023, https://www.youtube.com/live/6ToBvF_fK_I?si=TUChwEqryMLAUWtq (accessed 6 October 2023).

63 Adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987.

64 OHCHR UN Treaty Body Database: Ratification Status for Cameroon, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Home.aspx (accessed 27 July 2023). Cameroon has ratified seven of the nine key UN human rights treaties, and is a signatory to the rest.

65 Constitution of the Republic of Cameroon, 2008.

66 CD Ndongo 'The impact of the Maputo Protocol on Cameroon' in VO Ayeni (ed) *The impact of the Maputo Protocol in select African states* (2016) 23.

2.3 Ghana: polarising religious and para-Christian ideas that inform the Promotion of Proper Human Sexual Rights and Ghanaian Family Values Bill 2021

Ghana's Parliament is considering passing the Promotion of Proper Human Sexual Rights and Ghanaian Family Values Bill 2021 (Ghana's Anti-LGBTQ+ Bill). A section of the members of parliament sponsored the Bill. The scope of restrictions on human rights in the Bill has caused extensive debates and opposition from some sections of Ghanaian society, especially in academic, political and religious settings. The Bill's core aim is informed by polarising religious institutions and para-Christian bodies such as the Ghana Pentecostal and Charismatic Council, the Coalition of Muslim Organisations of Ghana, and Advocates for Christ.[67] For example, it is purported that LGBTQIA+ persons are at variance with the very moral, cultural and religious foundations of Ghanaian society. This part provides insights on the existing legal framework, development on the re-criminalisation of consensual same-sex relationships as well as human rights advocacy while disproportionately punishing LGBTQ+ persons. Due consideration is given to the opinion of Ghana's Attorney-General and Minister for Justice and other government officials in terms of potential human rights infractions by the Bill. This part further shows incidents of stigmatisation and discrimination of LGBTQIA+ persons in Ghana.

The Fourth Republican Constitution of Ghana of 1992 provides elaborate rights and freedoms, which all persons are entitled to enjoy in Ghana. The 1992 Constitution is explicit against discrimination on the grounds of social or economic status, gender, race, religion, creed and ethnic origin.[68] The 1992 Constitution also provides instances where differential treatment should not be considered as discriminatory in character, especially where such treatment is in respect of, for instance, the implementation of government policies aimed at redressing social, economic and educational imbalances in Ghanaian society.[69] In the context of protecting LGBTQIA+ persons against discrimination, the much-touted debate is that the anti-discrimination provision in the 1992 Constitution does not offer explicit protection to homosexuals in Ghana. This triggered a debate and assessment of the provision during the Constitution review processes in 2011.[70] The crux of the debate and submissions to the Constitution Review Commission (CRC) was the suggestion to include 'sex' in the anti-discrimination clause of the 1992 Constitution.[71] The Commission, however, concluded that including

67 Parliament of Ghana www.parliament.gh/docs?type=Bills&OT *Bills* (accessed 26 November 2022).

68 Art 17(2) Constitution of the Republic of Ghana, 1992.

69 Art 17(4) Constitution of the Republic of Ghana, 1992.

70 Constitution Review Commission Report of the Constitutional Review Commission of Ghana 'from a political to a developmental Constitution' (2011) 656-657.

71 As above.

'sex' in the anti-discrimination clause of the 1992 Constitution could potentially lead to the interpretation that Ghana accepts LGBTQ+ practices.[72] The ultimate recommendation by the Commission was that issues of such nature should be left for interpretation and determination by Ghana's apex court.[73] The debate thus rages on, especially with sponsors of the Bill claiming that the 1992 Constitution permits for positive discrimination. Accordingly, it is believed that through laws, LGBTQIA+ persons could be discriminated against without offending the provisions of the 1992 Constitution.

From a statutory standpoint, section 104(1)(b) of Criminal Offences Act 29 of 1960 criminalises 'unnatural carnal knowledge' – this provision by nature prohibits consensual same-sex conduct between men, but not between lesbians.[74] Section 104(1)(b) of the Criminal Offences Act was imported from the then Criminal Ordinance 12 of 1892 promulgated by the British colonial government.[75] The Criminal Ordinance 12 was the first piece of legislation to introduce 'unnatural carnal knowledge' in a bid to quell homosexual activities in the then Gold Coast of Ghana.[76] Unfortunately, section 104(1)(b) of the Criminal Offences Act is seen by many politicians and religious leaders as insufficient to adequately put an end to so-called LGBTQIA+ activities in Ghana. Thus, overly-stringent legislation has been proposed, coupled with extreme cultural and religious beliefs, and aimed at restricting fundamental rights and freedoms – such as freedom of association, freedom of expression, freedom of speech, including academic freedom, the right to equal treatment, the right to human dignity, freedom of assembly, the right to demonstrate, and the right to personal liberty.

Aside from the religious undertones and influences of the Bill, the main goal is to provide a comprehensive piece of legislation beyond the contours of section 104(1)(b) of the Criminal Offences Act and to decisively end the so-called LGBTQIA+ activities in Ghana. According to the Bill's sponsors, the provisions of the Bill, that are to restrict LGBTQ+ persons in Ghana, are justified on several grounds.

Chief is the pursuance of the cultural aspirations and desires of Ghanaians articulated in article 39 of the 1992 Constitution of Ghana. Article 39 of the 1992 Constitution of Ghana enjoins the government to integrate appropriate customary values into 'the fabric of national life through formal and informal education'.[77] Article 39 also requires the government to ensure that appropriate customary values are adapted

72 As above.

73 As above.

74 Sec 104(1)(b) Criminal Offences Act 29 of 1960.

75 WB Griffith (ed) *Ordinances of the Gold Coast Colony and the rules and orders thereunder in force* (1903); JS Read 'Ghana: the Criminal Code, 1960' (1962) 11 *International and Comparative Law Quarterly* 272.

76 As above.

77 Art 39(1) Constitution of the Republic of Ghana, 1992.

and developed as an integral part of the growing needs of the society as a whole.[78] The sponsors of the Bill support the pursuance of this cultural aspiration of Ghana with further claims that homosexuality is alien to Ghanaian and African culture, and that the majority of Ghanaians, based on their religious beliefs, abhor such practices.[79] Accordingly, stringent criminalisation aligns with the cultural and religious beliefs of Ghana, while promoting the cultural aspirations of the framers of the 1992 Constitution. Academic reflections and case law do not support the reliance on article 39 of the 1992 Constitution and the claim that fundamental rights and freedoms of LGBTQ+ persons should be restricted because of the religious beliefs of the majority of Ghanaians.

According to Coleman and others, article 39 of the 1992 Constitution prescribes a specific procedure through which the cultural objectives of Ghana can be realised.[80] According to them, article 39 prescribes that the integration of cultural values and norms into national life must be through formal and informal education.[81] This constitutional provision does not prescribe an imposition of criminal sanctions, especially through a penal code as suggested by the sponsors of the Bill. The authors accordingly argue that the reliance on article 39 and imposition of penal sanctions as the foundation to actualise the cultural objectives of Ghana is a complete mischaracterisation and reading of the 1992 Constitution of Ghana.[82] Also, regarding the advancement of religious and moral beliefs of Ghanaians, several case laws have expressed the view that Ghana is not governed by the teachings and dogmas of a particular religion, but rather the laws of the state. In the case of *Osam Pinanko v Lartey & Another*[83] Archer J stated that 'there is no established religion in Ghana recognised as the religion of the state. The courts of Ghana apply the laws of the country and not what the Christian Bible teaches.'[84]

Similarly, in *James Kwabena Bomfeh Jnr v Attorney-General*[85] the Supreme Court of Ghana remarked and emphasised the secular nature of the Ghanaian society. According to the Court, 'the Constitution of the Fourth Republic, while secular in nature, affirms and maintains the historical, cultural, and religious or atheist character of the Ghanaian society'.[86] That is to say, the fact that the majority of Ghanaians abhor homosexuality because of their faith does not imply that such religious dogmas should be imposed on all Ghanaians as the law of Ghana. While it is admitted that majoritarian rule is a guiding

78 Art 39(2) Constitution of the Republic of Ghana, 1992.

79 Memorandum to the Bill 1.

80 TE Coleman, EY Ako & JG Kyeremateng 'A human rights critique of Ghana's Anti-LGBTQ+ Bill of 2021' (2023) 23 *African Human Rights Law Journal* 96-122.

81 As above.

82 As above.

83 (1967) GLR 380 382-385.

84 *Osam-Pinanko v Lartey & Another* (1967) GLR 380 382-385.

85 Writ J1/14/2017 (unreported).

86 *James Kwabena Bomfeh Jnr v Attorney-General* Writ J1/14/2017 (unreported) 18.

principle under the 1992 Constitution of Ghana, the position of the majority must be guided by the need to protect the most vulnerable in society, particularly the minority. The rule by majority is thereby circumscribed within certain parameters. The reason for such checks and balances is to prevent situations where the majority is tyrannical in nature.[87]

In terms of the claim that homosexuality is foreign to African culture, the existence, if not the acceptance, of homosexual relationships in some parts of Ghana is supported by the scholarly works of Signorini. For example, in a study on the patterns of kinship amongst the people of Nzema in the current western region of Ghana, Signorini uncovered a unique form of marriage known as *agonwole agyale* – a system of marriage between persons of the same sex.[88] This marriage system represented a 'sublimation of deep feeling which is of considerable value as a social cohesion in Nzema culture and which is recognised by that society'.[89] Admittedly, Signorini was speculative on whether there existed a sexual relation in such a type of marriage. Nevertheless, the existence of this type of marriage among the people of Nzema is uncontested, indicating that homosexual relationships are not foreign to Ghanaian culture. It is noteworthy that the fact that the practice did exist does not imply that it was accepted by society as a whole or as part of the so-called norm. Ako argues that some pre-colonial African societies did not abhor consensual same-sex relationships.[90] He explains that while pre-colonial African societies cherished heterosexual relationships (for purposes of childbirth and continuity of family generations) they also valued consensual same-sex relationships.[91] In addition, Ngwena asserts that same-sex relationships have been part of our Africanness.[92] Similarly, Epprecht[93] and Ambani[94] reaffirm the existence and acceptance of homosexuality in some parts of pre-colonial African societies.

Indeed, the degree of constitutional infractions by the provisions of the Anti-LGBTQ+ Bill on the fundamental rights and freedoms of individuals necessitated that Ghana's legal chief provide an opinion on the constitutional challenges and potential exposure of the government

87 Coleman and others (n 80) 113-114.

88 I Signorini 'Agonwole agyale: the marriage between two persons of the same sex among the Nzema of Southwestern Ghana' (1973) *Journal Des Africanistes* 221-222; SO Dankwa 'The one who says I love you: same-sex love and female masculinity in postcolonial Ghana' (2011) *Ghana Studies* 223-224.

89 Signorini (n 88).

90 EY Ako 'Domesticating the African Charter on Human and Peoples' Rights in Ghana: threat or promise to sexual minority rights?' (2020) 90 *African Human Rights Yearbook* 99-106.

91 As above.

92 C Ngwena *What is Africanness? Contesting nativism in race, culture, and sexualities* (2018).

93 M Epprecht 'Bisexuality and the politics of normal African ethnography' (2006) 48 *Anthropologica* 190-192.

94 J 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) 23-24.

of Ghana to unwarranted civil actions, especially about the operationalisation and validity of the Bill. The Attorney-General, in his response to the Chairperson of the Committee on Constitutional, Legal and Parliamentary Affairs of the Parliament of Ghana on the Request for Memoranda on the Government's Position on the Promotion of Proper Human Sexual Rights and Ghanaian Family Values Bill, 2021[95] remarked that 'parts of the Bill in its present form violates fundamental rights and freedoms enshrined in the Constitution, including the right to freedom of expression, thought and conscience and freedom from discrimination'.[96] The Attorney-General, however, admitted that other provisions of the Bill pass the constitutionality test, whereas others are repetitions from existing legislation.[97]

Another critical constitutional point considered by the Attorney-General was on the nature of the Bill (Private Members Bill) and whether or not its implementation would have financial implication for the state.[98] On this question, the Attorney-General expressed the opinion that the obligation on collective responsibility of citizens, educational institutions as well as state institutions, the provision of prison facilities, among others, may have financial implications for the government.[99]

On the issue of restriction of fundamental rights and freedoms of individuals, the Attorney-General concluded:

> Chapter five of the Constitution guarantees the fundamental rights and freedoms of every person. These are rights that are to be upheld and respected by the Legislature, the Executive and the Judiciary and all organs of government and its agencies and all natural and legal persons. Aspects of the Bill in its current form may violate some fundamental rights, and freedoms enshrined in the Constitution, including the right to freedom of expression, thought and conscience, and freedom from discrimination.[100]

Most significantly, the practical realisation and implementation of the Bill will also be fraught by some legal challenges, including an incursion into the privacy rights of individuals, particularly LGBTQ+ persons in Ghana. This assertion is corroborated by the concluding remarks of the Attorney-General who averred that 'attention is drawn to the possible implementation challenge likely to be faced after the Bill is passed. Some provisions when implemented, will violate fundamental rights and freedoms, particularly the right to privacy.'[101]

Notwithstanding the extensive clause-by-clause analysis by the Attorney-General to ascertain the constitutionality of the provisions of

95 The Attorney-General and Ministry of Justice 'Re: Request for Memoranda on the Government's Position on the Promotion of Proper Human Sexual Rights and Ghanaian Family Values Bill, 2021' (19 October 2022), www.citinewsroom.com/wp-content/uploads/2022/11/A-Gs-Opinion_Promotion-Of-Proper-Human-Sexual-Rights-Bill-2021.pdf (accessed 3 October 2023).

96 As above.

97 As above.

98 As above.

99 As above.

100 As above.

101 As above.

the Bill, several issues that constitute a fundamental part of Ghana's constitutional framework and jurisprudence were ignored. For instance, the position of the Attorney-General completely ignored Ghana's obligation under key international instruments and resolutions. Also, the Attorney-General's conclusion on ascertaining the constitutionality of the Bill did not consider the case law in Ghana on the proper mechanics, rubrics and programmatic structure of limiting fundamental rights and freedoms.[102] The sponsors of the Bill also failed to consider the case law on the proper approach to limit fundamental rights and freedoms under the 1992 Constitution of Ghana. The authors assert that a careful assessment of the case law, coupled with a consideration of recent international commitment by Ghana would have impacted some of the justifications advanced by the sponsors of the Bill to restrict the rights and freedoms of LGBTQIA+ persons.

On the issue of Ghana's obligation under key international instruments and resolutions, Ghana, for instance, is a member of the HRC. Recently, meaningful engagements on the ways to end violation of human rights of sexual minorities and the re-criminalisation of consensual same-sex affairs was conducted during the Fourth Cycle of the Universal Periodic Review on 24 January 2023.[103] Prior to that, Ghana in 2017 moved away from its hostile position on the homosexuality debate and in principle supported the recommendations by the HRC.[104] Also, Ghana is a state party to the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and thus is bound by the decisions of the Human Rights Committee – which has pronounced in several cases that discrimination on the grounds of sexual orientation is at variance with the non-discrimination provision, the right to human dignity and privacy under ICCPR.[105]

102 See the following cases on limitation of rights analysis under Ghanaian law not considered by the Attorney-General and the sponsors of the Bill to justify the limitation of rights under the 1992 Constitution of Ghana: *Ahumah Ocansey v The Electoral Commission and the Centre for Human Rights & Civil Liberties v The Attorney-General* [2010] SCGLR 575 (in this case, the Supreme Court of Ghana adopted the Canadian proportionality test or Oakes test in *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103 as the framework to limit fundamental rights and freedoms); *Republic v Thompson Books Limited No 2* [1996-1997] SCGLR 484; *Charles Ayuune Akurugu v The Attorney-General* Suit HR/00039/2015 (29 March 2017) (unreported).

103 United Nations Human Rights Council 'Universal Periodic Review – Ghana Fourth Cycle: Tuesday 24 January 2023, 14:30-18:00', www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/gh-index (accessed 3 October 2023).

104 See United Nations Human Rights Council 'Universal Periodic Review – Ghana Third Cycle: Tuesday 17 November 2017 14:30-18:00' www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/upr-ghana-un-contributions-s28 (accessed 3 October 2023).

105 See the following cases: *G v Australia* Communication 2172/2012 CCPR/C/119/D/2172/2012 28 June 2017; *Toonen v Australia* HRC (31 March 1994) UN Doc CCPR/C/50/D/488 (1992); *Kirill Nepomnyashcvhiy v Russian Federation* Communication 2318/2013 CCPR/C/123/D/2318/2018 23 August 2018.

The Bill has received mammoth support from the majority of the Ghanaian population (largely due to the religious beliefs and perceptions that homosexuality is an act imposed by morally-depraved Western countries).[106] We argue that one cannot deny the reality that certain constitutional safeguards in the 1992 Constitution of Ghana, guaranteeing respect for the fundamental rights and freedoms of LGBTQ+ persons, cannot be eroded by the provisions in the Bill. Suffice it to say, the Attorney-General gave the greenlight to certain aspects of the Bill that are seen not to be inconsistent with the 1992 Constitution of Ghana. Consequently, it is expected that the Bill will undergo an overhaul to accommodate the government of Ghana's position to not expose the state to unwarranted civil litigations on incursions into people's fundamental rights and liberties. Moreover, even though some aspects of the Bill have been ruled to be at variance with some provisions of the 1992 Constitution, the extreme support of the majority of Ghanaians – coupled with the debate's sensitive and conservative nature – have been linked to stigmatisation and discrimination against LGBTQ+ persons between 2021 and 2023.

For instance, the Ghana police service is on record to have raided the LGBTQ+ office/advocacy centre and ordered the premises to close down.[107] The raiding and closure of the office flowed from the consistent pressure mounted on the government by religious leaders. Also, threats and stigma against the LGBTQ+ community was witnessed when the Kwabenya Traditional Council in the Ga East Municipality recently threatened to burn down a house in Ashongman alleged to be the meeting place of some members of the LGBTQ+ community.[108] Furthermore, the politicisation of LGBTQ+ debates in Ghana has assumed a different dimension with some religious leaders openly threatening law makers/legislators to take a stand to support the Anti-LGBTQ+ Bill or risk being voted out of power by their members. For instance, the Chairperson of the Church of Pentecost (the leader of one of the most populous churches in Ghana), Apostle Eric Nyamekye, stated that his outfit will vote out any political party and, by extension, members of parliament that stand against the promulgation of the Anti-LGBTQ+ Bill in Parliament. He remarked that 'we're going to cause people to come onto the street, we're going to warn any

106 L Ossé 'Ghanaians are united and hospitable but intolerant towards same-sex relationships', www.afrobarometer.org/wp-content/uploads/2022/02/ad461-ghanaians_united_and_tolerant_-_except_toward_same-sex_relationships-afrobarometer_dispatch-29june21.pdf (accessed 2 October 2023).

107 'Police raid and close down Ashongman office of LGBTQ+ group' *MyJoyOnline* 24 February 2021, www.myjoyonline.com/police-raid-and-close-down-ashongman-office-of-lgbtq-group/ (accessed 2 October 2023).

108 EE Abbey 'Kwabenya traditional council threatens to burn down LGBTQI meeting place' *Graphic Online* 23 February 2021, www.graphic.com.gh/news/general-news/kwabenya-traditional-council-threatens-to-burn-down-lgbtqi-meeting-place.html (accessed 2 October 2023).

government that if you vote against this bill, we will vote you out, that is it. There's no room for neutrality.'[109]

Another disturbing trend of stigmatisation, discrimination and threats against LGBTQ+ persons was recorded at the height of the COVID-19 pandemic in 2021, where the court was used as a tool to attack some LGBTQ+ persons. In May 2021 a group of young activists who famously became known as the 'Ho 21' were arrested and charged in Ho, the regional capital of the Volta region of Ghana, for allegedly engaging in homosexual activities, unlawful assembly and participation in a LGBTQ+ workshop.[110] These activists were detained and denied bail for several weeks. The young activists were discharged in August 2021 after the case had been struck out for lack of evidence of their engagement in homosexual activities.[111]

In summary, stigmatisation and discrimination against LGBTQ+ persons in Ghana is most concerning. Moreover, with attempts by some members of parliament to impose stringent sanctions on LGBTQ+ persons in Ghana, increased cultural and religious intolerance might become more ingrained among the majority of Ghanaians who support the passage of the Bill into law.

2.4 Nigeria: religious and cultural disapproval of consensual same-sex sexual conduct

In the Cameroon and Ghana parts above, cultural and religious intolerance is shown as linked to polarising viewpoints about human rights. According to some political purviews, there are cultural and religious arguments that refute the human rights of LGBTQIA+ persons. These purviews are examined also in the Nigerian context, particularly, to further critique misinterpretations of human rights.

In the case of Nigeria, 10 years after the passage of the SSMPA, its enforcement has expanded. Allen and others emphasised that

> despite the increased attention to human rights issues, public debate unequivocally favoured the SSMPA and its discriminatory effects on persons perceived to be LGBTQI in Nigeria. As though the effects of the SSMPA are not dire enough, more discriminatory laws have been enacted at state levels, such as Benue state's Same-

109 KA Darko 'We will vote out any government that opposes anti-LGBTQ+ Bill – Church of Pentecost' *MyJoyOnline* 7 October 2021, https://www.myjoyonline.com/we-will-vote-out-any-government-that-opposes-anti-lgbtq-bill-church-of-pentecost/ (accessed 2 October 2023).

110 E Akinwotu 'Outcry after 21 people arrested in Ghana for "advocating LGBTQ activities"' *The Guardian* 24 May 2021, https://www.theguardian.com/world/2021/may/24/outcry-people-arrested-ghana-advocating-lgbtq-activities (accessed 3 October 2023). For a detailed assessment of the politicisation and stigmatisation against LGBTQ+ persons in Ghana, see EY Ako & A Odoi 'LGBTQ+ lawfare response to the politicisation of homosexuality in Ghana' in A Jjuuko, S Gloppen, A Msosa & F Viljoen (eds) *Queer lawfare in Africa: legal strategies in contexts of LGBTQ+ criminalisation and politicisation* (2022) 275-312.

111 Agence France-Presse in Accra 'Ghana court frees 21 arrested for attending May LGBTQ+ event' *The Guardian* 5 August 2021, www.theguardian.com/world/2021/aug/05/ghana-court-frees-21-arrested-for-attending-may-lgbtq-event (accessed 3 October 2023).

> Sex Marriage Prohibition Law. It is noteworthy that these discriminatory laws are products of colonialism, with a clear example being the Criminal Code Act of 1916 passed down from Victorian era law. Additionally, despite change at the institutional level (as seen with the Nigerian Human Rights Commission's recognition of human rights violations based on SOGIE), cases of arbitrary arrests and unlawful detentions perpetrated by the Nigerian police force and other law enforcement agencies have persisted.[112]

As in the case of Cameroon and Ghana, instances of arrests in Nigeria may be linked to a presumption of and/or suggested affinity to homosexuality. These instances, we argue, are not legally based. According to human rights lawyer Festus Onifade, the law on presumption of innocence as per the Nigerian Constitution is not clear. For a person to be arrested, there must be a known offence under the law that the person has contravened. Onifade continues that section 1(3) of the Constitution is clear about every other law … that is, that goes head to head with the Constitution will fall … the right to their dignity in the presumption of their innocence to those suspects should be [upheld].[113]

Another complexity of presumption and proposed affinity is the interpretations about sex, gender, income and class. For instance, larger assaults or attacks on low-income LGBTQI+ women increasingly occur where they are perceived as overt proponents of LGBTQI+ rights or attempting to become men.[114] Also, for such overtness, there appears to be intolerance by way of harms against loved ones; unsafe working environments; attempted assassination of character; extortions; and rape.[115] The inconsistency of the rule of law is problematic primarily because application becomes subject to interpretation; interpretation, especially to enforce at will and which can include mob justice. A revert to the courts might be an alternative. In the interim, LGBTQIA+ persons continue to experience high risks in terms of accessing their basic needs such as food, shelter, employment, health services and security.

A search of the International Lesbian and Gay Association (ILGA) World database in respect of Nigeria reveals that the country does not offer protection against discrimination based on SOGIESC, or protection against discrimination in respect of (i) the provision of good and services; (ii) health; (iii) education; (iv) employment; and (v) housing. The ILGA World database also reveals that, in terms of the

112 PC Allen and others 'Absolute sovereignty exceptions as well as legal obligations of states to protect the rights of LGBTQI and gender diverse persons' *LGBTQ Policy Journal* 29 April 2021, https://hksspr.org/absolute-sovereignty-exceptions-as-well-as-legal-obligations-of-states-to-protect-the-rights-of-lgbtqi-and-gender-diverse-persons-gdp/ (accessed 23 July 2023).

113 Arise News 'Gay suspects arrest: parading them breaches their rights to presumption of innocence – Festus Onifade' *Arise News YouTube* 31 August 2023, https://youtu.be/GB2Omkf-pL4?feature=shared (accessed 30 September 2023).

114 Nigeria, like in Cameroon and Ghana, does not have a law against cross-dressing.

115 E Akinkuotu 'Again, lesbian group sues CAC over non-registration' *Punch* 3 February 2020, https://punchng.com/again-lesbian-group-sues-cac-over-non-registration/?amp (accessed 27 July 2023); The Initiative for Equal Rights '2022 social perception survey on LGBT persons' rights in Nigeria' 2022, https://theinitiativeforequalrights.org/ (accessed 31 July 2023).

hate crime law, Nigerian laws neither aggravate penalties for crimes committed on the basis of SOGIESC nor do they explicitly consider such crimes hate crimes. No laws in force in Nigeria currently prohibit incitement to hatred, violence or discrimination on the basis of SOGIESC.

Proponents of SSMPA maintain that most Nigerian citizens have not accepted (and will not accept) consensual same-sex sexual conduct as one's culture or as being sinless. Like the previous contexts of Cameroon and Ghana, there is religious and cultural disapproval of consensual same-sex sexual conduct. It is not surprising that this disapproval, in 2023, has led to increased instances of arrests and intolerances.

Furthermore,

> Nigeria has ratified many regional and international treaties that mandate the protection of people living within its territory from abduction, violence, torture and other ill treatment, slavery, forced prostitution, and discrimination based on sex. These instruments obligate Nigeria to adopt effective measures for the prevention, investigation, prosecution and punishment of serious human rights abuses. Nigeria is also required to fulfil the right of its citizens to education and the highest attainable standard of health, as well as to provide redress and reparations to survivors of human rights abuses.[116]

These agreements appear to be strained during implementation with politicised arguments suggesting that, ultimately, national contexts supersede any global obligations and ultimate authority reverts to the AU member states.

2.5 South Africa: religious exceptionalism within the legal framework and its impact on LGBTQIA+ persons

South Africa has the most developed legal authority on the African continent with regards to the recognition and protection of the rights of LGBTIQA+ persons. Beyond the regional and international obligations as confirmed by South Africa's ratification of the African Charter, the Maputo Protocol and seven of the nine core UN human rights treaties, relevant domestic legislation that recognises and protects the rights of LGBTQIA+ persons includes section 9 of the Constitution,[117] the Civil Union Act,[118] the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act,[119] the Alteration of Sex Description and Sex Status Act,[120] the Civil Union Amendment Act,[121] as well as the proposed Prevention and Combating of Hate Crimes and Hate Speech Bill.[122]

116 Allen and others (n 112).
117 Constitution of the Republic of South Africa, 1996.
118 Act 17 of 2006.
119 Act 4 of 2000.
120 Act 49 of 2003.
121 Act 8 of 2020.
122 B9B of 2018.

However, even as South Africa recognises and protects LGBTQIA+ persons through various legal measures, the impact of religious arguments seems to undermine such recognition and protection in practice. As such, LGBTIQA+ persons continue to experience stigma, discrimination and violence, and factors such as race, income level and geography have a noticeable impact on this.[123] Moreover, religious justification continues to exacerbate the situation.

In South Africa, the LGBTQIA+ community continues to be some of the most targeted people, with high rates of hate crimes specifically perpetuated against them. This targeting is a contradiction of religious values such as dignity and equality as well as a violation of rights as contained in South Africa's domestic law, African regional human rights law as well as international human rights law. Unlike the other country contexts assessed in this article, with noticeable challenges of re-criminalisation, there is no clear reason why religiously-motivated discrimination and violence, and legal exceptionalism, are able to continue in a context such as South Africa. Noticeably, certain religious concessions have been made throughout legislation.

As one illustration, South Africa has had marriage equality since 2006, namely, the rights of all people to marry their person of choice regardless of their sexual orientation. South Africa was the first African country, and fifth country worldwide, to pass such legislation. The Civil Union Act was enacted in 2006 as a companion to the already-existent Marriage Act.[124] In consideration of the right to religion and religious manifestation being used as a justification to exclude or discriminate against LGBTQIA+ persons and their rights, sections 5 and 6 of the Civil Union Act are worth noting. Section 6 sets out the following:

> A marriage officer, other than a marriage officer referred to in section 5, may in writing inform the Minister [of Home Affairs] that he or she objects on the ground of conscience, religion and belief to solemnising a civil union between persons of the same sex, whereupon that marriage officer shall not be compelled to solemnise such civil union.

Notably, this section allowed a marriage officer to refuse to marry a couple on the grounds of their conscience, religion or belief. Also, it only referred to marriage officers who were not already deemed religious marriage officers – as due to section 5, religious marriage officers in any case have no obligation to solemnise a marriage that they could argue might violate the doctrines of their religion. Thus, even though technically, all people in South Africa have had the right to marry their partner of choice since 2006, many LGBTQIA+ couples were being denied this right *de facto* due to section 6 of the Civil Union Act. In 2016 it was found that only 28,6 per cent of Home Affairs

123 Intersecting factors of discrimination manifest to the current reality that black lesbian and transgender women seem to be the most targeted persons in South Africa, often victims of assault, rape and murder. There is much research that has been done and is currently underway regarding what is often described as the crime of 'corrective rape', but also in general high rates of violence targeting sexual and gender minorities continue.

124 Act 25 of 1961.

branches had marriage officers who were willing to marry same-sex couples.[125] In 2017 a follow-up report found that 37 per cent of marriage officers at the time were exempted from performing civil union marriages because of their objection on the grounds of their religion or belief.[126] Accordingly, the number of couples turned away from being married and required to travel from their area to another where an officer might approve of their union – in order to access this fundamental legally-provided right – revealed a stark pattern of discrimination. Section 6 of the Civil Union Act was repealed in 2020, with the enforcement of the Civil Union Amendment Act.[127] Section 6 was found to be unconstitutional and a violation of the right to equality. During the process of repeal, the South African Constitution was quoted, arguing that in consideration of the basic values and principles governing public administration, 'services must be provided impartially, fairly, equitably and without bias'.[128] Notwithstanding this win for LGBTQIA+ couples, section 5 remains within the Civil Union Act and, thus, any LGBTQIA+ couple who might want to be married within the traditions of their faith still has the chance of being turned away.

Furthermore, the pending Prevention of Hate Speech and Hate Crimes Bill, which aims to criminalise hate speech[129] as well as hate crimes,[130] explicitly includes 'sexual orientation, gender identity or expression or sex characteristics' as protected grounds.[131] The provisions regarding hate crimes are straightforward; the provisions regarding hate speech less so. Notably, in the latter half of section 4, a possible exception with regard to the offence of hate speech:

125 R Igual 'Shocking! Only 28% of Home Affairs offices will marry lesbian and gay couples' *Mambo Online* 8 September 2016, www.mambaonline.com/2016/09/08/farce-28-home-affairs-offices-will-marry-gay-people/ (accessed 10 November 2022).

126 L de Barros 'Home Affairs minister rejects call to amend discriminatory Civil Union Act' *Mambo Online* 12 July 2017, www.mambaonline.com/2017/07/12/home-affairs-minister-rejects-call-amend-discriminatory-civil-union-act/?platform=hootsuite (accessed 10 November 2022).

127 Centre for Human Rights 'Press statement: Centre for Human Rights welcomes South Africa's repeal of section 6 of the Civil Union Act' 14 July 2020, www.chr.up.ac.za/sogiesc-news/2159-press-statement-centre-for-human-rights-welcomes-south-africa-s-repeal-of-section-6-of-the-civil-union-act (accessed 31 May 2022).

128 Sec 195(d).

129 The offence of 'hate speech' is defined in the Bill as 'any person who intentionally publishes, propagates or advocates anything or communicates to one or more persons in a manner that could reasonably be construed to demonstrate a clear intention to - (i) be harmful or to incite harm; or (ii) promote or propagate hatred, based on one or more of the following grounds'.

130 A hate crime is defined in the Bill as 'an offence recognised under any law, the commission of which by a person is motivated by that person's prejudice or intolerance towards the victim of the crime in question because of one or more of the following characteristics or perceived characteristics of the victim or his or her family member or the victim's association with, or support for, a group of persons who share the said characteristic'. Thus, the hate crime would already be a recognised crime in South Africa, with the added factor of the motivating prejudice.

131 Sec 1(o).

> The provisions ... do not apply in respect of anything done ... if it is done in good faith in the course of engagement in ... any *bona fide* interpretation and proselytising or espousing of any religious conviction, tenet, belief, teaching, doctrine or writings, that does not advocate hatred that constitutes incitement to cause harm.[132]

The phrasing of this section possibly provides a loophole where an accused person could claim that they were genuinely engaging in their religious beliefs, or acting on their religious values, and yet did not have the intention to incite harm against a LGBTQIA+ person. This ignores the question of whether harm was caused and could be used as a legally-valid defence. A few other problems of this section include its vague phrasing and that there is no test outlined for how to prove intention. It remains unclear how this provision would practically operate, leaving reason to fear that hate speech targeting members of the LGBTQIA+ community would go unchallenged as soon as it is argued to be part of someone's religious beliefs. While there are several issues with the Bill, specifically relating to definitions as well as appropriate penalties – notwithstanding in the debate stage – it is important to note how some Christian and Muslim groups have specifically contested that the Bill threatens their right to freedom of expression and freedom to manifest their religious beliefs, even though section 4(2)(d) provides them a specific loophole.[133]

Beyond these legal concessions, religious convictions within society in general, and political parties specifically, continue to perpetuate harmful stereotypes against LGBTQIA+ persons regardless of the various legal provisions recognising and protecting their rights. For instance, the political party of Al Jama-ah – in a 2023 press release regarding the revising of the national policy on families in South Africa – stated that the LGBTQIA+ community must 'stop imposing their practices on society' and, further, that they were alarmed 'at the increasing campaigns both in the business sectors and educational institutions to enforce questionable behaviour patterns under the notion of "normalising" the LGBTQIA+ agenda'. Furthermore, they called on South Africans to revolt against the 'gradual, systematic destruction of traditional God-given norms and values' and warned against the 'devious methods [which are] a direct destructive onslaught on all Abrahamic faiths and many cultural communities that accept and reinforce ubuntu'.[134] While the right to freedom of religion and religious manifestation is a fundamental human right, simultaneously, the manifestation of religious beliefs that violate the human rights of others is a violation of South Africa's domestic law as well as African regional and international human rights law.

132 Sec 4(2)(d).

133 M Githahu 'Religious parties, civil society in last-ditch attempt to get Hate Speech Bill dropped' *IOL* 25 May 2023, https://www.iol.co.za/capeargus/news/religious-parties-civil-society-in-last-ditch-attempt-to-get-hate-speech-bill-dropped-7ceco393-eb57-428a-b767-a36f19c72f9b (accessed 20 July 2023).

134 Al Jama-ah 'Press release: Al Jama-ah tells LGBTQI+ groups to stop forcing its practices on society' 7 June 2023, https://www.aljama.co.za/al-jama-ah-tells-lgbtqi-groups-to-stop-forcing-its-practices-on-society (accessed 20 July 2023).

In summary, South Africa's legal framework that enshrines LGBTQIA+ persons' fundamental human rights requires continuous accountability to counteract religious exceptionalism, and the outright negation of rights on the grounds. While this section only explored certain aspects of legislation, we re-emphasise the human rights commitments made by South Africa on the domestic, regional and international level. While South Africa is a diverse nation, the right of freedom of religion for private citizens and politicians alike does not justify legal exclusion or negation of LGBTQIA+ persons' rights.

2.6 Uganda: manifestations of stigmatisation and discrimination against LGBTQIA+ persons

One remaining context is Uganda. In this part we address the purported harms of the AHA 2023 that are largely in effect several months after its passage. The said Act is considered to be one of the harshest criminalisation of LGBTQIA+ persons in the world. For example, Pan-Africa ILGA – the African region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association – condemned the passage of the Anti-Homosexuality Bill in Uganda by Parliament, expressing that the Bill is another way of using the law to punish people who cause no harm but for being who they are.[135] Months later, in June 2023, an expert of the UN Human Rights Committee stated that '[c]redible information had confirmed the adoption of the Anti-Homosexuality law had intensified the hostile climate for [LGBTI] persons. They had been denounced for "suspicion" of homosexuality, been detained and healthcare professionals had refrained from distributing safe sex materials for fear of being targeted as "promoting homosexuality".'[136]

In terms of further alleged violations and unconstitutionality, Human Rights Awareness and Promotion Forum (HRAPF),

> under its Legal and Human Rights Analysis of the Amendments to the Anti-Homosexuality Bill 2023, recommended that [Ugandan President Yoweri Museveni] should send the Bill back to Parliament, drop the Bill or overhaul it in order for it to align with the Constitution. It stated further that the Bill could not be cured of its unconstitutionality since it is fundamentally discriminatory as it targets a specific group of people for sanctioning solely based on their sex, gender and/or sexual orientation. It can, therefore, only be saved by completely overhauling or shelving the Bill in favour of a more comprehensive law on protection of all persons from sexual exploitation, abuse and harassment, regardless of their sexuality.[137]

HRAPF's filings before the Uganda's Constitutional Court and East African Court of Justice is pertinent also, since utilisation of the courts

135 Pan-Africa ILGA 'Statement' *X* 22 March 2023, www.twitter.com/PanAfricaILGA/status/1638326990158659587 (accessed 6 October 2023).

136 OHCHR 'In dialogue with Uganda, experts of the Human Rights Committee commend improvement of prison conditions, raise issues concerning the anti-homosexuality law and free elections' *OHCHR News* 28 June 2023, www.ohchr.org/en/news/2023/06/dialogue-uganda-experts-human-rights-committee-commend-improvement-prison-conditions (accessed 6 October 2023).

137 HRAPF 'HRAPF's analysis of the changes to the Anti-Homosexuality Bill 2023' *HRAPF* 3 May 2023, www.hrapf.org/hrapfsanalysis-of-the-changes-to-the-anti-homosexuality-bill-2023/ (accessed 6 October 2023).

is a longer-term legal approach to mitigate stigmatisation and discrimination against LGBTQIA+ persons. As was mentioned in prior country contexts, and as was demonstrated when the AHA 2014 was quelled in the courts, litigation can hold favourable outcomes. Litigation avenues being limited, since, in Uganda – as in the case of Cameroon, Ghana, Nigeria and South Africa – there remains, in the immediate, increased stigmatisation and discrimination experienced by LGBTQIA+ persons at recurring peaks. 'Lives at Risk: a report on documented human rights violations and abuses of LQBTIQ+ in Uganda' specifies how:

> Documentation of abuses in this climate of violence and discrimination remains extremely difficult as many survivors are understandably reluctant to share their experiences because of fear of reprisals and the total absence of safe channels to seek redress formally. Violations are also not straightforward to classify; it is not unusual for an incident to result in multiple violations to the rights of an individual at the same time. During the reporting period the Strategic Response Team documented a total of 306 human rights violations and abuses against LGBTIQ+ persons from 1 January 2023 to 31 August 2023. All the recorded violations and abuses were wholly or partly premised on the [SOGEISC] of the victims.[138]

We note concerns that growing numbers of LGBTQIA+ persons who are marginalised in Uganda are experiencing physical, mental, social and financial harms as a result of the AHA 2023 implementation. Religious and cultural intolerance is not far removed, and has been attributed to stigmatisation and discrimination against LGBTQIA+ persons in Uganda. Thus, we suggest that AHA 2023 implementation is linked to religious and cultural intolerance, similar to the contexts in Cameroon, Ghana, Nigeria and South Africa. We lay emphasis on the fact that the AHA 2023 (like SSMPA in Nigeria and the proposed Anti-LGBTQ+ Bill in Ghana) violates human rights and, therefore, is unconstitutional. For example, we know that Uganda ratified international and regional human rights instruments as well as declarations that explicitly mention legal obligations surrounding universal human rights standards and principles. In contrast, Uganda has at least five national laws that explicitly discriminate against or indirectly promote discrimination against LGBTQI and [gender diverse persons]. For example,

> the Penal Code (Amendment) Act 2007, Caption 120, contains a number of provisions that criminalise same-sex conduct, including section 145 on carnal knowledge against the order of nature; section 146 on attempts to commit unnatural offences; and section 148 on indecent practices. The Registration of Persons Act 2015 can also carry legal implications for transgender persons.[139]

In closing, we emphasise once more that the harms against LGBTQIA+ persons in Uganda, which can be due to cultural and religious intolerance, are not justified legally. In the conclusions and recommendations we reiterate this fact and additional facts to wrap up our previously-shared points.

138 SRT 'Lives at risk: a report on documented human rights violations and abuses of LQBTIQ+ in Uganda' 1 October 2023 *SRT,* https://i-base.info/htb/46384 (accessed 6 October 2023).

139 Allen and others (n 112).

3 CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

In relation to the various country contexts, this article has sought to show that there is increased stigmatisation and discrimination experienced by African LGBTQIA+ persons in Cameroon, Ghana, Nigeria, South Africa and Uganda, as related to polarising cultural and religious arguments. Second, that there are sizeable numbers of politicians and additional citizens proposing for and/or agreeing with stringently-wider legislation against consensual same-sex sexual conduct. However, these contexts are pertinent to domestic law as well as African regional and international human rights law and, thus, all country contexts as discussed have an obligation to recognise and protect the human rights of LGBTQIA+ persons. In consideration of this, we sought to prove that persecution and condemnation of LGBTQIA+ persons in Cameroon, Ghana, Nigeria, South Africa and Uganda is legally contrary to adhering to one's fundamental human rights, and African LGBTQIA+ persons should not be excluded from human rights recognised and protected in the constitutions of these countries and as per their regional and international commitments.

In this regard, we present two recommendations to the governments of Cameroon, Ghana, Nigeria, South Africa and Uganda and other the AU member states similarly situated. First, while not disregarding the right to freedom of religion, we urge the governments of these countries to work towards promoting religious tolerance because freedom of religion also extends to the freedom not to belong to any religion. Second, we ask the five governments to reiterate that the duty of the state is not to legislate morality, let alone condone anti-human rights claims on cultural grounds since culture is ahistorical.

La Charte de Lomé, entre «océanisation» des droits humains et «humanisation» de l'océan

*Parfait Devis Biloa**
https://orcid.org/0009-0005-8431-1918

RÉSUMÉ: Adoptée en 2016, la Charte africaine sur la sûreté et la sécurité maritimes et le développement en Afrique (Charte de Lomé) a pour objectifs d'assurer la sécurité et la sûreté des espaces maritimes africains et des ressources naturelles ainsi que de garantir un développement social et économique fondé sur les milieux marins aussi bien des Etats que des peuples africains. Si la formulation de la Charte semble l'éloigner des réflexions liées aux droits humains, ceux-ci n'en constituent pas un aspect moins important dès lors que l'un des principes consiste à promouvoir la protection des droits humains fondamentaux et des libertés. Partant du postulat de l'universalité des droits de l'homme et de la nécessité d'une applicabilité indifférenciée entre la terre ferme et les océans, la Charte de Lomé ne pouvait pas faire abstraction de cette question dans ses dispositions. Aussi, la Charte internalise-t-elle plusieurs droits civils, économiques, politiques, sociaux et culturels. Quoi qu'il en soit, le respect des droits humains en mer par les Etats, individuellement ou collectivement, implique divers régimes juridiques, notamment les Etats du port, les Etats côtiers, les Etats du pavillon et ceux qui pourraient éventuellement patronner les activités mises en œuvre à la zone internationale des fonds marins. Toutefois, en raison de la juridiction rampante propre au droit de la mer ainsi que des difficultés politiques, économiques et sociales, ces différents droits sont atténués aussi bien dans leur portée que dans leur substance. *In fine,* la survie du droit de la mer passe par la protection des droits humains et vice versa. L'effectivité de la protection des droits humains en mer, à l'aune de la Charte de Lomé, dépendra de la capacité des Etats à assurer un ordre public maritime dans les espaces relevant de leur souveraineté ou de leur juridiction.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The Lomé Charter, between 'oceanisation' of human rights and 'humanisation' of the ocean

ABSTRACT: Adopted in 2016, the African Charter on Maritime Security, Safety and Development in Africa (Lomé Charter) aims to ensure the safety and security of African maritime spaces and natural resources, as well as to guarantee social and economic development based on marine environments for both African states and peoples. Although the wording of the Charter seems to distance it from considerations relating to human rights, the latter are no less important aspect since one of the principles is to promote the protection of fundamental human rights and freedoms. Starting from the premise of the universality of human rights and the need for undifferentiated applicability between land and oceans, the Lomé Charter could not ignore this issue in its provisions. The Charter therefore incorporates several civil,

* Docteur en Droit de l'environnement; Élève avocat, École du Centre Ouest des Avocats (ECOA), Poitiers (France); biloa2016@gmail.com

PD Biloa 'La Charte de Lomé, entre «océanisation» des droits humains et «humanisation» de l'océan' (2023) 7 *Annuaire africain des droits de l'homme* 31-51
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a2

economic, political, social and cultural rights. Be that as it may, respect for human rights at sea by states, individually or collectively, involves various legal regimes, including port states, coastal states, flag states and those that could possibly sponsor activities implemented in the Area. However, due to the creeping jurisdiction of the law of the sea and to political, economic and social difficulties, the scope and substance of these rights are diminished. Ultimately, the survival of the law of the sea depends on the protection of human rights, and vice versa. The effectiveness of the protection of human rights at sea, in the light of the Lomé Charter, will depend on the ability of states to ensure maritime public order in the areas under their sovereignty or jurisdiction.

MOTS-CLÉS: Charte de Lomé, océanisation des droits humains, 'humanisation' de l'océan, domaine maritime africain

SOMMAIRE:

1 Introduction 32
2 'L'océanisation' du droit à un environnement sain, propre et durable 34
2.1 Un droit «universel fondamental» 35
2.2 Un droit subordonné à la protection de l'environnement marin 39
3 'L'humanisation' du domaine maritime africain 43
3.1 Une 'humanisation' par les droits économiques 44
3.2 Une 'humanisation' par le droit à la sécurité 47
4 Conclusion 50

1 INTRODUCTION

«Le XXIème siècle sera maritime».[1] Les océans et mers, qui représentent environ 70% de la superficie globale de la planète,[2] constituent également des enjeux importants compte tenu de nombreuses ressources naturelles que ces écosystèmes contiennent. Pour le cas de l'Afrique, ce continent compte près de 30 millions de km^2 de surface.[3] Le domaine maritime africain (DMA),[4] ou environnement marin,[5] comprend différentes zones maritimes dont les régimes juridiques sont diversifiés conformément à la Convention des Nations

1 T Rohfritsch 'Problématiques maritimes dans les Outre-Mer: note à l'attention des Membres du Conseil National de la Mer et des Littoraux' (2021) 1.

2 Organisation des Nations Unies *L'économie Bleue en Afrique: Guide Pratique par la Commission Economique pour l'Afrique* (2016) 2.

3 United Nations Economic Commission for Africa *Gouvernance des Ressources et des Activités maritimes pour le Développement durable en Afrique* (2017) 2.

4 Selon l'article 1 de la Charte africaine sur la sûreté et la sécurité maritimes et le développement en Afrique, signée à Lomé (Togo) le 16 octobre 2016, dont l'entrée en vigueur est attendue, le Domaine maritime renvoie à 'tous les domaines et à toutes les ressources de, sur, sous, en rapport avec, adjacent à, ou limitrophe avec une mer, un océan ou des lacs, des voies navigables intra côtières ou intérieures, y compris toutes les activités maritimes connexes, les infrastructures, les navires cargos, les bateaux et autres vecteurs de transport. II comprend également l'espace aérien au-dessus des mers, des océans, des lacs, des voies navigables intra-côtières et intérieures, ainsi que le spectre électromagnétique des océans tel que défini dans la Stratégie AIM 2050.'

5 S'agissant du concept 'environnement marin', se référer à A-C Kiss 'La protection de la mer dans la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (10 décembre 1982)' in Collection Droit et Economie de l'environnement, Ed Economica *Droit de l'environnement marin, Développements récents* (1988) 13.

Unies sur le droit de la mer (CNUDM), connue comme étant une «Constitution pour les océans».[6]

Plusieurs instruments juridiques, à vocation universelle, relatifs à la promotion et à la protection des droits de l'homme, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH),[7] ont été adoptés. À l'échelle africaine, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte de Banjul), adoptée le 27 juin 1981 et entrée en vigueur le 21 octobre 1986, engage les États signataires de sorte que la question des droits humains a irrigué le corpus normatif et réglementaire de chaque État, les textes constitutifs des organisations intergouvernementales africaines, régionales et sous-régionales ainsi que les traités régionaux qui encadrent les milieux naturels, y compris les océans et mers.

C'est dans cette perspective que le 15 octobre 2016, la Conférence de l'Union africaine (UA) adopte la Charte africaine sur la sûreté et la sécurité maritimes et le développement en Afrique (Charte de Lomé) au cours d'une session extraordinaire tenue à Lomé, Togo. Au travers de cet accord, les États africains entendent ainsi assurer la sécurité et la sûreté des espaces maritimes africains et des ressources naturelles tout en garantissant un développement socio-économique fondé sur les milieux marins aussi bien des États que des peuples africains. Si la formulation de la Charte de Lomé semble l'éloigner des réflexions liées aux droits humains, ceux-ci n'en constituent pas un aspect moins important. L'article 2(b) de la Charte dispose clairement que l'un des principes consiste à «assurer la protection les droits humains fondamentaux et des libertés …».

Ainsi, qu'il s'agisse des questions relatives au développement, des pesanteurs géostratégiques, de l'équilibre du système climatique global, le DMA est d'une importance capitale.[8] Il convient aussi de reconnaître que le DMA est sujet à plusieurs vulnérabilités et menaces.[9] En d'autres termes, la protection des océans et mers est un sujet d'inquiétude. D'une part, parce que les habitats naturels sont en péril. D'autre part, parce que les atteintes subies par les milieux marins entravent divers aspects de la vie et enfreignent les droits de l'homme qui s'y rattachent. Or, les droits civils et politiques de l'individu, les droits économiques sociaux et culturels, les droits des peuples,

6 Cette appellation est attribuée au singapourien Tommy T B Koh, Président de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Organisation des Nations Unies *Une constitution pour les Océans*. http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/koh_french.pdf (consulté le 10 octobre 2023).

7 La DUDH a été adoptée à Paris le 10 décembre 1948.

8 À propos des enjeux liés au milieu marin en Afrique, voir A Caligiuri 'La Charte de Lomé comme instrument pour une nouvelle gouvernance maritime en Afrique' (2017) *Paix et sécurité européenne et internationale* 1-12.

9 Union africaine *Stratégie maritime intégrée de l'Afrique (Stratégie AIM 2050)* para 16. La Stratégie AIM 2050 et son Plan d'action ont été adoptés lors de la 22e Session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement de l'UA tenue en janvier 2014. Se référer au document Assembly/AU/Dec.496(XXII) (consulté le 10 octobre 2023).

constituant le socle des droits humains,[10] existent également en mer.[11] De ce point de vue, la question d'éventuels liens entre les droits humains et le DMA, à l'aune de la Charte de Lomé, n'est ni opportune, ni dénuée de toute pertinence. Cette question est d'autant plus importante que, la «Constitution des océans» et les conventions du programme des mers régionales, ne semblent pas avoir efficacement empêché l'occurrence de la crise des océans, et *a fortiori*, la crise des droits de l'homme en mer, malgré les différentes avancées enregistrées pour assurer la protection de cet écosystème naturel par des instruments de droit.

La question des droits de l'homme se pose sans considération d'ordre géographique car le droit de l'environnement marin et les droits humains se fertilisent mutuellement. Cette convergence justifie amplement que le milieu marin soit un objet de droit dont la finalité, au même titre que le droit de l'environnement, est résolument anthropocentrée. En effet, les populations africaines ne peuvent se passer de leur domaine maritime et l'accès tant à l'espace qu'à des ressources naturelles constitue un gage quant à la jouissance des différents droits garantis par la DUDH et la Charte de Banjul.

L'entrée en vigueur de la Charte de Lomé étant encore attendue, le «bleuissement» du droit à environnement sain reste largement calqué sur la Charte de Banjul et la Résolution du 14 juillet de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU). Même si dans le dernier cas, l'adoption de cette Résolution est sans conséquences apparentes sur le droit international des droits de l'homme. Dans un cas comme dans l'autre, ces instruments juridiques vont modifier substantiellement les fondements du droit de l'environnement et du droit de la mer. Quoi qu'il en soit, la Charte de Lomé se trouve à la confluence des droits de l'homme et du milieu marin pour avoir opéré un virement axiologique, notamment en procédant à l'«océanisation» du droit à un environnement sain, propre et durable, d'une part, et en mettant la dimension humaine du DMA au cœur des enjeux africains, d'autre part.

2 'L'OCÉANISATION' DU DROIT À UN ENVIRONNEMENT SAIN, PROPRE ET DURABLE

D'après le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), il existe un lien étroit entre les océans sains et les droits de

10 Amnesty International '*Introduction à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*' Document public (2006) 1-61.

11 La Déclaration de Genève sur les droits de l'homme en mer dénombre 18 droits de l'homme. Voir https://www.humanrightsatsea.org/sites/default/files/media-files/2022-01/2019-HRAS_GD_V1_FRENCH_DE%CC%81CLARATION_DE_GENE%CC%80VE_SUR_LES_DROITS_DE_L%E2%80%99HOMME_EN_MER_SP_LOCKED.pdf (consulté le 10 octobre 2023).

l'homme.[12]Aucune disposition de la Charte de Lomé ne mentionne clairement le droit à un environnement sain. Ce droit n'est pour autant pas totalement évacué de la Charte. En adoptant la Charte de Banjul en 1981, entrée en vigueur cinq ans plus tard,[13] l'Afrique est le premier continent à avoir juridicisé le droit à un environnement sain dans un traité juridiquement contraignant.[14] L'environnement marin devant être perçu dans sa globalité, la reconnaissance du droit à des océans sains, propres et durables, comme droit «universel fondamental», ne peut donc réellement être appréciée qu'à l'aune de plusieurs objectifs, notamment le droit de l'environnement.

2.1 Un droit «universel fondamental»

Le droit à des océans sains, propres et durables, comme tous les droits subjectifs, notamment le droit à un environnement sain,[15] est un droit *intuitu personae*. Sa jouissance ou sa violation peut certes revêtir un caractère collectif,[16] mais ce droit profite d'abord et principalement à l'individu qui en est le titulaire. Dans un souci d'appropriation de l'article 24 de la Charte de Banjul, les pays africains ont adapté cette disposition au milieu marin. Cette subjectivation a trouvé un écho favorable dans la Charte de Lomé, même si elle s'est opérée de manière implicite.

2.1.1 Une juridicisation sous des prismes restreints

L'enjeu de la reconnaissance du droit à des océans sains, propres et durables, ne vise pas uniquement à sauver ces écosystèmes *per se*, mais à sauver la vie, notamment humaine, grâce aux océans.[17] Le lien entre un tel droit et le bien-être humain n'est, ni fortuit, ni inopportun. En effet, la protection de l'environnement en général et des océans en particulier est une condition préalable à la mise en œuvre des droits humains: des océans sains, propres et durables sont essentiels pour

12 Selon le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE), les océans sont liés aux droits de l'homme pour cinq raisons: les océans sont notre système de survie ; les océans fournissent de la nourriture, des emplois et des moyens de subsistance; les océans contribuent à la lutte contre la crise climatique ; les océans abritent une vaste biodiversité; les océans apportent des bienfaits à l'humanité. https://www.unep.org/fr/actualites-et-recits/recit/5-raisons-pour-lesquelles-des-oceans-sains-sont-lies-aux-droits-de-l'homme (consulté le 10 octobre 2023).

13 La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples est entrée en vigueur le 21 octobre 1986.

14 A-C Kiss 'Constitution et environnement' *Cahiers du conseil constitutionnel* (2004) https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/environnement-droit-international-droits-fondamentaux (consulté le 10 octobre 2023).

15 F Foka Taffo 'Environnement et droits de l'homme au Cameroun' in OC Ruppel et ED Kam Yogo (dirs) *Environmental law and policy in Cameroon – Towards making Africa the tree of life/Droit et politique de l'environnement au Cameroun – afin de faire de l'Afrique l'arbre de vie* (2017) 843.

16 Foka Taffo (n 15) 844.

17 Rohfritsch (n 1) 13.

garantir le respect de la dignité humaine, de l'égalité mais aussi de la liberté des peuples africains.

En droit, «les choses sont simples quand une étiquette adéquate existe».[18] Si la Charte de Lomé n'énonce pas explicitement le droit à un environnement sain, ce qui aurait permis d'adopter des mesures de protection bien plus audacieuses, elle ne fait pas non plus l'impasse sur cette question. Ainsi, «la protection des droits humains fondamentaux, des libertés» est l'un des principes fondamentaux de la Charte.[19] Celle-ci vise, entre autres, à améliorer le niveau de bien-être des peuples africains.[20]

Le bien-être des peuples n'étant pas une notion[21] exclusive, il est indissociable du droit à un environnement (océan) sain. Raison pour laquelle celui-ci est de plus en plus perçu comme un droit fondamental au même titre que les droits fondamentaux reconnus par la DUDH. Au regard de leur nature et de leur finalité, tous les droits fondamentaux sont intrinsèquement liés au point où la violation ou le non-respect d'un droit remet en question l'effectivité des autres droits. Le bien-être des peuples africains étant subordonné à celui du milieu marin, tel qu'il est clairement mentionné dans le premier considérant de la Charte de Lomé, le droit à des océans sains, propres et durables est de ce fait un droit «fondamental».

La reconnaissance du droit à des océans sains, propres et durables, y compris sous des prismes restreints, est en adéquation avec les objectifs de la Charte de Lomé. L'article 2(b), dont mention a été faite précédemment, adapte habilement les principes de la Charte à l'article 24 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples et par conséquent aux océans et mers. Ce dernier dispose que «[t]ous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement». La juridicisation implicite de ce droit dans le corpus textuel de la Charte de Lomé a, ainsi, permis aux pays africains d'avoir une longueur d'avance sur l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) qui a adopté une Résolution le 28 juillet 2022 dans laquelle elle reconnaît que «l'accès à un environnement propre, sain et durable est un droit humain universel».

L'adaptation du droit à un environnement sain au milieu marin, à l'aune de la Charte de Lomé, ne peut être efficacement analysée qu'en parallèle avec la Stratégie africaine intégrée pour les mers et les océans, horizon 2050 (Stratégie AIM 2050) et son plan d'action. Dans le processus d'élaboration d'un outil susceptible de faire face aux défis maritimes propres au continent africain en matière de développement durable et de compétitivité, la Stratégie AIMS 2050 vise de manière

18 G Beaussonie 'La qualification juridique des services écosystémiques' (2017) 84 *Droit et Ville* 119-134.

19 Art 2(b) de la Charte de Lomé.

20 Art 3(l) de la Charte de Lomé.

21 LH Gras 'Le droit à un environnement sain: un droit fondamental en pleine expansion' (2023). Voir https://www.jean-jaures.org/publication/le-droit-a-un-environnement-sain-un-droit-fondamental-en-pleine-expansion/?post_id=43841&export_pdf=1 (consulté le 10 novembre 2023).

spécifique à assurer la protection des populations en impliquant la société civile,[22] notamment les organisations non gouvernementales (ONG) de protection de l'environnement, dont la biodiversité marine et côtière. Si l'on s'en tient à la recommandation faite aux Etats par John Knox en 2017, on peut, admettre que «les défenseurs de la biodiversité sont également des défenseurs des droits de l'homme».[23]

L'entrée en vigueur de la Charte de Lomé étant encore attendue, le droit à un environnement sain, propre et durable au milieu marin reste largement calqué sur d'autres outils juridiques. Encore faudrait-il que les Etats, à l'échelle nationale, et les institutions africaines intègrent ce droit dans leurs corpus juridiques respectifs.

2.1.2 Un droit reconnu par les États

Première institution internationale intergouvernementale à avoir procédé à la codification du droit à un environnement sain dans un outil juridiquement contraignant,[24] l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) a considérablement œuvré à l'adoption de la Charte de Banjul, qui depuis lors, a connu 54 ratifications. Le droit à des océans sains est donc antérieur à l'adoption de la Charte de Lomé même si celle-ci a le mérite d'avoir pris en considération les spécificités de l'environnement marin et côtier africain ainsi que la philosophie juridique voulue par l'UA.

En attendant l'harmonisation des législations nationales évoquée par l'article 8(1) de la Charte de Lomé qui permettrait aux Etats africains de se conformer à tous les instruments juridiques internationaux pertinents en matière de droits humains, y compris à la Charte de Banjul, plusieurs Etats africains ont d'ores et déjà reconnu le droit à un environnement sain dans leur ordre juridique interne. La première étape fut l'écologisation des lois fondamentales des Etats par le biais de la constitutionnalisation des questions environnementales en général et, partant, celles liées au milieu marin. En 2019, seuls huit pays africains n'avaient pas encore intégré les questions écologiques dans leur Constitution respective.[25] Au Cameroun, le préambule de la loi no 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972[26] dispose que «toute personne a droit à un environnement sain». Toutefois, si la protection de l'environnement est un devoir pour tous les citoyens, l'Etat en est le principal garant.

22 Union africaine Stratégie AIM 2050 (n 9) paras 2-13.

23 Organisation des Nations Unies *Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable* (Document A/HRC/34/49) para 68.

24 Kiss (n 14).

25 Il s'agit du Botswana, de Djibouti, de la Guinée-Bissau, du Libéria, de la Libye, de l'Île Maurice, de la Sierra Leone et de la Tunisie. Ces informations sont accessibles sur: https://www.droit-de-lenvironnement-pour-lafrique.com/2019/09/08/la-protection-de-lenvironnement-dans-les-constitutions-africaines (consulté le 10 octobre 2023).

26 Cette loi a été modifiée et complétée par la loi n°2008/001 du 14 avril 2008.

En tant droit que «droit universel fondamental», l'effectivité du droit à des océans propres et durables requiert, de la part de chaque État, reconnaissance et adoption des éléments caractéristiques des droits substantiels de fond,[27] notamment la participation, l'information et l'accès à la justice des principaux bénéficiaires. Sur la question de l'accès à la justice, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (CAfDHP) permet aux peuples africains, de se prévaloir ainsi que de défendre, par voie contentieuse, les différents droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels consacrés par la Charte de Banjul, y compris le droit à un milieu marin sain.

En 2001, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission africaine) avait admis que: «aucun de ces droits n'est inapplicable».[28] C'est donc en vertu de ce principe que certains peuples ont intenté des actions contentieuses vis-à-vis des États ou des entreprises privées, en l'occurrence les entreprises pétrolières, afin d'obtenir réparation pour des atteintes à l'environnement marin. En guise de rappel, lors de la 19e session ordinaire, tenue à Ouagadougou au Burkina Faso en 1996, la Commission africaine demandait aux magistrats de faire référence aux conventions internationales ainsi qu'à la jurisprudence y relative dans leurs jugements, aux avocats d'invoquer la Charte de Banjul dans leur argumentation.[29] Dans le cadre de la justice environnementale en matière de défense du droit à un environnement sain en Afrique, l'un des procès les plus connus est probablement celui du peuple Ogoni au Nigéria, reconnu par la Commission africaine comme un «peuple» au sens de la Charte africaine. Cette instance avait estimé que divers droits humains, notamment ceux prévus par les articles 16 et 24 de la Charte de Banjul, y compris le droit à la santé, au logement et à la vie, n'avaient pas été respectés par le Nigéria. Au cours de ce procès, le plaignant affirmait que l'administration par l'État d'un consortium d'exploitation de pétrole causait de graves dommages à l'environnement. Il était reproché à cet État de n'avoir pas adopté les mesures efficaces requises pour protéger le peuple Ogoni des effets négatifs de l'exploitation pétrolière dans le delta du Niger, d'une part, et de violer le droit de ce peuple à disposer de ses ressources et richesses naturelles, d'autre part.[30] Aussi, avait-il été recommandé à l'Etat du Nigéria d'assurer une compensation adéquate aux victimes, de procéder au nettoyage total des terres et rivières polluées ainsi que d'assurer à l'avenir qu'une évaluation de l'impact social et écologique des opérations pétrolières soit menée.

27 Selon M Prieur, tous les droits de l'homme qui sont des obligations de fond, y compris le droit à un environnement sain, se concrétisent à un moment donné par des règles de procédure qui sont au service de droits protégés. M Prieur 'Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité: enjeux et obstacles' (2011) 5 *Revue juridique de l'environnement* 7-28.

28 Amnesty International (n 10) 12.

29 DM Jeugue Doungue 'L'effectivité de l'application des conventions internationales relatives aux droits de l'homme: analyse comparée entre États monistes et dualistes d'Afrique' (2014) 105 *Revue Algérienne de Droit Comparé* 83-115.

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

Du point de vue pénal, bien qu'il n'ait, jusqu'à présent, fait l'objet d'aucune ratification, le Protocole relatif aux amendements au Protocole sur le Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, issu de la fusion entre la CAfDHP et la Cour de justice de l'UA, adopté le 27 juin 2014 à Malabo, Guinée Equatoriale, contient des dispositions susceptibles de garantir le droit à des océans et mers sains. Pour illustration, la compétence internationale de la Cour porte, entre autres, sur le trafic illicite des déchets dangereux ainsi que l'exploitation illicite des ressources naturelles.[31] Par exploitation illégale des ressources naturelles, selon les dispositions de l'alinéa f de l'article 28(L)(bis), le Protocole de Malabo l'assimile à «l'exploitation des ressources naturelles sans respect des normes en matière de protection de l'environnement et la sécurité des populations». Par extension, le Protocole de Malabo pénalise la violation du droit à des milieux marins sains.

En tant que droit subjectif, le droit à des océans sains, propres et durables que la Charte de Lomé s'est implicitement appropriée ne prend toute sa pertinence que s'il est lié à des droits objectifs, notamment le droit de l'environnement marin.

2.2 Un droit subordonné à la protection de l'environnement marin

La finalité du droit de l'environnement,[32] et *a fortiori* du droit de l'environnement marin, est la protection de l'environnement ainsi que la gestion des ressources naturelles. Lorsque le Conseil des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies (ONU) a admis, pour la première fois en 2021, que disposer d'un environnement propre, sain et durable est un droit humain, cet organe a inclus le respect de la biodiversité et des écosystèmes.[33] Autrement dit, pour ce qui est des océans et mers, ce droit n'est effectif que si la protection du milieu marin et la protection de la biodiversité marine et côtière sont assurées.

2.2.1 La lutte contre la pollution

Protéger l'environnement marin dans les zones maritimes relevant de la souveraineté et de la juridiction des Etats côtiers et insulaires africains est l'un des objectifs de la Charte de Lomé.[34] Plusieurs délits écologiques, notamment le déversement des déchets toxiques en mer,

31 Art 28A(1) du Protocole relatif aux amendements au Protocole sur le Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme.

32 M Prieur 'La formation du droit de l'environnement' in Actes des journées de l'environnement du CNRS *Le droit et l'environnement* (1988) 15.

33 Il s'agit de la résolution 48/13 de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée par le Conseil des droits de l'homme en date du 8 octobre 2021 (Document A/HRC/RES/48/13).

34 Art 3(b) de la Charte de Lomé.

dénoncé le 12 décembre 2022 lors de la 1128e réunion tenue à Addis-Abeba par le Conseil de Paix et de Sécurité de l'UA,[35] le naufrage délibéré et le déversement du pétrole, ainsi que des déchets toxiques dans le milieu marin, le nettoyage des nappes de pétrole restent une constante dans le DMA.

La dégradation du milieu marin est l'un des multiples aspects de la crise des droits humains en mer. Autrement dit, le droit à des océans sains, propres et durables repose donc en partie sur les règles de lutte contre les différentes formes de pollutions, directes ou indirectes, des océans. Le cinquième considérant de la DUDH, obligeant les Etats à instaurer de meilleures conditions de vie pour leurs peuples, peut utilement être interprété à l'aune des préoccupations portant sur le niveau de vie des peuples africains soulevé par la Charte.

Pour ce qui est de la responsabilité proprement des Etats dans la lutte contre diverses formes de pollution, selon l'article 15(c) de la Charte, celle-ci incombe à tous les Etats du Port ainsi qu'à tous les Etats du Pavillon. Ainsi, dans le cadre de l'exploitation de la zone internationale des fonds marins (Zone), reconnue en vertu de la CNUDM, les Etats africains qui patronne(ro)nt les activités dans cette zone maritime doivent, en tout état de cause, respecter les dispositions de l'article 192 de la ladite convention.

Le rôle de la Commission africaine est d'une importance capitale pour assurer l'effectivité du droit à des océans sains ainsi que pour une protection et une gouvernance globale des océans. Ceci passe non seulement par la détection des déversements de déchets toxiques dans le DMA mais également par le processus d'indemnisation en cas d'occurrence de la pollution marine. À cela s'ajoutent l'application des Conventions du Programme des Mers régionales ainsi qu'un appui constant de l'Initiative environnementale du Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD) et la Déclaration de Syrte sur l'agriculture et l'eau.

Dans le cadre de la protection du milieu marin, les implications juridiques de la connectivité humaine, entre la terre ferme et les zones maritimes ne relevant d'aucune juridiction nationale, (ZAJN) notamment la haute mer et la Zone, ne sauraient faire l'objet d'une inattention qui soit de nature à rendre partiellement compte de la réalité des océans. Même si, du fait des restrictions imposées par le principe de la juridiction rampante, la lutte contre les différentes formes de pollutions marines enregistrées sur le DAM passe aussi par la lutte contre la pollution sur terre ainsi que dans les ZAJN. Dans le premier cas, environ 80% de la pollution est d'origine tellurique.[36] En d'autres termes, la prévention et la répression de la pollution en mer passent par la lutte contre la pollution sur la terre ferme. Sur ce dernier point, plusieurs pays africains ont adopté des règles spécifiques, y

35 Communiqué de la réunion du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine tenue le 19 décembre 2022 (Document PSC/PR/COMM.1128) paras 1, 2 et 3.

36 PD Biloa 'La protection fonctionnelle des puits de carbone bleu au Cameroun dans un contexte de gouvernance climatique internationale' Thèse de Doctorat de Droit public, Université de Limoges, 2022 1-602.

compris en matière de lutte contre la pollution des océans par les plastiques. Quant à la pollution de la haute mer et de la Zone, son encadrement juridique dépend, à la fois, des normes des Etats exerçant leur juridiction, en tant qu'État du port, État du pavillon ou État qui patronne, et des normes internationales.

La connectivité juridique et humaine existant entre la terre ferme et le DMA d'une part, et entre ce dernier les zones maritimes qui ne relèvent d'aucune juridiction nationale d'autre part, met en évidence la nécessité de gérer durablement les ressources biologiques marines dans l'intérêt des droits humains.

2.2.2 La conservation des ressources biologiques

Le lien entre la conservation de la diversité biologique marine et côtière et l'effectivité du droit à des océans sains, propres et durables peut sembler moins évident si l'on ne tient pas compte du rôle joué par les ressources biologiques marines dans la préservation de la santé des océans. En effet, la diversité biologique des océans est primordiale tant pour le développement durable, le bon fonctionnement de la planète et le bien-être des peuples africains. Ce rôle découle du fait que les océans et leurs ressources biologiques fournissent près de la moitié de l'oxygène[37] et absorbent environ 26% des émissions de dioxyde de carbone anthropique dans l'atmosphère par an.[38]

Bien avant l'élaboration de la Charte de Lomé, les pays africains disposaient déjà d'un arsenal juridique dédié à la conservation de la biodiversité marine et côtière, notamment la Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles marines de 1969 (révisée en 2017) et trois conventions sur les mers régionales (Abidjan, Nairobi et Djeddah).[39] Tel qu'il est mentionné dans le préambule et rappelé par l'article 26, la Charte de Lomé a été adoptée dans un souci aussi bien de protection des espèces biologiques, de la faune et de la flore marines que d'utilisation durable des ressources biologiques marines car les pays africains sont fortement dépendants de leur domaine maritime.

Si l'article 3(j) de la Charte insiste sur la sensibilisation des communautés riveraines des espaces maritimes dans le but d'assurer le développement durable des zones côtières et la gestion de la biodiversité, comme moyen de conservation, les principales mesures

37 Programme des Nations Unies pour l'environnement *The First Global Integrated Marine Assessment (World Ocean Assessment I)* (2016). Ce document est accessible sur https://www.unep.org/resources/report/first-global-integrated-marine-assessment-world-ocean-assessment-i (consulté le 10 octobre 2023).

38 C le Quéré et al 'Global carbon budget 2015 Earth System Science Data' (2015) 349-396. Ce document est accessible sur: https://doi.org/10.5194/essd-7-349-2015 (consulté le 10 octobre 2023).

39 La Convention sur la protection, la gestion et le développement de l'environnement marin et côtier en Afrique de l'Est a été adoptée à Nairobi le 21 juin 1985. Quant à la Convention pour la coopération dans la protection, la gestion et le développement de l'environnement marin et côtier de la côte Atlantique des régions d'Afrique occidentale, centrale et australe, elle a été adoptée le 23 mars 1981 à Abidjan.

susceptibles d'être mises en œuvre à cette fin s'inspirent essentiellement de la Stratégie AIM 2050. Selon le paragraphe 82 de ladite Stratégie, la diversité biologique du DMA ne sera efficacement protégée que si chaque Etat garantit la conservation et la régénération des ressources biologique marines, y compris la prévention de l'exploitation illégale et le vol des ressources marines, d'une part,[40] et établit des indicateurs permettant ainsi d'évaluer l'efficacité des activités et le monitorage des ressources proprement dites dans le temps, d'autre part. Par ailleurs, chaque Etat élabore les politiques de pêche et aquacoles appropriées, aux fins de conservation, de gestion et d'exploitation durable des stocks de poissons ainsi que d'autres ressources biologiques marines.[41]

Le droit de la mer prévoit divers instruments permettant ainsi d'atteindre les finalités du droit à des océans sains, propres et durables à travers la conservation des ressources vivantes du milieu marin et côtier. La création des aires marines protégées (AMP), indépendamment de la diversité des régimes juridiques concernés, constitue l'un des outils susceptibles d'être mis en œuvre par la Charte de Lomé avec pour principal levier d'action la Stratégie AIM 2050. Certaines AMP, dont les aires marines d'importance écologique ou biologique, sont établies par les Etats côtiers dans les zones maritimes relevant de leur souveraineté ou de leur juridiction en vertu du Mandat de Jakarta de la Convention sur la diversité biologique (CDB).[42] D'autres sont créées par les institutions intergouvernementales internationales avec l'appui des Etats et/ou des institutions régionales. C'est le cas des écosystèmes marins vulnérables, créés par l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) pour encadrer les pêches profondes, des zones maritimes particulièrement vulnérables de l'Organisation maritime internationale (OMI),[43] des zones témoins d'impact et des zones témoins de préservation, soustraites à des activités dans la Zone,[44] d'un côté, et des Zones d'intérêt écologique particulier dans les grands fonds, protégées des activités de prospection et d'exploration,[45] de l'autre, dont la création incombe à l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM).

40 Art 28 de la Charte de Lomé.

41 Art 20(1) de la Charte de Lomé.

42 Se référer à la Décision II/10 adoptée lors de deuxième Conférence des Parties (COP) à la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique (CDB).

43 Organisation maritime internationale *Directives révisées pour l'identification et la désignation des zones maritimes particulièrement vulnérables* (Document A 24/Res.982).

44 Il s'agit d'une décision du Conseil de l'Autorité internationale des fonds marins concernant le rapport de synthèse du Président de la Commission juridique et technique ((Document ISBA/22/C/28) para 10. En outre, les projets de règlements relatifs à l'exploitation des ressources minérales de la Zone contiennent des dispositions relatives à la préservation de 'zones d'impact environnemental'.

45 Autorité internationale de fonds marins Commission juridique et technique *Projet de plan de gestion de l'environnement de la zone de Clarion-Clipperton* (Document ISBA/17/LTC/WP.1) para 7.

En tant qu'outils de protection des ressources biologiques marines, la lutte contre la pêche INN et la lutte contre la surpêche permettent, certes d'une manière indirecte, d'atteindre les finalités du droit à des océans sains, propres et durables par le biais de la gestion durable de la diversité biologique marine et côtière. À cette fin, l'article 20(3) de la Charte dispose que «chaque Etat partie prend les mesures appropriées pour lutter efficacement contre les activités de pêche INN dans le cadre de ses juridictions nationales et pour prendre les mesures juridiques visant à poursuivre les auteurs de pêche INN». Le deuxième alinéa 2 de cette même disposition invite les Etats à mener les réformes nécessaires pour la bonne gouvernance dans le secteur de la pêche continentale et de l'aquaculture afin de lutter contre la surpêche des ressources halieutiques. De plus, dans le cadre de la Stratégie AIM 2050, il est par exemple prévu de mettre en place une «politique commune de la pêche africaine» pour garantir une gestion efficace de ces dernières.[46] Par ailleurs, au sens de l'article 31, les États sont appelés à coopérer par le biais des Comités sur la pêche créés en vertu des organes régionaux compétents et des institutions spécialisées, dans le but de renforcer et de promouvoir une gestion durable des ressources halieutiques.

En Afrique, la plupart des acteurs impliqués dans la gestion des ressources biologiques marines et la protection du milieu marin sont confinés en zone côtière sans oublier que la connaissance du DMA demande à être peaufinée.[47] Il est également certain que l'adoption de la Charte de Lomé constitue un vrai changement de paradigme dans la gouvernance des océans par la prise en compte de plusieurs droits humains.

3 «L'HUMANISATION» DU DOMAINE MARITIME AFRICAIN

L'un des aspects novateurs de la Charte de Lomé est sa dimension humanitaire, rappelée dans son article 2(b) au détriment de l'approche purement économique qui semble, jusque-là, avoir été au centre des rapports entre les africains et leurs espaces maritimes. Donner un visage humain au DMA revient donc à en faire un instrument de développement dont l'une des finalités consiste à apporter des réponses adaptées pour l'effectivité des droits humains en mer. Ainsi, calquer le développement socioéconomique des africains à partir des océans et mers revient au préalable à reconnaître leur droit inaliénable de disposer du DMA et d'en faire un facteur de développement propice à la mise en œuvre des droits humains. Autant cet objectif ne souffre d'aucune ambiguïté, autant la formulation de la Charte fait de la sûreté et la sécurité maritimes un objectif clairement assumé.

46 Union africaine Stratégie AIM 2050 (n 9) para 50.

47 Biloa (n 36) 61.

3.1 Une «humanisation» par les droits économiques

Le droit des africains de disposer, sans restrictions, de leur domaine maritime, hormis celles imposées par la CNUDM, est un droit inaliénable. C'est dans cette perspective que la mise en valeur des zones maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction des États peut être un facteur de développement reposant sur une économie bleue soutenue par des valeurs humaines sur le fondement du droit inaliénable de disposer du DMA et dont les répercussions sont certaines sur divers droits humains.

3.1.1 Une économie bleue humanisée

En consacrant le chapitre IV au développement de l'économie bleue, la Charte de Lomé prend en compte divers aspects qui constituent les fondements d'une économie incluant les océans et apporte des réponses juridiques concrètes à des préoccupations qui affectent les individus dans leur singularité. En Afrique, l'économie bleue renvoie en effet à toutes les étendues d'eau et les rives, qu'il s'agisse des océans et des mers, des côtes, des lacs, des cours d'eau et des nappes souterraines. En outre, elle implique des activités économiques, entre autres, la pêche, l'énergie, l'aquaculture, le tourisme, les transports, la construction navale, la bioprospection et toutes les filières du secteur minier sous-marin.[48] Alternative crédible pour la transformation structurelle, la croissance économique durable et le développement social, l'UA en a fait un objectif prioritaire pour garantir la prospérité en Afrique en se fondant sur une croissance inclusive et un développement durable dans le cadre de l'Agenda 2063.[49] En pratique, cette économie intègre l'exploitation économique des ressources des océans et la conservation des écosystèmes marins dans une nouvelle approche et constitue le socle pour une utilisation et une conservation rationnelles et durables des ressources naturelles et des écosystèmes marins. En d'autres termes, le domaine maritime est un substrat pour l'amélioration des conditions de vie des peuples africains, sa pérennité constitue l'une des finalités.

Divers aspects pris en compte dans la Charte de Lomé permettent d'atteindre les objectifs visés par le droit des peuples à disposer de leurs ressources et richesses naturelles reconnu par les conventions internationales relatives aux droits humains. Aux termes de l'article 20(3) de la Charte de Lomé, les Parties contractantes doivent mener les réformes nécessaires pour la bonne gouvernance dans le secteur de la pêche continentale et de l'aquaculture pour encourager la diversification de l'économie. Ainsi, la création d'une Zone exclusive maritime commune de l'Afrique (CEMZA), correspondant à un espace maritime africain sans barrières de quelque nature que ce soit, vise en effet à faciliter le commerce intra-africain. Le développement, hormis

48 Organisation des Nations Unies (n 2) 5.

49 Union africaine-Bureau interafricain des ressources animales *Stratégie de l'économie bleue de l'Afrique – Plan de mise en œuvre de l'économie* (2020) 1-33.

la création de richesses par le biais de la promotion du tourisme maritime et côtier, repose sur plusieurs activités, dont l'exploitation du DMA, la pêche et l'aquaculture, la stratégie intégrée des ressources humaines pour le développement maritime, l'amélioration de la compétitivité, le développement des infrastructures et des équipements liés aux activités maritimes.[50]

L'un des fondements principiels de l'humanisation des océans que la Charte de Lomé intègre dans ses dispositions est la gestion participative du DMA. Cette gestion inclusive a une double vocation: faire participer, directement ou d'une façon indirecte, les populations ainsi que les pays géographiquement désavantagés, n'ayant aucun accès direct à la mer, à la gestion du DMA et des ressources naturelles qui s'y trouvent.

Dans le premier cas, il est question d'éviter que les populations locales, dont l'accès au DMA est fortement limité par le principe de la juridiction rampante, soient aliénées de leurs droits, notamment du droit à la propriété. Dans le second cas, il est question de faire du DMA un espace accessible, y compris à des pays géographiquement désavantagés. En effet, seize pays africains n'ont pas un accès direct à la mer. Ce handicap naturel n'est pour autant pas un angle mort de la Charte de Lomé. En dehors des ZAJN, accessibles à tous les Etats, sous réserve des règles de droit international, l'accès, par un Etat géographiquement enclavé, à des fins d'exploitation des ressources naturelles marines, à une zone maritime relevant de la juridiction d'un Etat côtier, procède en général des accords conclus entre les Etats concernés. Aussi, dans le souci de mettre en application la déclaration et le programme d'action d'Almaty de 2003 visant à répondre aux besoins spécifiques des pays en développement sans littoral, l'article 3(k) de la Charte prévoit-il d'assurer la promotion et la protection des droits des Etats africains sans littoral, et surtout d'en faire un modèle de solidarité africaine.

Le droit des populations côtières à disposer des ressources et des richesses naturelles du milieu marin s'exerce par le biais du droit de préemption, reconnu par diverses législations nationales et les mécanismes de coopération entre les pays côtiers et les pays enclavés, vise à mettre en application les dispositions de l'article 17 de la DUDH, notamment l'alinéa 1 qui reconnaît que «Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété». La propriété dont il est question en l'espèce ne renvoie pas forcément à la dimension au sens du droit privé, elle a tout de même l'avantage de prendre en considération les intérêts des peuples dont l'accès au DMA et à ses ressources naturelles peut être fortement limité en l'absence de tels aménagements juridiques.

À s'en tenir exclusivement aux dispositions explicites de la Charte de Lomé, on peut hâtivement conclure que la perspective intergénérationnelle du DMA, en référence aux générations futures, n'est pas une priorité d'autant que plus celles-ci ne sont pas évoquées dans le texte de la Charte. Or, les générations futures peuvent

50 Arts 19, 20, 21, 22, 23 et 24 de la Charte de Lomé.

objectivement prétendre être, au même titre que les générations actuelles, titulaires du droit indéniable à des océans sains, propres et durables ainsi que du droit d'accès à des ressources marines.

Acteurs à part entière de la gouvernance mondiale de l'environnement,[51] et partant des océans, les générations futures n'échappent pas à cette perception qui constitue l'un des fondements philosophiques et juridiques du développement durable. Dans le domaine du droit de l'environnement, la prise en compte de la dimension intergénérationnelle repose sur deux arguments juridiques. Premièrement, la valeur intrinsèque de l'environnement représente l'un des éléments des droits environnementaux des générations futures. Deuxièmement, tous les États ont un devoir éthique de solidarité entre les générations actuelles et les futures générations car les secondes subiront les effets indésirables des atteintes à l'intégrité de la nature commises par les premières. Ces deux considérations juridiques gardent leur pertinence en droit de la mer.

3.1.2 Des effets *sui generis*

La consécration du droit de disposer du DMA et de ses ressources naturelles par la Charte de Lomé a des effets sur divers autres droits humains. En effet, «La reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ...».[52] Adoptée pour améliorer le niveau de bien-être des peuples africains,[53] la Charte de Lomé vise à faire du DMA un levier du développement social. Dans cette perspective, la création des emplois productifs, la réduction et l'élimination de l'extrême pauvreté ainsi que la sensibilisation aux questions maritimes visant à renforcer la cohésion sociale au travers d'une politique juste, etc., prévues par l'article 5(a) ne visent pas uniquement à prévenir la criminalité en mer. Ces mesures consistent, *in fine*, à redonner de la dignité aux populations concernées. Celle-ci est l'un des aspects des droits civils et des droits économiques et sociaux. Au travers de telles dispositions, la Charte rentre aussi en droite ligne du Programme d'action mondial contre le travail forcé et la traite des pêcheurs en mer élaboré par l'Organisation Internationale du Travail (OIT) ainsi que des dispositions des alinéas 1, 2 et 3 de l'article 23 de la DUDH.

Il ne s'agit pourtant pas de la seule dimension concernée. En dehors des impacts sur le chômage, les mesures de conservation mises en œuvre, la bonne gouvernance dans le secteur de la pêche et de l'aquaculture doivent parallèlement garantir la sécurité alimentaire tout en contribuant à la réduction de la malnutrition.[54] Cette finalité

51 G le Blanc 'Gouvernance internationale de l'environnement: une perspective systémique écologique pour la réforme des organisations internationales' Mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en sciences de l'environnement, Université du Québec, Montréal (2011) 8-10.

52 Amnesty International (n 10) 4.

53 Art 3(l) de la Charte de Lomé.

54 Art 20(2) de la Charte de Lomé.

résout en effet l'épineuse question du droit à une alimentation saine et équilibrée, par un apport suffisant des ressources halieutiques, à laquelle certains pays du continent africain font face depuis des décennies.

La question de l'égalité entre les genres n'est pas en reste. De ce fait, les compétences nécessaires pour la mise en valeur du DMA doivent désormais prendre en compte l'équilibre entre les hommes et les femmes dans la chaîne globale de valeur maritime dans divers secteurs d'activités, entre autres, le transport maritime et la logistique, les activités en mer, la pêche, le tourisme côtier et maritime et la sûreté et la sécurité maritimes.[55] C'est dans ce sens que l'article 37 de la Charte africaine du transport maritime révisée, pour ne prendre que cet exemple, encourage fortement une politique favorable à l'égalité entre les sexes et fondée sur la participation des femmes. Du point de vue institutionnel, la configuration des Comités des Etats Parties mis en place par les Etats repose sur ce principe d'égalité homme/femme.[56]

La dimension humanitaire de la Charte de Lomé ne peut atteindre ses objectifs que si, à la base, la sûreté et la sécurité en mer sont garanties.

3.2 Une «humanisation» par le droit à la sécurité

L'intitulé exact de la Charte de Lomé est explicite sur les finalités visées. Il est dès lors normal que ce traité, conformément à l'article 2(a) vise à promouvoir la paix, la sécurité, la sûreté ainsi que la stabilité en mer. Au premier abord, cet objectif concerne principalement les populations africaines dans leur singularité. Mais il n'est pas inopportun de stipuler que, d'une manière indirecte, la sécurité collective en tire des bénéfices substantiels découlant de la protection du DMA.

3.2.1 La sécurité collective des peuples africains fondée sur le DMA

L'article 1 de la Charte de San Francisco de 1945 pose les fondements de la sécurité collective.[57] Les Chartes constitutives de l'OUA et l'UA ont repris les mêmes buts. On comprend pourquoi la promotion de la paix, de la sécurité, de la sûreté ainsi que de la stabilité est l'un des principes de la Charte de Lomé.[58] Si l'occurrence de conflits majeurs semble désormais relever d'une autre époque, force est de constater que le contexte, international dans l'ensemble et africain en particulier, est marqué par l'émergence de nouveaux enjeux qui représentent une menace réelle à la sécurité collective et appellent, par voie de

55 Art 22(1) de la Charte de Lomé.

56 Art 41(3) de la Charte de Lomé.

57 E Giraud 'Les Nations unies doivent-elles mettre en veilleuse la sécurité collective?' (1955) *Politique étrangère* 179-204. Ce document est disponible sur https://www.jstor.org/stable/42709240 (consulté le 30 novembre 2023).

58 Art 1(a) de la Charte de Lomé.

conséquence, à une refonte profonde, à la fois juridiquement et politiquement, de cette notion.

Pour preuve, en 2015, l'AGNU a utilement admis que «[l]es changements climatiques représentent l'un des plus grands défis de notre temps ...»,[59] une menace à la sécurité collective.[60] La protection du climat de la planète passe par les solutions fondées sur la nature. Les océans font partie des solutions dont l'efficacité ne souffre d'aucune remise en question aussi bien du point de vue de leur diversité que de leur efficacité. En effet, le climat et les océans sont liés par une relation fonctionnelle réciproque et consubstantielle. Car, «un Océan en bonne santé, c'est un climat préservé».[61] Inversement, un réchauffement du climat de la planète supérieur au seuil fixé par l'Accord de Paris sur le climat serait préjudiciable pour les océans.

Aussi, dans le but de lutter contre le réchauffement climatique, l'article 25 de la Charte de Lomé oblige chaque Etat à prendre des mesures spécifiques d'adaptation et d'atténuation visant à contenir le changement climatique. Dans le cas particulier du secteur maritime, afin de limiter les menaces environnementales, il est recommandé d'adopter des mesures qui soient en conformité avec les normes et principes internationaux et de mettre sur pied des systèmes d'échange d'informations sur la pollution marine et/ou d'alerte précoce, en l'occurrence les émissions de gaz non-autorisées dans les ZAJN. Or, les problématiques telles le dioxyde de carbone (CO_2) ou le soufre sont autant d'objectifs écologiques qui motivent de plus en plus les actions de sécurité maritime.[62]

Le réchauffement climatique s'accompagne de plusieurs conséquences, notamment l'élévation du niveau de la mer qui s'est accélérée depuis le milieu du 20e siècle. De 1994 à 2018, l'océan est monté de 8,5 cm, soit à une vitesse moyenne supérieure à 3,6 millimètres chaque année,[63] menaçant tant la survie des peuples africains établis en zones côtières que les fondements des Etats, au sens du droit international, en l'occurrence les Petits Insulaires en Développement (PIED) et les Pays les Moins Avancés (PMA), dont plusieurs Etats africains. Les échanges d'informations évoqués par l'article 25 de la Charte de Lomé s'avèrent importants pour encadrer les effets des changements climatiques autant que l'article 14 encourage chaque Etat à protéger ses territoires maritimes, y compris contre l'élévation du niveau de la mer. De même, il incombe également aux

59 Programme de développement durable à l'horizon A/RES/70/1 (2030) para 14.

60 Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP) *Sécurité collective et environnement: changements climatiques et dégradation de l'environnement, nouveaux enjeux des relations internationales* Patrick Bouveret et Luc Mampaey (ed) (2008).

61 Plateforme Océan et Climat *Océan et Changement climatique: les nouveaux défis. Focus sur 5 grands thèmes du Rapport Spécial 'Océan et Cryosphère'* (2019) 1-38.

62 Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) *Sécurité en mer et protection de l'environnement marin* (2016) 10.

63 Plateforme Océan et Climat (n 61) 18.

Etats d'assurer, à tous les peuples africains, la gestion des risques et catastrophes, dont ceux liés au climat, en mer.[64]

3.2.2 La sécurité individuelle à partir du DMA

En tant que droit civil, au sens de la DUDH et de la Charte de Banjul, la libre circulation des personnes en mer est l'un des principes de la Charte de Lomé.[65] Mais ce droit est indissociable de la sécurité et de la sûreté en mer pour les titulaires. Dans l'esprit des concepteurs de la Charte, sûreté et sécurité maritimes renvoient en effet à des notions juridiques distinctes mais complémentaires tant du point de vue de leurs domaines d'activités que de leurs finalités. Les deux notions visent à garantir la prévention et la répression de la criminalité nationale et transnationale. En effet, le trafic illégal des armes et de la drogue, la piraterie et le vol à main armée en mer,[66] le mazoutage illicite (vol du pétrole brut) le long des côtes africaines, le terrorisme maritime, le trafic humain et l'immigration clandestine par mer compromettent le respect des droits fondamentaux en milieu marin, notamment dans le golfe de Guinée et le golfe d'Aden.

Face à la recrudescence des actes de violation des droits humains en mer, le Conseil de sécurité de l'ONU a appelé les pays africains à mettre sur pied une architecture régionale, le but étant, entre autres, de faire collectivement face à diverses formes de menaces susceptibles d'entraver la jouissance des certains droits humains élémentaires, y compris ceux reconnus par les articles 3, 4 et 5 de la DUDH et, entre autres, le articles 4 et 5 de la Charte de Banjul. C'est dans cette perspective que les codes de conduite de Djibouti et de Yaoundé, respectivement adoptés en 2009 et 2012, sont apparus comme deux instruments, certes d'une portée juridique limitée, mais dont l'adoption a fécondé une Charte juridiquement contraignante.[67]

La Charte traite de toutes les formes d'insécurité en mer. L'architecture sécuritaire, mise en place par les Etats, pour assurer le respect des droits humains dans ce milieu est fondée sur une structure hiérarchisée. Au niveau national, conformément à l'article 7(1), les Etats sont chargés de juguler la criminalité maritime et d'autres formes d'actes illicites, par le biais d'un dialogue permanent et d'une coopération effective entre ses institutions compétentes. Et pour préserver le droit à la vie en mer, selon l'article 6(c), les Etats ont aussi le devoir d'assurer des patrouilles de surveillance et de reconnaissance maritimes dans la zone économique exclusive (ZEE), les zones de mouillage ainsi que le plateau continental, à des fins de répression et de sauvetage.

Le respect des droits de l'Homme en mer passe aussi par les moyens de prévention. Dans le but de prévenir la criminalité en mer par les

64 Art 29 de la Charte de Lomé.

65 Art 2(c) de la Charte de Lomé.

66 Le tiers des attaques répertoriées par le Bureau maritime international (BMI) au premier semestre 2016 avaient été perpétrées en Afrique.

67 Biloa (n 36) 400.

mesures socio économiques, les Etats contractants sont appelés à créer des emplois productifs, à réduire la pauvreté et à éliminer l'extrême pauvreté, à mettre en place des mesures favorables à l'amélioration des conditions de vie au renforcement de la cohésion sociale, y compris en apportant des solutions à des problèmes socioéconomiques des peuples africains.[68]

Les arrivées massives de migrants d'origine africaine, en l'occurrence les femmes et les enfants, en Europe rappellent que le trafic de personnes par voie maritime reste un enjeu constant. C'est en tout état cause que l'article 16 appelle les Etats Parties à élaborer ainsi qu'à mettre en œuvre des politiques de migration rationnelles visant à éradiquer le trafic des personnes. En des termes presque similaires, les Etats contractants sont aussi appelés à annihiler le trafic de drogue dans le secteur maritime.[69]

4 CONCLUSION

En définitive, «Les droits de l'homme sont universels; ils sont applicables tant en mer que sur la terre ferme».[70] En tant que traité international ayant pour vocation de mettre une nouvelle gouvernance maritime en place sur le continent africain,[71] la Charte africaine sur la sûreté et la sécurité maritimes et le développement en Afrique s'approprie la Déclaration de Genève sur les droits de l'homme en mer, de laquelle est issu ce principe de l'application indifférenciée des droits de l'homme entre les océans et la terre ferme. L'adoption de ladite Charte participe de l'«africanisation»[72] du droit de la mer.

Sans avoir besoin d'attendre son entrée en vigueur pour en mesurer la portée, la Charte de Lomé constitue une réponse à l'urgence océanique car elle adapte le répertoire des droits humains fondamentaux au milieu marin et consolide ceux qui ont déjà été consacrés aussi bien par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples que par la DUDH. Destinée à refléter la conception africaine des droits de l'homme en mer dans la mesure où elle traduit la philosophie africaine du droit, la Charte vise, *in fine*, la résolution des besoins et enjeux fondamentaux de l'Afrique en lien avec les océans.

La Charte intègre divers droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels légalement reconnus. Une autre singularité de cet instrument juridique est qu'elle reconnaît les droits des peuples, dont le droit des peuples à disposer librement de leurs ressources et de leurs richesses naturelles marines. En raison de la juridiction rampante propre au droit de la mer ainsi que des difficultés politiques,

68 Art 5(a) de la Charte de Lomé.

69 Art 17 de la Charte de Lomé.

70 Déclaration de Génère sur le droit de l'homme en mer (n 11) 2.

71 Caligiuri (n 8) 1.

72 Pour le concept 'africanisation', voir Oliver C Ruppel et David Julian Biam 'Reprendre le contrôle des mers Perspectives pour l'économie bleue de l'Afrique' (2016) 7.

économiques et sociales, ces différents droits sont atténués aussi bien dans leur portée que dans leur substance. Mais quoi qu'il en soit, le respect des droits humains en mer par les Etats, individuelle-ment ou collectivement, implique divers régimes juridiques, notamment les Etats du port, les Etats côtiers, les Etats du pavillon et ceux qui pourraient éventuellement patronner les activités mises en œuvre à la Zone. Au demeurant, l'effectivité de la Charte est dépendante de la capacité des Etats africains à assurer un ordre public maritime dans les espaces qui relèvent de leur souveraineté ou de leur juridiction.

Mieux que de simples réservoirs de ressources naturelles, au sens de la Charte de Lomé, les milieux marins sont indissociables des droits de l'homme. Cette perception revient à admettre que la survie du droit de la mer passe inexorablement par la protection desdits droits et vice versa. Aucune autre alternative qu'un cercle vertueux entre les peuples africains et les océans permettra ainsi de parvenir à une conciliation à finalités réciproques. Dès lors, tous les acteurs ont l'obligation de s'assurer que la connectivité juridique et politique des zones maritimes qui relèvent de leur souveraineté et/ou de leur juridiction, non seulement avec la terre ferme mais aussi avec les ZAJN, garantisse une gouvernance maritime à «visage» humain dont la Charte de Lomé est l'un des leviers.

The notion of fairness in reparation litigation before the African Court on Human and Peoples' Rights

*Joris Joël Tala Fomba**
https://orcid.org/0009-0002-6988-9242

ABSTRACT: Reparation is a general principle of law that applies both in the domestic and international order. The African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) is no exception. In its jurisprudence it strives to rule on reparation on the basis of fairness. It is true that some provisions 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) as well as the Rules of Court do not expressly define what is meant by fairness. The Court's exercise of its office reveals a case-by-case approach to the application of the principle of fairness. This construction is characterised by not only the humanisation, socialisation but also the moralisation of African law. In applying their discretionary power, the judges of the Court face a dilemma between the requirements of law and social order. The question that arises is what criteria the Court uses to evaluate the notion of fairness in the context of reparation litigation. In other words, do these criteria allow for an objective reparation of the applicants' damage? This article deals with the Court's case law, which takes into account an essential aspect of justice, namely, corrective justice, which aims to remedy the imbalance in the assessment of reparation when the notion of fairness dictates its solutions in African positive human rights law. Based on a global approach, the concept of fairness therefore enables the Court to ensure arithmetical equality and the proportionality of gains and losses without regard to individuals. Although the Court's case law strives to do this, certain shortcomings persist and hinder the Court's mission of fairness.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS:

La notion d'équité dans le contentieux de la réparation devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

RÉSUMÉ: La réparation est un principe général du droit qui s'applique à la fois dans l'ordre interne et international. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne fait pas exception. Dans sa jurisprudence, elle s'efforce de statuer en réparation sur la base de l'équité. Il est vrai que certaines dispositions du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que le règlement intérieur de la Cour ne définissent pas expressément ce que l'on entend par équité. L'exercice de son office par la Cour révèle une approche au cas par cas de l'application du principe d'équité. Cette construction est caractérisée non seulement par l'humanisation, la socialisation mais aussi la moralisation du droit africain. Dans l'application de leur pouvoir discrétionnaire, les juges de la Cour sont confrontés à un dilemme entre les exigences du droit et celles de l'ordre social. La question qui se pose est celle de savoir quels sont les critères utilisés par la Cour pour évaluer la notion d'équité dans le contexte d'un litige en réparation. En d'autres termes, ces critères permettent-ils une

* PhD (Douala), LLM (Yaounde), BA (Dschang); Researcher, Faculty of Law, University of Douala; fomba_joris@yahoo.com

JJ Tala Fomba 'The notion of fairness in reparation litigation before the African Court on Human and Peoples' Rights' (2023) 7 *African Human Rights Yearbook* 52-69
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a3

réparation objective du préjudice du requérant? Cet article traite de la jurisprudence de la Cour qui prend en compte un aspect essentiel de la justice, à savoir la justice corrective qui a pour objectif de pallier au déséquilibre dans l'évaluation de la réparation lorsque la notion d'équité dicte ses solutions dans le droit positif africain des droits de l'homme. A partir d'une approche globale, la notion d'équité permet donc à la Cour d'assurer l'égalité arithmétique, la proportionnalité des gains et des pertes sans égards aux personnes. Même si la jurisprudence de la Cour œuvre à le faire, certains manquements persistent et entravent la mission d'équité de la Cour.

KEY WORDS: fairness, reparation, compensation, African Court on Human and Peoples' Rights, fair trial

CONTENT:

1 Introduction 53
2 Theoretical legal framework of fairness 56
2.1 In the African Charter 56
2.2 In the African Court Protocol 56
3 Strict application of the concept of fairness by the African Court 57
3.1 The importance of examining the evidence 57
3.2 The substantive and procedural nature of fairness 59
4 Moderation of the strict rules of fairness by the Pan-African Judge 61
4.1 Remedial measures 61
4.2 Balancing the interests of the various parties 64
5 The uncertainties of the African Court's use of fairness 66
6 Comparative analysis between the African Court and its counterparts on the application of the notion of fairness 68
7 Conclusion 69

1 INTRODUCTION

The African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) is a continental court created by the member states of the African Union (AU) to ensure the protection of human and peoples' rights in Africa. To date, the Court has handed down a number of judgments relating to reparations, reiterating the hopes that Africans had when it was created. If the Court is considered by some to be the spearhead,[1] it is worth mentioning that it now plays an 'outpost' role in the protection of human rights by exercising its competence in particular with regard to the interpretation and application of texts relating to human rights in accordance with the Protocol establishing it.[2] The Court thus strengthens the African mechanism for the protection of human rights already initiated by the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission)[3] for greater productivity.[4]

1 See M Kamto 'Introduction générale' in M Kamto (ed) *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 et des peuples: commentaire article par article* (2011) 18-31.

2 See art 3 of the Protocol to the African Charter on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights (African Court Protocol).

3 African Court Protocol (n 2) art 2.

4 J-L Atangana Amougou 'Avancées et limites du système africain de protection des droits de l'homme: la naissance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2003) 176; see also O Delas & E Ntaganda *La création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: m*écanisme efficace de protection des droits de *l'homme* (1999) 103-109.

In the exercise of its function, the African Court sometimes has recourse to certain principles of law in order to award reparation for any damage. In international law, the obligation to pay reparation is the consequence of a breach of a primary obligation that has caused damage.[5] Indeed, when the Court finds a violation of a right establishing the responsibility of the defendant state, it is entitled under article 27(2) to order appropriate measures to remedy the situation by awarding reparation. In African human rights law, reparations follows the *restitutio in integrum* approach, which means that the Court 'must, as far as possible, erase all the consequences of the unlawful act and re-establish the state that would probably have existed if the said act had not been committed'.[6] The Court awards reparations either in the context of a judgment on the merits, which also addresses the question of reparations, or by means of a separate reparations judgment. It is true that both 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) and the Rules of Court (Rules) recognise this possibility, although the Court now seems to favour the former option. In any event, the Court awards reparations based on fairness.

In law, fairness is one of those flexible concepts or 'notions with variable content' that are difficult to define.[7] In its etymological sense, the term 'equity', of which the origin dates back to the Latin word *equitas*, refers to the notions of equality, justice and impartiality that are associated with the principles of natural justice.[8] According to this first meaning, fairness designates an ideal of justice to which a society aspires with a view to 'ensuring equality between persons, by rendering to each what is rightfully theirs'.[9] Taken in this way, the concept of fairness encompasses the institutions and rules of law designed to achieve this objective of justice.[10] In its second meaning, fairness refers to a form of contextualised or individualised justice in which the judge seeks the fairest solution. As Jean Carbonnier pointed out when he spoke of the special mandate of fairness in these terms: 'an opposition to the rigidity of the law, strict law'.[11] In order to prevent injustice, fairness derogates from the rules of positive law by taking into account the particular circumstances of the case.[12] In its third sense, fairness has a suppletive function, particularly when the judge is called upon to

5 ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) II *Yearbook of International Law Commission* UN Doc A/56/10, art 31; *Chorzow Factory* case (*Germany v Poland*), CPJI Rep série A No 9 21.

6 CPJI *Usine de Chorzow* (*Allemagne v Pologne*), Rec 1927 para 47.

7 See C Perelman 'Les notions à contenu variable en droit – essai de synthèse' in C Perelman and others (eds) *Les notions à contenu variable en droit* (1984) 363.

8 *Black's law dictionary* (2009) 9.

9 G Cornu and others *Vocabulaire juridique* (2018) 894.

10 See R Crête 'Le raisonnement judiciaire fondé sur l'équité dans les conflits entre actionnaires de petites sociétés: l'éclairage d'une approche consensuelle' (2006) 47 *Les Cahiers de droit* 37.

11 J Carbonnier *Droit civil – Introduction* (1997) 34.

12 P Jestaz 'Equité' (1972) *Encyclopédie juridique Dalloz: répertoire de droit civil* (1972) 1.

supplement the express terms of the law by taking into account the particular circumstances of the case.[13] In other words, fairness here plays an essential role in supplementing the shortcomings of the law. In this case, it is up to the judge to interpret fairness by taking into account the particular circumstances of each case.[14] As Cornu points out, the role of fairness is to attenuate or modify the law in the light of the circumstances of the case.[15] In all likelihood, the concept of fairness covers a number of meanings which it will be useful to explore by drawing on the full range of the Court's case law.

In order to demonstrate this, the article first examines the content of the concept of fairness in African human rights law, since neither the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter) nor the African Court Protocol provides any definition. At first sight, fairness is a way of resolving disputes outside the rules of law.[16] This is the case, for example, when the judge uses criteria such as reason, utility, love of peace or morality.[17] Here, fairness does not have a legal character and is opposed to law, which confers an obligation on the judge to rule on the basis of fairness.[18] On the other hand, equity is a form of justice that is superior to positive law, natural law and ideal justice.[19] This can happen when the judge rules *aequo et bono*, that is, in accordance with justice and impartiality, according to what is just and right in accordance with fairness and conscience.[20] In this case, fairness does not depend on existing legal rules. In short, fairness means respecting the balance of situations in order to prevent inequalities. Here, fairness will encompass terms such as equality and justice. Through equitable judgments, regional human rights courts, in particular the African Court, protect the rights of individuals to reparation. The latter means 'recompense given to one who suffered legal injury at the hands another; to make amends, provide restitution, or give satisfaction or compensation for wrong inflicted; it also refers to the thing done or given to the injury party'.[21] Reparation defined in this way has several meanings. First, it refers to compenation, that is, the elimination of damage.[22] Second, it refers to a pecuniary method of compensation through the award of a sum of money.[23] Third, it may refer to a method of compensation in kind, that is, it involves restoring the situation prior to the damage (*restitutio in integrum*).[24] In view of

13 As above.
14 D Carreau & F Marrella *Droit international* (2012) 357.
15 Cornu (n 9).
16 As above.
17 As above.
18 As above.
19 As above.
20 *Black's law dictionary* (1979) 500.
21 D Shelton 'Reparations' in A Peters and others (eds) *Max Planck encyclopedia of public international law* (2015) 367.
22 Cornu (n 9) 1897.
23 As above.
24 As above.

the above, the use of the concept of reparation in this study will incorporate these three meanings.

How, then, does the African Court apply the notion of fairness in disputes concerning reparation? First, the study sets out to demonstrate the strict application by the African Court. This will show the importance of examining the evidence and the substantive or procedural nature of the notion of fairness. Second, this study examines the moderation of strict rules by the African Court, the implementation of which allows for an objective application of the notion of fairness in reparations litigation. The study concludes with a comparison of the Court's behaviour with that of other regional human rights courts. Here the study analyses the particular approach that we will highlight in our concluding remarks.

2 THEORETICAL LEGAL FRAMEWORK OF FAIRNESS

In African human rights law, the concept of fairness derives its legal basis from the African Charter (2.1) and the African Court Protocol (2.2).

2.1 In the African Charter

The drafters of the African Charter were concerned about the notion of fairness and included provisions in this instrument to reflect its importance. Even if the term 'fairness' does not appear expressly in the Charter, certain provisions nevertheless relate to this notion. Every person is equal before the law. This equality before the law extends to equal protection of the law.[25] In addition, article 7 provides guarantees of a fair trial for all persons subject to the law.[26] In other words, the concept of fairness is contained in the Charter, albeit implicitly. The legal compass for the analysis that follows will therefore be the provisions of the Charter. Although the Charter implicitly takes account of the concept of fairness, it must be said that it is in the African Court Protocol that it is actually highlighted.

2.2 In the African Court Protocol

The concept of fairness is governed by article 27(1) of the African Court Protocol. In contentious matters, the African Court applies the Protocol and any other relevant human rights instrument. Clearly, to determine the notion of fairness in a trial, the Court refers to this provision to rule. In practice, it has done so in a number of cases, which we will examine below. In any event, article 27(1) states: 'If the Court finds that there has

25 African Charter art 3(2).
26 African Charter art 7.

been violation of a human or peoples' right, it shall make appropriate orders to remedy the violation, including the payment of fair compensation or reparation.'[27] This provision will therefore be used to analyse the case law on fairness. The Court sometimes applies the concept of fairness strictly.

3 STRICT APPLICATION OF THE CONCEPT OF FAIRNESS BY THE AFRICAN COURT

The African Court is uncompromising when it comes to ruling on the basis of fairness. Its interpretation of the conditions necessary for fairness to be taken into account is fully in line with those of the regional human rights courts. In any event, taking into account fairness emphasises the requirements of sufficient evidence (3.1) and the causal link between the violation found and the harm suffered (3.2).

3.1 The importance of examining the evidence

In reparation cases before the Court, evidence plays a predominant role, especially when it comes to ruling in fairness. Evidence consists of elements used to support a claim.[28] Article 26(2) of the African Court Protocol gives the Court the latitude to accept the evidence it deems appropriate on which to base its decisions.[29] The international judges' assessment of evidence in human rights cases is less rigorous. This was observed in the judgment of the International Court of Justice (ICJ).[30] Similarly, the Inter-American Court in *Velasquez Rodriguez v Honduras* insisted that the evidence required should be less formal than that required before the domestic courts.[31] On the other hand, the African Court adopts an approach contrary to that of counterpart courts. This assertion is confirmed by legal doctrine, which considers that the assessment made by the African Court does not depart from the rules of evidence before international courts.[32] While the standard of proof is lower in the judgments of the international courts cited above, it is higher in the case law of the African Court. In fact, the Arusha Court positions itself as a body that reviews the evidence in a case. In the *Abubakari v Tanzania* (Reparations) case, it stated:[33]

27 African Court Protocol art 27(1).

28 J Salmon *Dictionnaire de droit international public* (2001) 874.

29 African Court Protocol art 26.

30 *Republic of Guinea v Democratic Republic of Congo* ICJ (2012) 15-16.

31 IACHR *Velasquez v Honduras* (1987) 128 and others. For the American judge '[t]he practice of international and domestic courts shows that direct evidence, whether testimonial or documentary, is not the only type of evidence that may be legitimately considered in reaching a decision. Circumstantial evidence, indicia, and presumptions may be considered, so long as they lead conclusions consistent with the facts.'

32 G Niyungeko *La preuve devant les juridictions internationales* (2005) 480.

33 See *Mohamed Abubakari v Tanzania (reparations)* (2013) 3 AfCLR 349 para 26.

> As regards, in particular, the evidence relied on to convict the applicant, the Court considers that it was not for it to decide on its value for the purposes of examining that conviction. However, in the Court's view, there is nothing to prevent it from examining that evidence in the context of the case before it in order to ascertain generally whether the national court's examination of that evidence complied with the requirements of a fair trial within the meaning of article 7 of the Charter in particular.

This approach of the Court, which requires a thorough verification of the evidence provided by one or other of the parties, is part of the search for certainty or veracity of the parties' allegations. In any event, the parties must provide standards of 'proof beyond reasonable doubt'.[34] In this case, for example, it found the evidence provided by the defendant to be insufficient.[35] Lack of evidence or insufficient evidence from one of the parties to the proceedings is likely to affect the fairness of the trial. While the principle of *actori incumbit probatio*, which is common to all litigation, is applied in the various jurisdictions of international human rights law in the absence of formalism and the judge's freedom to assess the elements of proof.[36] On the other hand, the Court has limited room for manoeuvre. The Arusha Court cannot judge in fairness on the basis of mere declarations. In *Mugesera v Rwanda* it stated that '[g]eneral statements that a right has been violated are not enough. Greater justification is required.'[37]

In addition, it is up to the party whose right has been violated to provide proof. This is what the Court decided in *Abubakari v Tanzania*, in which it ruled that 'the burden of proof lies with the party claiming to have been the victim of discriminatory treatment'.[38] With regard to the assessment of quantum, a twofold observation could be made about the burden of proof. On the one hand, the Court is flexible when dealing with victims whose material or moral loss has previously been established. In *Onyango Nganyi & Others v Tanzania* the Court held that '[t]he presentation of a business licence and delivery notes constitutes proof that a business existed and was in operation. However, these documents do not provide an exhaustive and detailed account of the income generated to justify the amount claimed.'[39]

In this case, the Court awarded the victim US $2 000 by way of compensation for the partial or incomplete proof of his allegations, whereas he was claiming US $288 889 for material damage.[40] The Court's case law is remarkably consistent with regard to claimants' unjustified claims for material damage. In its jurisprudence, the Court requires in virtually every case that the claimants provide material

34 See *Onyachi and Njoka v Tanzania* (judgment) (2017) 2 AfCLR 67 para 101.

35 *Onyachi* (n 34) para 87.

36 See H Tigroudja 'La preuve devant la cour européenne des droits de l'homme' in H Ruiz-Fabr & JM Sorel (eds) *La preuve devant les juridictions internationales* (2007) 114.

37 See *Mugesera v Rwanda* (Judgment and Reparations) (2020) 4 AfCLR 846 para 72.

38 See *Abubakari* (n 33) para 153.

39 See *Onyango Nganyi & Others v Tanzania* (Reparations) (2019) 3 AfCLR 322 paras 36-38.

40 As above.

evidence in relation to the damage they have suffered, failing which the claims are rejected. This means that when the evidence is provided, the Arusha Court judges in fairness by awarding direct victims compensatory costs for material loss. This is what it did in the case of *Ingabire Victoire Umuhoza v Rwanda* by awarding the full amount of 230 000 Rwandan francs requested by the applicant for the administrative handling of her legal case.[41] It follows that evidence is inherent in the Court's equitable judgment. It is for this reason that in its jurisprudence fairness has a substantive or procedural character.

3.2 The substantive and procedural nature of fairness

In African human rights law, fairness can be both substantive and procedural. With regard to the former, it refers to the decision itself and includes compliance with the relevant rules (legislation, policy, standards of practice) and consideration of individual circumstances in order to achieve a result that is fair to the parties.[42] From a substantive standpoint, the judge examines the nature, purpose and effects of an act performed by the lower decision-making bodies in order to determine whether it is fair. Here, the Court undertakes an exercise aimed at ascertaining the content of the legal arguments put forward by the parties in order to make a substantive finding. This is what emerges from its judgments in *Onyachi and Njoka v Tanzania*[43] and *Abubakari*.[44] In the first case, the applicants argued that their right to be presumed innocent had not been respected under article 7(1) of the African Charter because of their defence of alibi, which had been arbitrarily rejected by the Court of Appeal and the High Court.[45] In addition, they argued that evidence had been submitted that they had never been in Tanzania on the day and at the time the crime was committed. The Court noted that an alibi is an essential element with consequences for fairness, provided that it is supported by a witness. The Court, therefore, recalls the following:[46]

> His findings above that the evidence of the sole prosecution witness PW8 was obtained following a flawed line-up. Accordingly, the conviction of the applicants solely on the basis of the evidence of the sole witness PW8 and the unsubstantiated allegations that the applicants had used unlawful means to enter Tanzania violated the applicants' right to a defence guaranteed by article 7(1)(c) of the Charter and thus constituted a violation of the applicants' right to a fair trial.

41 See *Ingabire Umuhoza v Rwanda* (Reparations) (2018) 2 AfCLR 209 paras 38-40.

42 FH Buckley 'Three theories of substantive fairness' (1990) 19 *Hofstra Law Review* 36.

43 See *Onyachi* (Judgment) (n 34).

44 See *Abubakari* (n 33).

45 See *Onyachi* (n 34) para 90.

46 *Onyachi* (n 34) para 95.

The Court's reasoning is based on respect for the right to a defence enshrined in article 7 of the African Charter, which is the only provision of the Charter devoted to a fair trial.[47] With regard to the procedural dimension of fairness, the Court emphasises the following in *Abubakari*, where the Court held that the defence of alibi is established as a prerequisite for the right to a fair trial. It held:[48]

> Where an alibi is established with certainty, it can be decisive on the issue of the guilt of the person prosecuted. The alibi in the present case was all the more important because the applicants' indictment was based on the statements of a single witness, and no identification parade had been held.

In this case, the applicants were claiming procedural fairness, which unfortunately is not included in the list of fair trial rights contained in article 7(1)(c) of the African Charter. In this case, the African Court should have relied on other alternatives relating to general law, such as article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[49] or the Guidelines and Principles on the Right to a Fair Trial.[50] An analysis of the Court's case law shows that it favours the reasoning of the procedural nature of fairness based on the effects of procedural irregularities carried out by the judicial bodies of the African states, even though it has refused to examine the facts to determine whether there had been a miscarriage of justice. These requirements of the Court express the idea that '[f]or a system of rules to be fair, it must be firmly rooted in a framework of formal requirements about how rules are made, interpreted, and applied'.[51] This was the conclusion it reached in *Onyachi*, where it stated in this context that 'the Court has no option but to conclude that the procedural irregularities in the identification parade affected the fairness of the trial and of the applicants' conviction'.[52]

On the other hand, in *Guehi v Tanzania*[53] the Court rejected the applicant's request to set aside the conviction and sentence imposed on him and to order his release.[54] To summarise the facts, the applicant, an Ivorian citizen, was convicted and sentenced to death for the murder of his wife. He lodged an application alleging a violation of his rights as a result of his detention without trial. The Court found that certain fair trial guarantees had been violated, but that certain remedies sought by the applicant, such as his release, were not justified.[55] In order to justify its reply, the Court lists the conditions under which the applicant's release may be ordered, in particular in special and compelling

47 See NJ Udombana 'The African Commission on Human and People's Rights and the development of fair trial norms in Africa' (2006) 6 *African Human Rights Law Journal* 302.

48 See *Abubakari* (n 33) para 192.

49 *Abubakari* (n 33) para 16.

50 See African Commission 'Directives et principes sur le droit à un procès équitable et l'assistance judiciaire en Afrique' (2003). This text sets out the rights to a fair trial in detail in section 'N'.

51 See D Zolo *Cosmopolis: Prospects for world government* (1997) 118-119.

52 See *Onyachi* (n 34) para 88.

53 See *Armand Guéhi v Tanzania* (Judgment and Reparations) (2018) 2 AfCLR 493.

54 *Guéhi* (n 53) para 160.

55 *Guéhi* (n 53) para 6.

circumstances, which is likely to broaden its powers.[56] In addition, the Court refers to the proportionality between the seriousness of the violation and the measure taken, which should be taken into account with a view to preserving fairness and preventing double jeopardy.[57] Finally, it concluded that the violations had no impact on the proceedings before the courts that could lead to an arbitrary judgment.[58] This reasoning is supported by Possi, who expressed the following view: 'Essentially, fairness in the administration of justice accommodates the rule of law and the maintenance of public confidence in the legal system. Significantly, fair trial norms facilitate due legal process aimed at preventing unlawful and arbitrary curtailment of individual rights.'[59]

However, just as the judge can apply equity strictly in the exercise of his or her office, he or she can also moderate his strict rules.

4 MODERATION OF THE STRICT RULES OF FAIRNESS BY THE PAN-AFRICAN JUDGE

The African Court sometimes makes its decision on the basis of fairness, while adopting a corrective approach (4.1) and taking into account the interests of the parties to the case (4.2).

4.1 Remedial measures

In its report on the work of its 31st session on state succession in respect of matters other than treaties, the International Law Commission took a position that fairness is

> more a balancing factor, a corrective designed to preserve the reasonableness of the connection between movable state property and the territory. Fairness allows for a more judicious interpretation of the concept of property linked to the activity of the Predecessor State in relation to the territory and gives it an acceptable meaning.[60]

Transposed to the field of international human rights law, the corrective nature of fairness should allow the judge to interpret it in order to avoid a considerable imbalance between the violations alleged by the victim and the reparation for the harm suffered. In African human rights law, it happens that when the applicant demonstrates the

56 *Guéhi* (n 53) para 164; *Alex Thomas v United Republic of Tanzania* (Reparations) Application 005/2013 para 157. On the notion of the imperium of the African Court, see SH Adjohohoun & S Oré 'Entre impérium illimité et decidendi timoré: la réparation devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2019) *3 African Human Rights Yearbook* 331.

57 See *Guéhi* (n 53) para 164.

58 *Guéhi* (n 53) para 166; *Evarist Minani v Tanzania* (Judgment) (2018) 2 AfCLR 415 para 82.

59 A Possi '"It is better than ten guilty persons escape than that one innocent suffers": the African Court on Human and Peoples' Rights and fair trial rights in Tanzania' (2017) 1 *African Human Rights Yearbook* 313.

60 ILC Rapport sur la succession d'Etat dans les matières autres que les traités 31 (1979) para 16.

existence of an abuse or injustice, the African Court can order compensation for the harm suffered. The desire to correct injustice without undermining the rights of applicants is a constant concern for the African Court. Even if corrective justice is fundamentally a matter of climate justice,[61] it is relevant to this research. The principle of corrective justice as it is interpreted here is that reparation can be just if it attempts to re-establish an equality of fundamental rights between the victim and the perpetrator of the violation. This assertion is defended by Aristotle, who said that the 'reason is that the law is always a general statement, and yet there are cases which it is not possible to cover in a general statement. This is the essential nature of fairness: it corrects the law when it is imperfect because of its generality.'[62] To speak of corrective justice means for the judge, by means of ethics, to re-establish arithmetical equality without regard to persons but proportional to the gains and losses of the parties to a dispute.[63] Thus, the Court proceeds by a proportional evaluation of the gains and losses of the applicants when it considers that one of them goes beyond what can be reasonable. This reasoning of the African Court is reflected in *Mugesera v Rwanda*.[64]

In this case the applicant applied to the Arusha Court for a finding that his conditions of detention had been violated. He argued that the alleged violations had caused him atrocious psychological suffering. He therefore asked the Court to order the respondent state to pay him US $1 095 000 for the six years he spent in the respondent state's judicial system.[65] In response, while recalling that in the case of violations of the damage alleged by the applicant, the general standard applicable is that of lump sums,[66] the Court considered that the assessment made by the victim was excessive and decided to award him on the basis of fairness compensation for non-pecuniary damage of 10 million Rwandan francs[67] or approximately US $8 500, that is, approximately 0,77 per cent of the amount claimed. In ruling that the applicant's claim was excessive, the African Court based its decision on the totality of the violations of the applicant's rights in order to rule *ultra petita* and proportionally correct the victim's gains and suffering. However, the Court did not specify what constituted lump sums for non-pecuniary damage. On the other hand, the Court adopted the same reasoning but sorted out the rights violated by the respondent state in the *Abubakari* case, and it avoided certain rights of the applicant.[68]

61 D Owona 'Droits de l'homme et justice climatique en Afrique' (2019) 3 *African Human Rights Yearbook* 159. For the author 'la justice corrective est celle qui vise à corriger les inégalités causées par les changements climatiques et subies par les populations vulnérables'.

62 See Aristotle *Ethique à Nicomaque* (1934) 6.

63 P Cintura 'L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif' (1972) 24 *Revue internationale de droit comparé* 669.

64 See *Mugesera* (n 37) 834.

65 *Mugesera* (n 37) para 142.

66 *Mugesera* (n 37) para 144.

67 *Mugesera* (n 37) para 145.

68 See *Abubakari* (n 33).

In the *Abubakari* case the applicant alleged that he had been a victim of the rights enshrined in articles 4, 5 and 18(1) of the African Charter and asked the Court to award him the sum of US $261 111 by way of non-pecuniary damage as a direct victim. He also asked the Court to take into account the duration of his imprisonment, namely, 19 years. The respondent state, for its part, refuted the allegations made against it.[69] In response, the Court noted that the rights violated by the respondent state related solely to the applicant's right to a fair trial and his right to a defence.[70] It added that the claimant's request was excessive and decided to award him, on the basis of fairness, the sum of 2 000 000 Tanzanian shillings by way of compensation for non-pecuniary damage.[71] Once again, the Court demonstrated its rationality in applying the principle of fairness. In comparison with the *Onyango Nganyi* case, the applicants asked the Court to award reparations to the indirect victims for the emotional suffering they endured as a result of the violation and the harm they suffered.[72] Despite the respondent state's opposition, the Court, while basing itself on the evidence, considered that 'the amount to be awarded to indirect victims by way of reparation must be proportional to the damage suffered by direct victims. It therefore considered that the amounts claimed by the applicants for indirect victims were exaggerated.'[73] It concluded that

> the claimants and beneficiaries do not allege a differentiated level of prejudice and in the interests of fairness awards the following reparations: one thousand (1 000) US dollars to each of the wives, eight hundred (800) dollars to each of the children and five hundred (500) US dollars to each of the fathers and mothers.[74]

However, there was a lack of reasoning on the part of the Court with regard to the assessment of the amounts of reparation, an issue that will be developed further below.

Generally speaking, the Court's case law is intended to act as balancing role, that is, to satisfy the parties to the proceedings on an equal basis, ensuring in some way that the victim's claim does not exceed or is proportionate to the respondent state's violations, with a view to educating the victim in the culture of fairness or reasonableness. In any event, the principle of corrective justice is particularly important for the Court in determining the forms of damage.[75] In any event, the Court sometimes bases their rulings on the interests of the parties.

69 *Abubakari* (n 33) para 41.
70 *Abubakari* (n 33) para 45.
71 *Abubakari* (n 33) para 47.
72 See *Onyango Nganyi* (n 39) para 68.
73 *Onyango Nganyi* (n 39) para 73.
74 *Onyango Nganyi* (n 39) para 74.
75 See J Tasioulas 'International law and the limits of fairness' (2002) 13 *European Journal of International Law* 1009.

4.2 Balancing the interests of the various parties

In its role of moralising and humananising African human rights law,[76] the Court integrates a balance between the interests of the parties into its decision. At the end of an analysis that incorporates both subjective and objective evidence, as detailed above, the Court's interpretation of article 27(1) of the African Court Protocol is not to say whether or not an act was unjust, but to say whether or not there was a violation of a right. The Court can do this through the discretionary power conferred on it by article 27(1) of the Protocol, which requires it to take 'appropriate measures'. This power is relevant because there would be an infinite number of principles that the Court could have followed. As a 'judge of fairness', the African Court may decide to follow its own reasoning or to respond to the request of one of the parties to the proceedings. In short, the Court can decide in a discretionary manner or take into account the interests of the parties.

True fairness consists of 'balancing, as far as possible, the considerations of fairness invoked by both parties'.[77] Choosing to take the interests of the parties into account would thus make it possible to achieve an equitable result. This was the reasoning developed by the International Court of Justice in *Tunisia v Libya,* in which the Court defined its task as the obligation to 'weigh carefully the various considerations which it considers relevant, so as to arrive at an equitable result'.[78]

However, in the case law of the African Court, the balancing of the interests of the various parties can be assessed through two arguments. Thus, when the African Court reimburses the costs of proceedings and determines the amount of aid for legal representation and assistance, it is required to report on.

On the first point, the judge endeavours to rule with the aim of re-establishing the ex-post equality of the parties. Thus, the Court may grant reimbursement of travel and subsistence expenses for the applicants' representatives at its seat for the proper conduct of the trial, as it did in the case of the *Beneficiaries of late Norbert Zongo*.[79] In this case the Court found that the claimants were seeking compensation for both the non-material damage suffered by them and the material damage suffered by MBDHP.[80] To justify its reasoning, the African Court noted that damages can take several forms under article 34 of the draft articles of the ILC.[81] However, the claimant will not be entitled to

76 T Ondo 'La jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples entre particularisme et universalité' (2017) 1 *African Human Rights Yearbook* 253-255.

77 B Cheng *General principles of law as applied by international courts and tribunals* (1987) 48-49.

78 See *Recueil des Cours* ICJ (1982) para 71.

79 See *Beneficiaries of late Norbert Zongo v Burkina Faso* (Reparations) (2011) para 91.

80 *Zongo* (n 79) para 28.

81 *Zongo* (n 79) para 29.

reparation for amounts justified by evidence.[82] The Court is therefore right to adopt a 'maternalist' approach to the proceedings, taking into account the interests of the parties. On another front, the Court grants reimbursement of lawyers' fees, even though the principle is that each party bears its own costs, unless the Court decides otherwise.[83] It may, however, allow the applicant to claim reimbursement of costs by way of reparation. This was confirmed in *Mtikila v Tanzania,* where the Court stated:[84]

> Costs and expenses are part of the concept of reparation. Thus, when liability is established in a declaratory judgment, the Court may order the state to compensate the victim for the costs and expenses incurred in bringing actions to obtain justice at national and international level.

On the second point, the Court rules in fairness on the basis of the interests of the parties in granting aid for representation and legal aid as a remedy. While article 10(2) of the African Court Protocol states that legal representation or assistance may be provided free of charge where the interests of justice so require,[85] there is a mitigating factor in article 31 of the Rules of Court. This provision makes the granting of aid for representation conditional on the financial resources available.[86] In its jurisprudential approach, the Court is fastidious in granting aid for legal representation and assistance. In *Cheusi v Tanzania*[87] the Court, basing itself on the seriousness of the offence committed by the applicant, notes:[88]

> It appeared from the file that the applicant had been charged with a serious offence punishable by a heavy custodial sentence of at least thirty years. Moreover, the case involved eight prosecution witnesses, two defence witnesses and five exhibits, reflecting the complexity of the issue. In the circumstances, it was clear that the interests of justice required that free legal assistance be provided to the applicant, in order to ensure fairness at first instance and on appeal.

In other words, legal aid should be granted for the entire duration of the proceedings. Since the applicant did not receive legal aid at first instance, the Court is entitled to conclude that the respondent state violated the right to legal aid guaranteed by article 7(1)(c) of the African Charter and article 14(3)(b) of ICCPR.[89] However, in *Mugesera* the Court recognised that the applicant's right to justice had not been violated by the respondent state.[90] In this case, the applicant claimed that his lawyer had been convicted of unreasonably delaying the trial.[91]

82 *Zongo* (n 79) para 93.

83 See Rule 32 of Rules of Procedure of the Court. It provides that '1 Proceedings before the Court shall be free of charge. 2 Unless the Court decides otherwise, each party shall bear the costs of proceedings.'

84 See *Mtikila v Tanzania* (Reparations) (2013) para 46; see also *Zongo* (n 79) para 79.

85 African Court Protocol art 10(2).

86 See art 31 of the Rules of Procedure of the African Court on Human and Peoples' Rights.

87 See *Cheusi v Tanzania* (Judgment and Reparations) (2020) 4 AfCLR 219.

88 *Cheusi* (n 87) para 109.

89 *Cheusi* (n 87) para 112.

90 *Mugesera* (n 37) para 61.

91 *Mugesera* (n 37) para 49.

Thus, the Court notes that states may impose sanctions on lawyers who violate professional or ethical obligations in accordance with the guidelines and principles on the right to a fair trial and legal aid in Africa.[92] From the above, the Court balances interests while ensuring that they do not violate human rights standards. However, concerns arise from the judge's application of fairness.

5 THE UNCERTAINTIES OF THE AFRICAN COURT'S USE OF FAIRNESS

Many key issues emerge from the jurisprudence of the African Court in assessing the quantum of reparations. This part examines two concerns that seem relevant to this study. One is the lack of a precise quantification mechanism; the other is the lack of precision in the scope of fairness.

When the conditions required for the African Court to award reparation are met, the judge is supposed to rule on the basis of fairness. However, the Court sometimes comes up against imprecise quantification leading to flexibility in the assessment of damages. In law, quantum is defined as the amount of reparation awarded to the victim as generally applied in the assessment of damages.[93] Thus, when the evidence analysed above has been gathered, the judge proceeds to assess the quantum of compensation. The judge's power to do this is recognised in article 27(1) of the African Court Protocol, which requires them to take 'appropriate measures' to remedy a human rights violation. It therefore is more relevant here to take a closer look at the Court's reasoning regarding the factors governing the assessment of quantum in certain cases. In its jurisprudential approach, the Court adopts a casuistic approach, that is, that it applies the legal rules relating to fairness by demonstrating by the specific facts of each case.

In the first approach, the Court applies general human rights law to an actual fact. In this case, the Court integrates factors such as the fact that the applicant has suffered the burden of fluctuations. This is what was decided in *Cheusi v Tanzania*. Asked to rule on the assessment of the quantum of non-pecuniary damage as alleged by the applicant, the African Court stated:[94]

> As regards the currency in which the amount of damages is to be assessed, the Court considers that, for reasons of fairness and considering that the applicant should not be obliged to bear the fluctuations inherent in financial activities, the amount of damages must be determined on a case-by-case basis. As a general rule, damages should be awarded, as far as possible, in the currency in which the damage was suffered.

92 Sec I(b) provides that '[s]tates shall ensure that lawyers ... 3. are not subject to, nor threatened with, prosecution or economic or other sanctions for any action taken in accordance with their professional obligations, recognised professional standards and ethics'.

93 *Black's law dictionary* (n 8) 1361.

94 *Cheusi* (n 87) para 154.

In so ruling, the Court made the assessment of non-pecuniary damage conditional on an amount backed by the local currency. Moreover, in the same case it concluded by exercising its discretionary power and awarded 5 725 000 Tanzanian shillings in reparation.[95] This approach by the Court is consistent with the case of *Abubakari v Tanzania*, where the claimant made his application in US dollars but the Court determined the quantum of damages in Tanzanian shillings. From the foregoing, it may be thought that the Court's reasoning is intended to protect the applicant in its *pro victima* approach. However, this approach raises two major concerns.

On the one hand, the Court lacks guidance on the application of the principle of fairness. In the Court's case law, the assessment of amounts is granted without distinction where the infringement has vitiated all or part of the proceedings before the courts. In addition, the findings used by the Court are imprecise. Finally, there is a lack of reasoning by the Court in its rulings on reparation, which leads to controversial judgments. This can be seen in the Court's various findings. For example, in the *Onyango Nganyi* case the criteria used to award reparation to indirect victims were different from those used in the *Alex Thomas* case, yet the same amounts were awarded.[96]

On the other hand, the Court's practice in matters of fairness raises real questions that need to be examined here. In the course of its judgments, the Court has shown itself to be inconsistent in its application of fairness in assessing non-pecuniary damage. A case in point is *Ingabiré Victoire Umuhoza,* in which the Court awarded 55 000 000 Rwandan francs (US $45 323) to the applicant and members of her family in reparation for non-pecuniary damage, while considering that the presidential pardon had led to the applicant's freedom, without, however, determining the reasons for the pardon and its consequences for the violations found.[97] Similarly, in the *Onyango Nganyi* case the claimants were awarded US $3 000 for arbitrary prosecution and $4 000 dollars for four years of abnormally long proceedings,[98] unlike the applicant in the *Guéhi* case, who was awarded US $2 000 even though the proceedings had been unreasonably prolonged by a year and ten months.[99] Moreover, as regards other costs, in particular procedural costs, the Court is once again adopting an inconsistent approach in its case law. In *Guéhi* the Court rejected the applicant's claim on the grounds that he had benefited free of charge from a legal aid programme.[100] In similar circumstances, it rejected the claimant's application on the grounds that he had been represented free of charge by the legal aid programme.[101] However, in the *Mugesera* case the Court adopted a

95 *Cheusi* (n 87) para 155.
96 See *Onyango Nganyi* (n 39) para 97; *Thomas* (n 56) paras 55-60.
97 See *Ingabiré Victoire Umuhoza* (n 41) para 72.
98 *Onyango Nganyi* (n 39) para 97.
99 See *Guéhi* (n 53) para 205.
100 *Guéhi* (n 53) para 200.
101 See *Abubakari* (n 33) para 86.

surprising line of reasoning. It stated that the applicant had not submitted any legal aid agreement or receipts for the payments they had received.[102] Given that three lawyers represented the applicant before the Court, the Court assumes that the applicant must pay the lawyers' fees.[103] It therefore awarded the sum of 10 million Rwandan francs as a lump sum on the basis of fairness, without specifying the criteria on which this amount is based.[104] In light of the foregoing, the Court's jurisprudence shows a lack of a quantification mechanism that alters the principle of fairness dear to the Court.

6 COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE AFRICAN COURT AND ITS COUNTERPARTS ON THE APPLICATION OF THE NOTION OF FAIRNESS

The application of the notion of fairness differs from one regional system to another. The Inter-American Court and the European Court on Human Rights are relevant to our study. In its approach, the African Court faithfully reflects the requirements of fairness. In other words, fairness is a prerequisite for the proper conduct of the trial, and this is a particular attitude of the Court. It proceeds by examining the evidence and is very particular about the documents produced by the parties. In contrast, its European counterpart is not very favourable to evidence adduced fraudulently or illegally. In its reasoning, the European Court states the following: 'The Court cannot therefore exclude as a matter of principle and *in abstracto* the admissibility of evidence gathered illegally, of the kind in question. It is only for the Court to determine whether the trial ... was on the whole fair.'[105]

In addition, the Inter-American Court adopts a flexibility approach in regard to the proof required to support awards of damages.[106] In adopting this approach, the Inter-American Court relies on the heinous nature of violence and presumes that the victims have suffered serious physical and mental violence.[107] This is what the Court did in the *Velasquez* case, in which it awarded 750 000 Honduran lempiras to the victims without taking into account the devaluation of the Honduran currency, which was unable to compensate the victims for their prejudice.[108] Second, the Court examines the procedural and substantive nature of fairness. In its approach, it differs from its European and American counterparts. In the case of the European

102 See *Mugesera* (n 64) para 175.

103 As above.

104 *Mugesera* (n 64) para 176.

105 ECHR *Schenk v Suisse* (1988) para 46.

106 See D Cassel 'The expanding scope and impact of reparations awarded by the Inter-American Court of Human Rights' in M Bossuyt and others (eds) *Out of the ashes: reparations for gross violations of human rights* (2006) 94.

107 See IACHR *Aloeboetoe v Suriname* (1993) paras 52-54.

108 See IACHR *Velasquez v Honduras* (n 31) para 60(1).

courts, for example, the requirement of procedural fairness, and more specifically the obligation to give reasons for judicial decisions, was emphasised by the Court: 'Article 6(1) obliges courts to give reasons for their decisions, but it cannot be understood as requiring a detailed response to every argument. Similarly, the European Court is not called upon to determine whether the arguments have been adequately dealt with.'[109]

In its jurisprudence the African Court sometimes refers to the European and Inter-American human rights bodies and uses them as an *a contrario* argument to assert the originality of its interpretation with regard to the use of fairness in reparation.[110] However, the development of the Court's case law shows that the African courts are tending to move implicitly towards article 41 of the doctrine of their European counterparts.[111] For African human rights law, fairness therefore reveals both its strength and its weakness. It is strong because it attests to the vitality of the Court and the ongoing development of this law. It is weak because, in order to be accepted by all and apply to all cases, the rules must be formulated in general terms, but in order to be applied, they depend on the wisdom of the African Court, even if he or she has to draw on the depths of his or her being, given that no provision in the African Charter or the African Court Protocol expressly defines what is meant by fairness.

7 CONCLUSION

The purpose of this article is to analyse the notion of fairness in the dispute over compensation before the African Court. An examination of the case law shows that the Court systematically incorporates the notion of fairness into reparation proceedings. In so doing, the African Court demonstrates that it is fastidious in its examination of the evidentiary documents submitted to it. Second, in its reasoning, the Court relies on its discretionary power to correct excessive requests by the parties. However, the Court's approach shows shortcomings stemming from the economic situation that prevent it from judging fairly. Be that as it may, the African Court stands out from other human rights courts because of the rigour of its approach to applying the notion of fairness. What is regrettable is that the notion of fairness is not expressly mentioned in the African Charter, still less in the African Court Protocol. Amendments are therefore urgently needed, given that the Court's interpretation of the concept of fairness may have consequences for all reparation litigation.

109 ECHR *Van de Hurk v Pays-Bas* (1994) para 61.

110 See *Guéhi* (n 53) para 164; see *Mtikila* (n 84) paras 49-50.

111 See art 41 of the European Convention on Human Rights.

Apresentação periódica de relatórios: um compromisso para a efetivação dos direitos e liberdades garantidos na Carta de Banjul?

*Jonas Gentil**
https://orcid.org/0000-0003-4470-3982

RESUMO: Este artigo debruça-se sobre o compromisso assumido pelos Estados de apresentação periódica de relatórios por forma a efetivar os direitos e as liberdades garantidos pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta Africana). Considerando a trajetória, o âmbito de aplicação, os objetivos, as vantegens e o desprimor da não-apresentação de relatórios, parte-se da análise desta obrigatoriedade no sistema regional Africano de proteção dos direitos humanos e depois analisa-se até que ponto esse compromisso tem sido observado pelos Estados na expetativa de alcançar a efetiva garantia dos direitos e liberdades. O principal instrumento regional analisado foi a Carta Africana, tendo sido feita também uma abordagem às Regras de Procedimento da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos no que concerne ao procedimento adotado para efeitos de receção e análise destes relatórios, vasculhando, com efeito, alguma jurisprudência da Comissão sobre a matéria. A análise revela que, não obstante o compromisso assumido pelos Estados e a adoção de um *Guidelines for National Periodic Reports* que permita um sistema de relatórios eficiente e se crie um canal de diálogo construtivo entre os Estados e a Comissão cujo objetivo seria assegurar a uniformização e harmonização da informação, estas *Diretivas* foram consideradas complexas e difíceis de seguir. Assim, a Comissão tinha o objetivo de combater a conceção errada que muitos dos Estados tinham relativamente ao sistema de relatórios, o que levou a que estas *Diretivas* fossem sofrendo consideráveis alterações. Certo é que, atualmente, muitos dos Estados que apresentaram relatórios perante a Comissão têm entendido que é este o melhor veículo para estabelecerem confiança e uma forte parceria com a Comissão na garantia dos direitos e liberdades previstos na Carta.

* Professor of Law at the School of Magistracy of the State of Rio de Janeiro (Brazil) and the Faculty of Law of the University of Sao Tome and Principe. President of the Permanent Forum of Law in Lusofonia. Researcher at the Research & Development Center on Law and Society – CEDIS at NOVA School of Law. Former Counselor Judge of the Constitutional Court of Sao Tome and Principe. Director of the Sao Tome and Principe Law Yearbook; jonasgentil@hotmail.com

J Gentil 'Apresentação periódica de relatórios: um compromisso para a efetivação dos direitos e liberdades garantidos na Carta de Banjul?' (2023) 7 *Anuário Africano dos Direitos Humanos* 70-93
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a4

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS

Rapports périodiques: est-ce un engagement des Etats à pouvoir réaliser les droits et libertés garantis par la Charte de Banjul?

RÉSUMÉ: Cette contribution évalue l'obligation des Etats de soumettre des rapports périodiques afin de rendre compte du niveau de réalisation des droits et libertés garantis par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Considérant l'histoire, la portée, les objectifs, les avantages et les inconvénients de la non-présentation de rapports, la contribution commence par analyser cette obligation dans le système régional africain de protection des droits de l'homme. Elle analyse, ensuite, la mesure dans laquelle cet engagement a été respecté par les États afin de garantir effectivement les droits et libertés. La contribution analyse la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le règlement intérieur de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. L'analyse démontre que, malgré l'engagement pris par les États et l'adoption de lignes directrices sur la présentation des rapports étatiques qui permettraient un système de rapport efficace et créeraient un canal de dialogue constructif entre les États et la Commission, dont l'objectif serait d'assurer la normalisation et l'harmonisation des informations, ces directives ont été considérées comme complexes et difficiles à suivre. La Commission a donc cherché à combattre les idées fausses que de nombreux États avaient sur le système de notification, ce qui a conduit ces directives à subir des changements considérables. Aujourd'hui, de nombreux États qui ont fait rapport à la Commission ont compris qu'il s'agissait du meilleur moyen d'établir la confiance et un partenariat solide avec la Commission pour garantir les droits et les libertés énoncés dans la Charte.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH

Periodic reporting: a compromise for the realisation of the rights and freedoms guaranteed by the African Commission on Human and Peoples' Rights?

ABSTRACT: This article focuses on the commitment by states to submit periodic reports on the measures taken to give effect to the rights and freedoms guaranteed by the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter). It considers the trajectory, scope of application, objectives, advantages of state reporting, as well as the menace of non-submission of reports. The article starts with the analysis of this obligation in the African regional system of human rights protection and then analyses to what extent this commitment has been observed by states with a view to effectively guaranteeing rights and freedoms. The main regional instrument analysed is the African Charter, the Rules of Procedure of the African Commission on Human and Peoples' Rights with regard to the procedure adopted for the purpose of receiving and analysing these reports, as well as some Commission jurisprudence on the matter. The analysis reveals that, despite the commitment assumed by the states and the adoption of Guidelines for National Periodic Reports that allows a system of efficient reports and creates a channel for constructive dialogue between states and the Commission, aimed at ensuring uniformity and harmonization of information, these directives are complex and difficult to follow. Thus, the Commission aimed to combat the misconception that many States had regarding the reporting system, which led to these directives undergoing considerable changes. It is certain that, currently, many of the states that have submitted reports to the Commission have understood that this is the best vehicle to establish trust and a strong partnership with the Commission in guaranteeing the rights and freedoms provided for in the Charter.

PALAVRAS-CHAVE: Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, apresentação periódica de relatórios, relatório, Regulamento, *Guidelines for National Periodic Reports*

ÍNDICE:

1 Introdução 72
2 Trajetória, consagração e âmbito de aplicação 73

3 Objetivo fundamental dos relatórios dos estados 83
3.1 Vantagens da apresentação dos relatórios 83
3.2 Da receção e análise dos relatórios: a tramitação adotada 84
3.3 A não-apresentação dos relatórios 89
4 Conclusão 92

1 INTRODUÇÃO

Uma qualquer abordagem aos preceitos estabelecidos na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 (Carta Africanaou, *alias dictus*, Carta de Banjul), se nos impõe a necessidade de reconhecer – ainda que sumariamente e antes mesmo de entrar no mérito da questão ora *sub judice*, isto é, leia-se o artigo 62.º da Carta de Banjul – previamente o grande valor documental académico, sobretudo para aqueles que se têm debruçado sobre os direitos africanos, o seu processo de integração regional, o papel da Organização da Unidade Africana (atualmente, União Africana) na moldagem e harmonização das ordens jurídicas dos Estados membros, bem assim como as especificidades dos direitos africanos,[1] tendo em conta as origens, a trajetória e o estado atual do documento regional na sua plenitude.

Neste encadeamento, entendemos ser mister ancorar o nosso pensamento à conceção de que este instrumento regional, referimo-nos ao diploma no seu todo, tal como as suas congêneres regionais, mais concretamente a interamericana, a europeia, a asiática e a árabe, esta última muito mais recente em data e que buscou o seu fundamento na Carta das Nações Unidas, bem como e, principalmente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), isto, claro, sem por de lado a própria conceção africana do direito e dos direitos humanos.

Sob a égide da DUDH, é evidente que a Carta Africana se inspira naquele instrumento, todavia, este entendimento poderia estar ferido de dúvidas e imergido em questões de natureza ideológicas diversas, não fosse o simples facto esclarecedor por parte do legislador africano de fazer constar no corpo preambular do instrumento a ideia de que este (ele próprio visando a defesa dos direitos fundamentais dos povos africanos) constitui uma reafirmação do compromisso assumido pelos povos africanos de 'coordenar e de intensificar a sua cooperação e os seus esforços para oferecer as melhores condições de existência aos povos da África, de favorecer a cooperação internacional ... tendo na devida atenção' os dois instrumentos acima referidos.[2]

1 Referimo-nos aos Direitos Africanos (Direito interno de cada Estado) e não ao Direito Africano (Direito regional africano) uma vez que, dado o seu universo cultural complexo, as matrizes do Direito adotado e seguido por cada Estado varia muito de sub-região à sub-região devido as influências/interferências estrangeiras sofridas pela colonização, bem como pelos costumes e tradições que as caracterizam, assim, no contexto africano, como em qualquer outro heterogéneo, não haverá uma realidade válida à todos, mas a coexistência de realidades paralelas.

2 Para 4º do Preâmbulo da Carta.

2 TRAJETÓRIA, CONSAGRAÇÃO E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A Carta Africana estabelece, nos termos do artigo 62.º, que cada Estado Parte compromete-se a apresentar a cada dois anos, a partir da data de entrada em vigor da Carta de Banjul, um relatório sobre as medidas legislativas ou outras tomadas com o objetivo de efetivar os direitos e liberdades reconhecidos e garantidos pela Carta.[3] Esta consagração *(compromisso)* corresponde ao terceiro artigo de um leque de quatro disposições (artigos 60.º à 63.º) que compõem o Capítulo IV ('Dos princípios aplicáveis'), da Parte II ('Das medidas de salvaguarda') deste instrumento regional africano.[4] Sobre *esta obrigatoriedade,* esclarece, e bem, Elisete Barbosa Moreira, citando Jean-Louis Atatangana Amougou, que a apresentação destes relatórios, conforme previsto no artigo, não se traduz numa inovação introduzida pela Carta Africana. Neste sentido, advoga a autora que este procedimento de influência que remonta à experiência da Organização da Nações Unidas (ONU) é algo que já está bem parametrizado e instituído – '*Depuis l'instituition du système onusien, le rapport est devenu une sorte de technique de droit commun du controle de l'application des droits de l'homme*'.[5] Como já se viu, está consagrado na Carta Africana que os Estados Partes sujeitam-se a apresentar bianualmente estes relatórios com o objetivo final de efetivar os direitos e liberdades reconhecidos e garantidos pela Carta.[6] Esse compromisso, máxime, a consagração desta exigência a este alto nível, foi necessário porque, como sabemos, a elaboração e aceitação de instrumentos jurídicos de direitos humanos, *v.g.,* a Carta de Banjul, por mais importantes que sejam, são apenas a génese no exercício essencial de promoção, proteção e restauração dos direitos humanos e dos povos. Tanto é assim que, nas palavras de Sir Dauda Jawara, o então Presidente da Gâmbia, referindo-se à Carta de Banjul, este viria a considerar '*that the instrument should not be allowed merely to collect dust on our shelves while we sat back and did nothing*

3 IAB El-Sheikh 'Preliminary remarks on the right to a fair trial under the African Charter on Human and Peoples' Rights' (s.d.), disponível em http://hrlibrary.umn.edu/fairtrial/wrft-bad.htm (consultado a 5 janeiro 2019) e A Danielsen *The state reporting procedure under the African Charter* (1994), 52 e F Viljoen 'State reporting under the African Charter on Human and Peoples' Rights: a boost from the South' (2000) 44 *Journal of African Law* 110-18. Ver http://www.jstor.org/stable/1587442 (consultado a 21 março 2023).

4 Sobre a origem, estrutura e comparação da Carta Africana e outros instrumentos, R Gittleman 'The African Charter on Human and Peoples' Rights: a legal analysis' (1982) 22 *Virginia Journal of International Law* 667-714. Ver http://www.corteidh.or.cr/tablas/4558.pdf (consultado a 24 fevereiro 2023).

5 EB Moreira 'Artigo 62º' in P Jerónimo, R Garrido & MAV Pereira (coords) *Comentário lusófono à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos* (2018) 519 e ss. e J-L A Amougou 'Artigo 62.º' 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* (2011) 1141.

6 Ver https://www.achpr.org/pr_statereportingproceduresandguidelines (consultado a 24 fevereiro 2023).

about it',[7] ou seja, por outras palavras, não se deve permitir que um instrumento desta envergadura não tenha aplicação prática e, é através destes relatórios e outras ações e/ou mecanismos que se poderá fazer algo ao respeito. Neste sentido, pode-se ainda extrair do *Guidelines for National Periodic Reports* (*Guidelines*) que *'[this] message of His Excellency the President of the Gambia should establish the spirit in which these reports are to be compiled. In that the reports should show not only the achievements made on the statute book but should also lucidly reveal the extent of implementation in terms of how far the rights and fundamental freedoms of the Charter are being fulfilled and how far the duties are being successfully carried out*'.[8] Deste excerto resulta a intenção do então Presidente da Gâmbia em expressar o espírito em que esses relatórios deveriam ser elaborados, isto é, devendo demonstrar não apenas os resultados legislativos alcançados, mas também, de forma clara e objetiva, indicar o âmbito da sua implementação, i. é., o quão os direitos, liberdades e garantias consagrados na Carta Africana têm sido respeitados e quão este compromisso tem sido, em parte, implementado pelos Estados. De referir ainda que esta Diretriz para Relatórios Periódicos Nacionais viria a ser adotado pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Comissão), em abril de 1989 (5.ª Sessão Ordinária), tendo sido publicados como anexo II ao 2.º Relatório Anual de Atividades da Comissão 1988-1989.[9] Grosso modo, estes relatórios, de acordo com a estrutura definida pela Diretriz, devem conter:

> [A]n introduction
>
> [I] General guidelines regarding the form and contents of reports from states on civil and political rights
>
> [II] General guidelines regarding the form and contents of reports on economic and social rights (including right to health and right to education)
>
> [III] General guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted on the peoples' rights - Articles 19 to 24 of the Charter
>
> [IV] General guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted on specific duties under the Charter
>
> [V] General guidelines concerning the form and contents of reports by states parties on the elimination of all forms of racial discrimination
>
> [VI] General guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by states parties on the suppression and punishment of the crime of apartheid
>
> [VII] General guidelines regarding the form and contents of reports received from states parties on the elimination of all forms of discrimination against women.[10]

7 Ver *Guidelines* em: https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=47 (consultado a 24 fevereiro 2023) e https://ihrda.uwazi.io/en/document/94pg4ayowbgig7dro6jchm2t9?page=3 (consultado a 24 fevereiro 2023).

8 *Vide* https://www.achpr.org/pr_statereportingproceduresandguidelines (consultado a 26 dezembro 2019).

9 FD Gaer 'First fruits: reporting by states under the African Charter on Human and Peoples' Rights' (1992) 10 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 30; disponível em https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/016934419201000103 (consultado a 8 março 2023). Ver também, A Baldé *O sistema Africanos de direitos humanos e a experiência dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa* (2017) 151.

10 *Vide* https://ihrda.uwazi.io/en/document/94pg4ayowbgig7dro6jchm2t9?page=3 (consultado a 4 março 2023).

Numa abordagem fundamental, abrangente e rigorosa, para a submissão de relatórios '*it is suggested that the states begin with an initial general report, which would subsequently be followed by detailed periodic reports on the previous initial general report. Of course, a country with adequate resources and extensive satisfaction of all the requirements of the Charter might decide to make a voluminous, initial report showing comprehensive treatment of all the matters*'.[11] Isto significa que os Estados devem começar por um relatório geral inicial,[12] que seria posteriormente seguido de relatórios

11 *Guidelines,* para 3º da Introdução.

12 Assim, na estrutura estabelecida no Guidelines (Ponto I), leia-se, *General guidelines regarding the form and contents of reports from states on civil and political rights,* é definido o seguinte no Guidelines: '1. Reporting obligations of States Parties on the rights, duties and freedoms enshrined in the Charter regarding the legislative and other measures they have adopted to give effect to them, as expressed in article 62 of the Charter, call for preparation of periodic reports every two years from the effective date of the Charter. It is suggested that these reports be divided in A, Initial Reports; B, Periodic Reports. *Initial Reports.* 2. The purpose of these guidelines is to ensure that the reports are made in a uniform manner, reduce the need for the Commission requesting additional information and for it to obtain a clearer picture of the situation in each state regarding the implementation of the rights, fundamental freedoms and duties of the Charter. 3. Civil and political rights include the following: rights to life; prohibition of torture and ill-treatment; prohibition of arbitrary arrest or detention; arrested or detained persons to be treated with humanity; equality before the law and entitlement to equal protection before the law; freedom from slavery, servitude and forced labour; right to a fair trial; freedom of conscience, expression and assembly; right to receive and impart information; freedom of movement and residence; right to free participation in government of the country, and to equal access to public service; no imprisonment for breach of mere contractual obligation; *right to privacy; no conviction for crime which was not a crime at the time of commission; and right to non-discrimination on the basis of race, ethnic group, colour, sex, language, religion, political or any other opinion, national or social origin, fortune, birth or other status. And all the other rights and duties recognised in articles 2 to 13 of the Charter. 4. The report should be in two parts. (a) Part One: General – A brief description of the general legal framework within which civil and political rights are protected in the reporting state. The report should indicate: (i) Whether the rights, fundamental freedoms and duties in paragraph 3 (articles 2-13 of the Charter) are protected by the Constitution of the country or by a 'Bill of Rights' and whether there are provisions for derogations and in what circumstances; (ii) Whether the provisions of the Charter can be invoked before the courts, other tribunals or administrative authorities for direct enforcement or whether they have to be transformed into internal laws or regulations before they are enforceable by the authorities; (iii) What judicial, administrative or other authorities have jurisdiction affecting human rights; (iv) What remedies are available to an individual whose rights are violated; (v) What other measures have been taken to implement the provisions of the Charter. (b) Part Two – Information in relation to each of the rights, duties and fundamental freedoms mentioned in paragraph 3, articles 2-13. Here the report should give a description on the basis of applicable articles of the Charter on: (i) The legislative, administrative or other measures in force with regard to the rights, duties or fundamental freedoms; (ii) Any restrictions or limitation imposed thereon; (iii) Any factors or difficulties affecting satisfaction thereof; (iv) Any other information on the progress made on them. 5. Reports should be accompanied by copies of the principal legislative and other texts referred to in them. Where this is not possible the report should contain enough information to be understood in the absence of the text. 6. The intention is to develop a constructive dialogue between*

periódicos detalhados[13] incidindo sobre o relatório geral inicial e/ou, dependendo do caso, o relatório imediatamente anterior. É natural que os Estados com recursos adequados e ampla satisfação de todos os requisitos da Carta de Banjul podem optar por elaborar um relatório inicial vasto e abrangente, revelando um acervo de assuntos e questões inerentes aos Estados em causa. A consequência lógica dessa ampla abordagem é que os relatórios subsequentes podem ser mais reduzidos. No entanto, recomenda-se que o *relatório inicial* seja, por assim dizer, o relatório base sobre o qual os subsequentes tomarão como referência ou que constitua o pano de fundo. No primeiro relatório, os governos descreveriam as condições básicas existentes nos seus Estados, bem como os programas fundamentais e instituições relevantes para os direitos e deveres cobertos pela Carta.[14] Por exemplo, em quase todos os principais tópicos da Carta de Banjul, entre outros, os Direitos Civis e Políticos; Direitos Económicos e Sociais; Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, sendo que este último está, igualmente, protegido no Protocolo de Maputo de 2003, o relatório inicial deve começar por descrever as previsões constitucionais, legais, regulamentares e outras disposições estatutárias concernentes, os programas e outras medidas destinadas a atender às preocupações da Carta.[15] Neste sentido e, em conexão com as orientações constantes do *Guidelines*, se pode ler que *'[in] the following periodic reports, the governments would indicate the measures taken (if these were*

states and the Commission in regard to the implementation and thereby contribute to mutual understanding, friendly and peaceful relations between states'.

13 Sobre a estrutura, leia-se, *General guidelines regarding the form and contents of reports from states on civil and political rights*, é definido o seguinte para os relatórios periódicos: '*Periodic Reports. 7. The aim of these reports is to complete the information required concerning each of these rights, duties and fundamental freedoms. These reports would also be in two parts: (a) Part One – Information concerning the general framework within which the civil and political rights recognised by the Charter are protected in the reporting state. (b) Part Two – Information on each of these rights, duties and fundamental freedoms in relation to appropriate individual articles of the Charter. 8. The contents of the report should bring out the following: (a) Completion of the information before the Commission as to the measures adopted, taking account of questions raised in the Commission on the examination of any previous report including in particular additional information as to questions not previously answered or not fully answered; (b) Information taking into account general comments which the Commission has made and transmitted to the reporting state, which general comments may also have been sent to the Assembly of Heads of State together with copies of the reports received from States Parties; (c) Information on changes made or proposed to be made in the laws and practices relevant to the Charter; (d) Information on action taken as a result of experience gained in co-operation with the Commission; (e) Information on factors affecting and difficulties experienced in the implementation of the Charter; (f) Information on progress made since the last report of fulfilment of the Charter. 9. The aim of the exercise is to show the degree of actual satisfaction of the rights, duties, and freedoms of the Charter; the reporting obligation therefore extends to the practices of the courts and administrative organs of the State Party, and other relevant facts. 10. The report is to be sent with copies of principal legislative and other texts mentioned in it*'.

14 *Guidelines*, para 4º da Introdução.

15 *Idem*.

already reported on close reference to those previous reports would suffice), the progress made in achieving the observance of the rights and duties of the Charter, and spell out the difficulties limiting success which they encountered in their efforts. A report on the new measures such as new legislation, new administrative decisions or judicial judgements passed to uphold these rights since the submission of the initial report would also be added'.[16] Daqui podemos extrair, grosso modo, que os relatórios periódicos subsequentes seguirão de perto os tópicos discutidos nos relatórios iniciais (e, igualmente, os relatórios que os precedem), refletindo sobre as novas medidas, as novas legislações, as novas decisões administrativas ou judiciais aprovadas para garantir os direitos consagrados da Carta Africana.[17]

A Carta Africana, porém, não indica o órgão competente perante o qual devem estes relatórios ser apresentados.[18] Neste âmbito, a Comissão, numa interpretação extensiva das suas competências, amparada pelos artigos 45.º e 46.º da Carta, requereu que lhe fosse confiada essa tarefa.[19] Com efeito, na sua 3.ª Sessão Ordinária, ocorrida em Libreville, Gabão, entre os dias 18 e 28 de abril de 1988, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos recomendou à Assembleia de Chefes de Estado e de Governo da OUA para decidir atribuir à Comissão 'o mandato de examinar os relatórios para fornecer uma orientação geral quanto à sua forma e substância'.[20] Esta recomendação viria a ser aprovada e acolhida pela 24.ª Sessão Ordinária da Assembleia da UA de Chefes de Estado e de Governo,[21] realizada entre os dias 25 e 28 maio de 1988, em Addis Ababa, Etiópia e, desde então, a Comissão passou a receber e a examinar os relatórios dos Estados Partes apresentados ao abrigo do artigo 62.º da Carta de

16 *Idem*.

17 Resulta (e bem) do Guidelines que *'[in] submitting the reports, it will facilitate their consideration if copies of the principal laws, regulations, collective agreements and judicial decisions mentioned in them are also forwarded'. Note-se que, 'in preparing these guidelines the provisions of articles 50 and 61 of the Charter have been the lighthouse directing the course followed and determining the substance included in this document. In this regard heavy reliance has been placed on international law of human and peoples' rights, the Charter of the United Nations and that of the Organization of African Unity, the Universal Declaration of Human Rights and other instruments of the United Nations and its Agencies accepted by African states. Purely African instruments and other written materials, which could be obtained, African practices, not at variance with international norms on human rights and other sources envisaged by the Charter have also been tapped in the preparation of this paper*.' (paras 5 e 6). Sobre o artigo 61.º da Carta Africana, ver J Gentil 'Artigo 61º' in Jerónimo, Garrido e Pereira (n 6) 498 e ss. e 'Princípios aplicáveis' in P Pinto de Albuquerque (org) *Comentário da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e o Protocolo Adicional* (2020) e M Kamto 'Artigo 61º' in Kamto (n 6) 1117-1140.

18 M Mutua 'The African human rights system: a critical evaluation' (2000) 20. Texto disponível em: https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=other_scholarship (consultado a 6 março 2023).

19 Gaer (n 10) 29-42.

20 Ver https://www.achpr.org/pr_statereportingproceduresandguidelines (acessado a 24 fevereiro 2023).

21 Ver Resolução em https://au.int/en/decisions/assembly-heads-state-and-government-twenty-fourth-ordinary-session (consultado a 24 fevereiro 2023).

Banjul. Com isto, a Comissão pretendia que esse sistema de relatórios periódicos criasse um canal para o diálogo construtivo entre os Estados e a própria Comissão em matéria de direitos humanos e dos povos.[22] Conforme se pode ver, ficou estabelecido/recomendado desde a 3.ª Sessão Ordinária da Comissão Africana de 1988, que seria da competência deste órgão, a Comissão, a análise e correspondentes observações dos relatórios apresentados e, por forma 'a clarificar e simplificar a redação dos relatórios, e dada a amplitude deste artigo', a Comissão viria a emitir a Diretriz,[23] com o objetivo de assegurar a uniformização e harmonização da informação remetida. Apesar dos esforços, estas Diretivas foram consideradas complexas e difíceis de seguir.[24] No entanto e, para uma melhor compreensão do alcance desta Recomendação (ACHPR/Recom.3 (III) 88: *Recommendation on Periodic Reports*), transcrevemos na íntegra o seu texto original:

> *The African Commission on Human and Peoples' Rights, meeting in its Third Ordinary Session in Libreville, Gabon, from 18 to 28 April 1988;*
>
> *Having carefully examined the African Charter on Human and Peoples' Rights and, particularly, its Article 62 which stipulates:*
>
> *'Each State Party shall undertake to submit every two years, from the date the present Charter comes into force, a report on the legislative or other measures taken with a view to giving effect to the rights and freedoms recognised and guaranteed by the present Charter',*
>
> *Considering that this provision of the Charter contains only the obligation which is that of a State Party to submit the report;*
>
> *Considering that the Charter does not stipulate to which authority or body the periodic report should be directed;*
>
> *Considering that the Charter has not specifically entrusted to the Commission with the responsibility to consider the periodic reports on Human Rights;*
>
> *Considering further that it is difficult to see which other organ of the OAU could accomplish this work;*
>
> *Considering that the African Commission on Human and Peoples' Rights is the only appropriate organ of the OAU capable not only of studying the said periodic reports, but also of making pertinent observations to States Parties, after providing them with general guidelines on the form and contents of the reports which they should submit, pursuant to Article 62 referred to above:*

22 Os Estados Partes são convidados a informar sobre as medidas que adotaram e os progressos alcançados na consecução dos objetivos da Carta, bem como indicar quaisquer fatores e dificuldades que afetem o grau de cumprimento. Neste capítulo, a Comissão, fornece sugestões, conselhos e outra assistência para o cumprimento dos requisitos da Carta. Como veremos, um dos principais objetivos do sistema da Comissão em relação aos relatórios dos Estados é estabelecer um quadro que proporcione um diálogo construtivo entre a Comissão e os Estados. Este diálogo, contudo, não é o objetivo final do sistema, mas um instrumento para atingir outros objetivos. Assim, quando for estabelecido o canal para o diálogo, este poderá ser usado no reforço dos mecanismos de promoção e proteção dos DH e dos povos. Nestes termos, os Estados e a Comissão são parceiros de um objetivo comum, que é a promoção e proteção dos direitos previstos na Carta.

23 Ver http://hrlibrary.umn.edu/africa/resolutions/rec3.html (consultado a 24 fevereiro 2023).

24 Moreira (n 5) 519 e ss. Sobre esta e outras Resoluções da Comissão, ver http://hrlibrary.umn.edu/africa/resolutions.html (consultado a 8 março 2023).

RECOMMENDS that the Assembly of Heads of State and Government:

1. *Mandate the General Secretariat of the OAU to receive the said reports and communicate them to the Commission without delay;*
2. *Specifically entrust it with the task of examining the periodic reports submitted by the States Parties pursuant to Article 62 and other relevant provisions of the African Charter on Human and Peoples' Rights;*
3. *Authorise it to give the States Parties general guidelines on the form and the contents of the said periodic reports.*[25]

É, como se pode observar, manifestamente evidente que um dos meios mais eficazes através dos quais a Comissão pode garantir a promoção e proteção dos direitos humanos e dos povos, consiste no procedimento ou sistema de relatórios dos países africanos partes da Carta de Banjul. É assim que, nos termos do artigo 1º da Carta,[26] os Estados-Parte se comprometeram a adotar medidas legislativas e outras para efetivar os direitos aí consagrados e é, com igual ânimo que, nos termos do artigo 62.º, estes Estados encontram-se obrigados a apresentar os relatórios (primeiro, os iniciais e depois bianualmente) para explicitar a forma como implementaram o artigo 1º deste mesmo instrumento regional, isto é, as medidas legislativas e outras que tenham adotado para dar cumprimento à Carta. A Comissão, na sua apreciação sobre esta matéria, tem defendido o dever do Estado de garantir o cumprimento da Carta Africana. A propósito, no caso de 1995 *Commission Nationale des Droits de l'Hommes et Libertés v Chade,* Comunicação 74/92, a Comissão salientou que caso um 'Estado deixe de garantir os direitos consagrados na Carta Africana, isso pode constituir uma violação, mesmo se o Estado ou os seus agentes não sejam a causa imediata da violação' (Para 20).[27] No caso de 1995 *Civil Liberties Organisation v Nigéria*, Comunicação 129/94, em que se discutiu a revogação dos efeitos da Carta pelo Governo nigeriano, através de legislação interna do país, a Comissão alegou a irregularidade dessa revogação, deliberando que a Carta Africana continua a vigorar desde que este continuasse a ser Estado-Parte desta (paras 17 e 20).[28] Posto isto, é necessário dizer que os organismos de fiscalização dos direitos humanos usam este procedimento de relatórios para avaliar os progressos alcançados pelos seus membros no cumprimento das suas obrigações.[29] É assim que, para facilitar este procedimento, na sua 4.ª Sessão Ordinária, realizada em outubro de 1988, a Comissão viria a adotar as já referidas orientações gerais relativas à forma e ao conteúdo dos relatórios periódicos (e os iniciais), detalhando o tipo de informação exigida pela Comissão.

25 Desta *Recomendação* resulta, grosso modo, em: Mandatar a Secretaria-Geral da OUA para receber os referidos relatórios e comunicá-los imediatamente à Comissão; Conferir à Comissão a tarefa de examinar os relatórios dos Estados Partes em conformidade com o artigo 62º e outras disposições relevantes da Carta e, Autorizar a Comissão a fornecer as diretrizes gerais aos Estados sobre a forma e o conteúdo dos referidos relatórios. Ver http://hrlibrary.umn.edu/africa/resolutions/rec3.html (consultado a 3 março 2023).

26 Artigo 1º da Carta.

27 Ver http://hrlibrary.umn.edu/africa/comcases/74-92.html (consultado a 11 abril 2023).

28 Ver http://hrlibrary.umn.edu/africa/comcases/Comm129-94.pdf (consultado a 11 abril 2023).

Estas Diretivas viriam a ser objeto de críticas pela doutrina, 'na medida em que em vez de esclarecerem e simplificarem o processo de submissão de relatórios dos Estados, tornavam o processo complicado e pouco apelativo'.[30] É assim que, no sentido de auxiliar os Estados no cumprimento do seu compromisso relativamente à apresentação periódica de relatórios e, em complemento às Diretivas anteriores, a de 1988,[31] que a Comissão Africana,[32] na sua 23.ª Sessão Ordinária, ocorrida em abril de 1998, veio a adotar as *Diretivas para Relatórios Periódicos Nacionais* ('Diretivas simplificadas') visando esclarecer ainda mais o âmbito e o conteúdo dos relatórios dos Estados-Partes. Com a adoção destas diretivas, a Comissão tinha ainda o objetivo de combater a conceção errada que muitos dos Estados Partes da Carta tinham de que o sistema dos 'Relatórios dos Estados é um fórum para constrangê-los',[33] humilhando-os diante dos outros Estados-Parte com a segregação entre 'Estados Cumpridores' e 'Estados Não-Cumpridores'. Mas o certo é que, aqueles que apresentaram relatórios perante a Comissão têm compreendido que este é o melhor mecanismo a favor dos Estados para estabelecerem confiança e uma forte parceria com a Comissão. Segundo a Comissão, através dos relatórios, pretende-se criar 'um canal de diálogo construtivo com os Estados no que se refere aos direitos humanos e dos povos. Os Estados são convidados a prestar informações relativamente às medidas que adotaram e o processo por eles feito na realização dos objetivos da Carta, e ainda a indicar quaisquer fatores de dificuldades que afetam o seu grau de cumprimento. Por seu turno, a Comissão fornece sugestões, conselhos

29 Neste sentido, ver a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), artigos 41º e ss. Sobre o sistema internacional dos DH e o sistema interamericano, ver http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/onu/sddh/ (consultado a 5 abril 2023) e BM Giannella e BR Castanheira 'Mecanismos de implementação dos direitos humanos no âmbito da ONU e da OEA' (1998) *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade* 167-199. Ver http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado2.htm (consultado a 6 fevereiro 2020).

30 Baldé (n 9) 155 e Mutua (n 18) 15.

31 As orientações adotadas em 1988 identificam como objetivo dos *Relatórios* '... o desejo urgente ... de criar um canal para um diálogo construtivo'. Foi este o entendimento retirado e acolhido pelo presidente da Comissão, Dr. Eu Badawi (na 9ª *Sessão Ordinária* da Comissão por ocasião do exame relatório da Líbia, o primeiro relatório apresentado à Comissão) quando afirmou que a discussão 'não iria ser como um confronto ... mas como um diálogo no âmbito da cooperação. As perguntas a serem dirigidas aos representantes do Estado(s) não devem ser entendidas como um desafio para o Estado(s), mas como uma crítica positiva ou um diálogo positivo que visa a realização dos factos e da legislação do Estado (s)'. Ver https://www.achpr.org/pr_statereportingproceduresandguidelines (consultado a 24 fevereiro 2023).

32 Ver https://achpr.au.int/en/states/reporting-procedures (consultado a 5 abril 2023).

33 Baldé (n 9) 155 e Heyns e Killander, *Compêndio de documentos-chave dos direitos humanos da União Africana* (2008) PULP 133 e ss. Com estas diretivas, pretendia-se, orientar os Estados para a produção e elaboração dos seus relatórios, evitando o que sucedeu com os relatórios apresentados por Gana e Egito, assim, aponta Mutua que 'The initial report of Ghana, for example, was only a scant five pages while that of Egypt, although a voluminous fifty pages, only described abstractly some legislation without commentary on the state of human rights conditions on the ground' (n 18, 21). Ver Viljoen (n 3) 110-118.

e outra assistência relacionados com a satisfação dos requisitos constantes da Carta'.[34] Os relatórios visam assim reforçar o mecanismo de proteção e promoção de DH's, atribuindo um papel preponderante aos Estados no processo, permitindo assim o exercício da sua dupla-função: i) 'fiscalizar a implementação dos preceitos da Carta Africana por referência ao seu ordenamento jurídico interno' por um lado e, ii) 'identificar as áreas que continuam a representar um desafio para a promoção de direitos humanos e relativamente às quais os Estados poderão receber apoio da Comissão Africana no sentido de fazer face a esses desafios',[35] por outro lado.

A título complementar, importa ainda dizer que, para além do requisito de apresentação de relatórios previsto no artigo 62º da Carta Africana, conforme mencionado supra, o artigo 26º do Protocolo à Carta Africana sobre os Direitos das Mulheres (*alias dictus,* Protocolo de Maputo)[36] vem, no mesmo sentido, estabelecer que 'os Estados Partes deverão [...] nos seus relatórios periódicos apresentados [em conformidade] com o Artigo 62º da Carta Africana, indicar as medidas legislativas e outras tomadas para a plena realização dos direitos aqui reconhecidos' e, com o propósito de 'orientar os Estados Partes na elaboração de relatórios',[37] promovendo assim as melhores práticas no processo de elaboração destes, a Comissão Africana adotou um conjunto de diretrizes gerais e específicas para o efeito.

Sabemos, conforme sugere Moreira e em concordância com a própria redação do artigo 62.º da Carta de Banjul, que existe uma obrigação de apresentação de medidas legislativas concretas, ao contrário de outros instrumentos jurídicos, os quais apenas exigem a apresentação de medidas. Evidentemente que toda a situação política africana aquando da adoção do texto acabou por influenciar a redação do texto da Carta. Existia uma certa urgência na implementação de medidas legislativas concretas, com capacidade efetiva para a implementação e proteção dos direitos e liberdades' contidos na Carta Africana.[38] Continua a autora, alegando (e bem) que uma 'mera apresentação de relatórios bianuais não resolve todos os problemas, acabando [mesmo] por criar outros. Ainda muito fica por esclarecer, pois, ao contrário do estabelecido no Pacto Internacional sobre os

34 Ver https://achpr.au.int/en/states/reporting-procedures (consultado a 24 fevereiro 2023) e Baldé (n 9) 155 e Mutua (n 18) 21.

35 Baldé (n 9) 155-156.

36 O Protocolo de Maputo, documento que integra a CADHP, foi adotado em 2003 pela UA, em Maputo, Moçambique. A propósito, sugere Mutua que, lido em conjunto com outras disposições, a Carta parece não deixar espaço para tratamento discriminatório contra as mulheres e para dissipar quaisquer dúvidas e oportunismo de interpretação em questões de gênero, a Carta deve ser complementada por um protocolo opcional para tratar as questões de direitos em toda a sua complexidade e dimensões. Mutua (n 18) 11 e R Murray 'Report of the 1996 Sessions of the African Commission on Human and Peoples' Rights' (1993) 18 *Human Rights Law Review* 6, 19.

37 Ver https://achpr.au.int/en/states/reporting-procedures (consultado a 3 março 2023).

38 Moreira (n 5) 519 e ss.

Direitos Civis e Políticos, de 1966,[39] este artigo define o início do procedimento, a obrigatoriedade do mesmo, no entanto, não faz menção das entidades competentes para receberem e examinarem os respetivos relatórios, quais os prazos a serem cumpridos – tanto para a entrega dos relatórios como para a receção das sugestões ou comentários –, nem qual o objetivo do resultado final'.[40] Neste sentido, sugere Mutua que '[the] Charter does not say to what body the reports are to be submitted, whether, how, and with what goal the reports should be evaluated, and what action should be taken after such evaluation. The Commission, not surprisingly, has filled in these gaps by borrowing heavily from other treaty bodies'.[41] No entanto, cremos que hoje, algumas das questões suscitadas pelos autores, pelo menos na prática, encontram-se resolvidas. Note-se que, independentemente de estar (ou não) definido a entidade que vai receber o relatório estadual, constatamos que o seu destinatário será a Comissão e confirmaremos adiante que será também esta entidade que os examinará. Os objetivos do resultado final será, a nosso ver, entre outros, certamente contribuir ao nível regional para o melhor respeito possível dos Direitos Humanos no continente (o que permite que os Estados identifiquem as medidas a adotar em função das Observações Finais), dando desta forma cumprimento ao disposto no artigo 45º da Carta Africana, ou seja, o

39 Cf. o artigo 40.º, 'Os Estados-Signatários no presente Pacto comprometem-se a apresentar relatórios sobre as disposições que tenham adoptado e que tornem efectivos os direitos reconhecidos no Pacto e sobre a evolução realizada no que se refere ao gozo desses direitos: a) No prazo de um ano a contar da data de entrada em vigor do presente Pacto no que diz respeito aos Estados-Signatários interessados; b) Seguidamente, cada vez que o Comité o solicite. Todos os relatórios serão apresentados ao Secretário-Geral das Nações Unidas que os transmitirá ao Comité para análise. Os relatórios indicarão os factores e dificuldades, se os houver, que afectam a aplicação do presente Pacto. O Secretário-Geral das Nações Unidas, após consulta ao Comité, poderá transmitir aos organismos especializados interessados, cópias dos extractos dos relatórios que sejam da sua competência. O Comité estudará os relatórios apresentados pelos Estados-Signatários no presente Pacto. Transmitirá os relatórios e comentários gerais que considere oportunos aos Estados-Signatários. O Comité poderá também transmitir ao Conselho Económico e Social esses comentários, juntamente com cópia dos relatórios que tenha recebido dos Estados-Signatários no Pacto. Os Estados Signatários poderão apresentar ao Comité observações sobre qualquer comentário efectuado de acordo com o parágrafo 4 do presente artigo'.

40 Além do mais, e dado o conteúdo amplo deste artigo, podendo os relatórios versar sobre quaisquer 'direitos e as liberdades reconhecidas e garantidas pela presente Carta', a tarefa de redação afigura-se difícil e demorada, não só devido à sensibilidade e dificuldade da questão, mas também do ponto de vista administrativo e burocrático – 'in fact, a good report under the Charter is as time and resource consuming as the preparation of all six reports to the UN treaty bodies put together'. Cf. EB Moreira (n 5) 519 e ss. e TS Bulto 'Beyond the promises: resuscitating the state reporting procedure under the African Charter on Human and People's Rights' (2006) 12 *Buffalo Human Rights Law Review* 64.

41 Ver também Mutua (n 18) 20.

exercício da dupla-função da Comissão: a de promoção e a de proteção dos direitos humanos.[42]

3 OBJETIVO FUNDAMENTAL DOS RELATÓRIOS DOS ESTADOS

Tal como já referido, uma das finalidades primordiais do sistema da Comissão dos relatórios dos Estados é o de estabelecer um quadro institucional para um diálogo construtivo entre a Comissão e os Estados. Este diálogo, contudo, não é o objetivo final do sistema, mas um meio e/ou instrumento para atingir outras finalidades a jusante, que se traduz na não-violação das disposições da Carta. Quando tiver sido estabelecido o canal para o diálogo, este pode ser usado no reforço dos mecanismos de promoção e proteção dos direitos humanos e dos povos. Tal como referido pela Comissão na Diretriz, os Estados e a própria Comissão são ambos parceiros de um objetivo comum, que é a promoção e proteção dos direitos previstos na Carta de Banjul. Nestes termos, quando um Estado realiza este objetivo partilhado, torna-se muito fácil a interação entre este e a Comissão.

3.1 Vantagens da apresentação dos relatórios

Os relatórios dos Estados permitem que a Comissão Africana tenha uma melhor compreensão dos tipos de problemas enfrentados pelos Estados Partes para efeitos de uma melhor concretização das disposições da Carta de Banjul, isto é, uma tentativa de transformar em realidade as previsões deste instrumento regional e, nesta perspetiva, permite a Comissão desenvolver medidas que possam ser tomadas para resolver os problemas e promover a efetiva realização, garantindo

42 Conforme sugere MAR Nascimento 'O acesso do indivíduo às instâncias de proteção do Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos' (2012) 9 1 *Revista de Direito Internacional* 107 e 108, a Comissão 'possui dupla função: a de promoção e a de proteção. No que tange à primeira, materializa-se por meio de visitas dos membros da Comissão aos países africanos, incluindo a pesquisa e a difusão de informações por intermédio de seminários e simpósios, de produção de relatórios, de incentivo das autoridades nacionais e locais, de instituições de direitos humanos, de formulação de princípios para resolver problemas jurídicos em matéria de direitos humanos e de cooperação com instituições africanas e internacionais de direitos humanos. No que concerne à função de proteção, ela ocorre, mormente, por duas vias: os relatórios dos Estados e as comunicações interestatais e individuais'. Neste sistema, os Estados se comprometem a apresentar bianualmente um relatório sobre as de ordem legislativa ou outra, tomadas com vista a efetivar os direitos e as liberdades reconhecidas e garantidas pela Carta. O Regulamento da Comissão determina a forma e o conteúdo destes relatórios, espelhando as lições de outros organismos de DH. Conforme aponta Mutua, as orientações foram complementadas com as Diretrizes Gerais, um documento inédito que foi enviado, em 1990, aos ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados-Partes, sendo estas diretivas um resumo das orientações. Ver ainda M Mutua 'The African Human Rights Court: a two-legged stool?' (1999) *Human Rights Quarterly* 342-363. Ver https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1566&context=journal_articles (consultado a 6 março 2023).

assim, no capítulo referente à fiscalização e implementação da Carta, um maior e eficaz controlo institucional. Entendemos que, se na sequência da análise de um relatório, a Comissão considerar que um Estado-Parte não cumpriu integralmente com a sua obrigação, poderá este órgão dirigir todas as observações gerais que julgue necessárias e pertinentes ao Estado em causa, ou seja, poderá fornecer sugestões, conselhos e assistência na concretização das exigências da Carta de Banjul.

Este sistema de relatórios bianuais 'permite aos Estados verificarem constantemente toda a máquina do governo uma vez que obriga as instituições governamentais relevantes, de todos os departamentos e ministérios, a avaliar as normas legais, procedimentos e práticas vis-à-vis as disposições garantidas na Carta'.[43] Por seu turno, no capítulo da identificação de dificuldades, a Comissão tem entendido e recomendado que o relatório dos Estados deve indicar as medidas tomadas para implementar as disposições da Carta, por um lado e, os fatores e as dificuldades que bloqueiam a implementação efetiva da mesma, por outro lado. A Comissão afirma ainda que é relevante que o Estado em questão preste uma particular atenção ao sistema, não devendo, por isso, destacar apenas os aspetos positivos da sua legislação, devendo reconhecer, igualmente, as dificuldades e obstáculos. Este fato permite, numa perspetiva, que a Comissão compreenda melhor as circunstâncias especiais do Estado e, noutra, ajuda o Estado a melhor se relacionar e a entender a perspetiva da Comissão e o quadro no qual as disposições da Carta de Banjul devem ser aplicadas. Com efeito, o Estado Parte e a Comissão, em conjunto, devem promover a cooperação para melhor diagnosticar os problemas e encontrar possíveis soluções mais adequadas. Este sistema de relatórios dos Estados autoriza a Comissão a recolher informações sobre as experiências comuns dos Estados, as boas e más práticas, por forma a que estes países possam trocar experiências e aprender uns com os outros mediante essa articulação de informações.

3.2 Da receção e análise dos relatórios: a tramitação adotada

A recomendação solicitando à Conferência de Chefes de Estado e de Governo da OUA que confira o mandato à Comissão para examinar os relatórios dos Estados requer que 'o Secretariado da OUA receba os referidos relatórios e os comunique à Comissão sem demora'.[44] Na prática, acontece o contrário, isto é, a maioria dos Estados envia os seus relatórios diretamente ao Secretariado da Comissão.[45] Contudo, àqueles que são enviados ao Secretariado da OUA são também remetidos ao Secretariado da Comissão. Portanto, conforme entende Baldé, os Estados Partes da Carta Africana 'podem submeter os

43 Ver Gaer (n 9) 35.

44 Ver ACHPR /Recom.3(III)88: *Recommendation on Periodic Reports* (1988).

45 Ver antiga Regra 73(2) do RIC do 2010 e atual Regra 78(2).

relatórios tanto através do Secretariado da União Africana como diretamente, através do Secretariado da Comissão'.[46] O procedimento dos Relatórios dos Estados está dividido em três importantes fases: i) a receção dos relatórios, ii) a sessão pública de discussão e, iii) o acompanhamento da implementação das observações finais da Comissão. É, pois, o Regulamento Interno da Comissão (Regulamento e/ou RIC)[47] que trata desta matéria e prevê, igualmente, as medidas a serem implementadas em caso de não apresentação de relatórios pelos Estados.

Nestes termos, após a receção de um relatório, fase primeira, o Secretariado da Comissão analisa e informa (submetendo cópia dos relatórios) a todos os Comissários. Uma vez recebidos, a Secretaria da Comissão publica os relatórios no sítio da Comissão, indicando a data agendada para a discussão pública.[48] A Regra 66(1)(2) do Regulamento, cuja epígrafe é *Distribution of reports and other official documents*, estabelece, por um lado, que '*Reports, decisions, session documents and all other official documents of the Commission and its subsidiary mechanisms shall be for general distribution unless the Commission decides otherwise*' e, por outro lado, que os '*Reports and additional information submitted by States Parties under Article 62 of the African Charter shall be for general distribution in the working languages of the African Union and shall be posted on the Commission's website as soon as they are received at the Secretariat of the Commission*'. Nesta senda, como princípio geral, *'[the] Commission may invite any State Party, institution, organisation or person capable of enlightening it to participate in its sessions without voting rights*' (Regra 67 do RIC). Estas disposições e outras inseridas neste instrumento interno da Comissão (*v.g.,* Regras 68 e seguintes e Regra 79)[49] permitem-nos concluir que instituições proeminentes de Direitos Humanos[50] e as ONG's dos Estados que submetam os relatórios, tanto devem ser informados como também lhes devem ser enviadas cópias do relatório. Daqui se depreende que os relatórios periódicos apresentados pelos Estados Partes da Carta devem ser

46 Baldé (n 9) 156.

47 Conforme consta do RIC 2020, 'The Rules of Procedure were adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights during its 2nd Ordinary Session held in Dakar (Senegal) from 2 to 13 February, 1988, revised initially during its 18th Ordinary Session held in Praia (Cabo-Verde) from 2 to 11 October 1995 and during its 47th Ordinary Session held in Banjul (The Gambia) from 12 to 26 May, 2010' and once again during its 27th Extra-Ordinary Session held in Banjul (The Gambia) from 19 February to 4 March, 2020. Ver https://achpr.au.int/en/rules-procedure (consultado a 7 abril 2023).

48 Ver antiga Regra 74(1) e atual Regra 79, ambas do Regulamento.

49 O RIC de 1995 pode ser consultado em: https://ihrda.uwazi.io/ar/entity/51272xercbe (consultado a 1 março 2023). A Regra 74(2) do RIC de 2010, em corroboração com a atual redação de 2020, estabelecia que as 'Institutions, organizations or any interested party wishing to contribute to the examination of the Report and the human rights situation in the country concerned, shall send their contributions, including shadow reports, to the Secretary at least 60 days prior to the examination of the Report' e o n.º 3 vem dizer que 'The Secretary may also invite specific institutions to submit information relating to the state report within a time limit that he/she may specify'.

50 Por exemplo, a Amnistia Internacional e a Comissão Internacional de Juristas.

documentos para distribuição geral, na medida em que estas instituições de direitos humanos são convidadas a fornecer à Comissão informações e/ou questões sobre instituições de Direitos Humanos dos seus Estados.[51] Este particular permite que as ONG's produzam *contra-relatórios* (relatórios-sombra) ou recomendem perguntas à Comissão que poderiam ser feitas aos representantes dos Estados (Regra 79(3)(4), do Regulamento).[52] Dito de outro modo e, de acordo com a Regra 80(4) do respetivo Regulamento, *'[during] the consideration of the Report submitted by a State Party in accordance with Article 62 of the Charter, the Commission shall explore all the pertinent information relating to the human rights situation in the State concerned, including reports by international, regional and national human rights organs as well as statements and shadow reports from National Human Rights Institutions and non-governmental organisations'*.

Na discussão pública dos relatórios, entendida como a fase segunda, o exame dos relatórios periódicos dos Estados é, em regra, feito em sessões públicas da Comissão. Este princípio resulta do consagrado na Regra 27 do Regulamento que estabelece que as *'[sessions] of the Commission shall be held in public'*, só não será deste modo se '*the Commission decides otherwise or if it appears from the relevant provisions of the Charter that the meeting shall be held in private*',[53] ou seja, o mesmo é dizer que as sessões da Comissão e dos seus órgãos auxiliares serão realizadas em público, exceto se a Comissão decidir de outro modo ou se, em resultado das disposições relevantes da Carta, for determinado que a reunião seja realizada em privado. Note-se que, nestas sessões, apenas os comissários podem fazer perguntas aos representantes do Estado cujo relatório esteja a ser objeto de exame.[54] Esta ideia é corroborada pela Regra 80(2) do Regulamento que consagra que os representantes dos Estados Partes '*shall respond to the questions prepared by the Commission, as well as to questions from the members of the Commission and provide, when necessary, any other information requested before, during or after the session. Should such questions or requests be formulated before the*

51 O Secretariado, com todas as informações à sua disposição, prepara as perguntas que seriam feitas ao representante do Estado. As perguntas não são necessariamente limitados à informação no relatório. As perguntas são transmitidas ao Estado e a todos os Comissários, pelo menos, seis semanas antes da data da sessão em que o relatório vai ser examinado. Uma carta, juntamente com a lista de perguntas preparadas pelo Secretariado, é enviada ao Estado solicitando-lhe a presença na sessão de um funcionário altamente qualificado(s) para apresentar o relatório. É muito importante que os Estados enviem representantes capazes de responder às perguntas que lhe vão ser feitas no momento. O Secretariado também contacta especificamente o Comissário responsável pelas actividades promocionais no país em causa que, em circunstâncias normais, vai ser o relator a liderar a discussão sobre o relatório, e fornece-lhe qualquer informação adicional sobre o mesmo. V. as antiga Regra 32 e ss. e atual Regra 33 e ss. do Regulamento.

52 Baldé (n 9) 156-157. Ver também https://www.achpr.org/pr_history (consultado a 1 março 2023).

53 Sobre as Sessões (Ordinária e Extraordinária) da Comissão, ver Regra 28 do Regulamento.

54 Ver https://www.achpr.org/reportingprocedure (consultado a 2 março 2023).

session States Parties may be requested to reply in writing within a period expiring before that session'.[55] Neste encadeamento, o Secretariado da Comissão, na posse de todas as informações relevantes, é a autoridade que prepara as perguntas a serem feitas ao representante dos Estados durante a discussão pública, todavia, estas questões são enviadas ao Estado e aos Comissários pelo menos seis semanas antes da sessão pública de discussão.[56] Nestas sessões, a discussão não se resume aos dados apresentados no relatório pelos Estados, tendo a Comissão a faculdade de fazer uso de outras informações, designadamente, dos relatórios-sombra e comunidade das ONG's, instituições nacionais, regionais e internacionais de direitos humanos e outros organismos (Regra 80(4) do Regulamento).

Após a conclusão do exame do relatório do Estado, entenda-se fase terceira, a Comissão Africana emite as suas observações finais. Aí se define que a Comissão '*shall formulate Concluding Observations after consideration of the report of a State Party. Concluding Observations should be adopted at the Ordinary Session following the consideration of the State Report. However, the adoption of such Report shall under no circumstances exceed two sessions from consideration of the State Report*' (Regra 82(1)). Nestas Observações Finais do relatório, a Comissão deve especificar as questões de caráter urgente e que requerem uma atenção especial e imediata do referido Estado, indicando já a data de apresentação do relatório seguinte. Neste sentido, note-se que '[the] 2nd to 10th Consolidated Periodic Report of the United Republic of Tanzania was received at the Secretariat of the African Commission on Human and Peoples' Rights ... in 2008 and was considered at the 43rd Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights ... which took place in Ezulwini, Kingdom of Swaziland, from 7 to 22 May 2008', a Comissão, nas '[c]oncluding Observations and Recommendations' deste relatório recomenda, entre outros, Tanzânia a '[Para 27] Work closely with NGOs, civil society organisations, and other human rights actors to ensure the enjoyment of the rights and freedoms enshrined in the African Charter. [Para 28] Immediately abolition corporal punishment as it constitutes a violation of Article 5 of the African Charter. [Para 29] Abolish the death penalty'.[57] Daqui podemos constatar a relevância da apresentação destes relatórios e, com efeito, a formulação das observações finais. De

55 Este artigo vem estabelecer ainda que 'If a State Party fails to send a representative to the session of the Commission at which its report is to be examined, consideration of the report shall be rescheduled for the next session. If, at the said session, the concerned State Party, after due notification, fails to send a representative, the Commission may consider the State Report'.

56 É igualmente designado o relator especial para a discussão e, em regra, é o Comissário responsável pelas atividades promocionais no Estado em causa. Após o envio da lista de perguntas ao Estado, o Secretariado informa o Estado da data agendada para a discussão e requer o envio de um representante para participar na sessão, embora aconselhável e preferível, o RIC não obriga os Estados a enviar representantes. Em caso de não envio de representantes, a discussão pública será remarcada para a sessão seguinte (Ver n 56).

57 Recomendação disponível em: https://achpr.au.int/index.php/en/concluding-observation/concluding-observations-and-recommendations-tanzania-2nd-10th-periodic-rep (consultado a 9 março 2023).

salientar ainda que os membros da Comissão no exercício da sua função promocional (*v.g.,* visitas e encontros de trabalho, etc.) devem incluir na agenda a fiscalização e a monotorização da implementação destas observações conclusivas da Comissão (Regra 83 do RIC). Uma vez adotadas pela Comissão estas passam a figurar no Relatório de Atividades da Comissão da sessão em que foram acolhidas e publicados no site deste órgão e enviadas ao Estado no prazo máximo de trinta dias (Regra 82(3) do RIC).[58] Nesta temática e, com particular referência ao âmbito de acompanhamento da implementação das observações e medidas resultantes do exame dos relatórios dos Estados sugeridas pela Comissão, este órgão regional terá a incumbência de enviar toda a documentação produzida[59-60] à Conferência da UA. Neste sentido, podemos ler no documento interno da Comissão, cuja epígrafe é: *Follow-up of implementation of Concluding Observations*, que '[*in] the Concluding Observations, the Commission shall specify, if necessary, the issues that require particular attention on the part of the State Party. The date of the presentation of the next Periodic Report by the State Party shall be included in the Concluding Observations [1]. The Members of the Commission shall ensure the follow-up on the implementation of the recommendations from the Concluding Observations within the framework of their promotion activities to the States Parties concerned. Members may request or*

58 *Apud,* Baldé (n 9) 158. Note-se que, nesta matéria, a prática da Comissão alterou uma vez que, no passado, após a apresentação dos relatórios, seguia-se uma reunião privada para discutir as recomendações. Conforme sustenta a autora em consonância com a Regra 77(3) (atual Regra 82(3)), 'É importante salientar que a prática da Comissão mudou. Anteriormente a após a apresentação dos relatórios, seguia-se uma reunião privada para discutir as recomendações. Para alguns membros da Comissão, esta regra constituía uma vantagem na medida em que permitia criar um ambiente de diálogo 'ao mesmo tempo conferindo à Comissão um pouco de privacidade para se fazerem alguns comentários entre os Comissários'. No entanto, esta prática foi objecto de crítica'.

59 Entendemos, pois, tratar-se das Observações Finais e os Relatórios dos Estados, onde se poderia também incluir os Relatórios Sombras.

60 Ainda sobre o 'acompanhamento posterior dos relatórios', como vimos, é entendimento generalizado que após a análise dos relatórios dos Estados-Partes, a Comissão, grosso modo, deve enviar uma carta de acompanhamento ao Estado em questão, resumindo o que foi examinado e colocando por escrito as perguntas que não foram respondidas satisfatoriamente, se as houver. Sobre esta matéria ver o Capítulo II, Regra 73 e ss. do RIC de 2010, com as devidas adaptações ao atual instrumento. Este regime não é inovador, pois já resultava da Regra 85(3) do RIC de 1995, onde se exigia que 'se, após a análise do relatório, e as informações apresentadas pelo Estado (...), a Comissão decidir que o Estado não cumpriu as suas obrigações nos termos da Carta, pode analisar todas as observações gerais do Estado em causa que julgar necessárias'. A partir daí, o Estado será então convidado a apresentar ao Secretariado da Comissão qualquer informação adicional que esta possa precisar. A Comissão pode, se necessário, fixar um prazo para a apresentação das observações por parte dos Estados. Com igual mérito, a Regra 86(2) afirma que a 'Comissão pode também transmitir à Assembleia as observações (...) acompanhadas pelas cópias dos relatórios que recebeu dos Estados (...) bem como dos comentários fornecidos por estes últimos, se possível'. Não há nenhum regra específica quanto à forma que os Estados em causa devem seguir para apresentar as informações adicionais. Em alguns casos, *e.g*, foram solicitados àqueles a inclusão das informações no relatório seguinte, enquanto que noutros casos, foram convidados a apresentar as informações adicionais sem demora, numa carta separada. Ver Heyns & Killander (n 33) 112 e ss.

take into account contributions by interested parties or invited institutions, on the extent to which those recommendations have been implemented [2]. The Commission shall reference any Concluding Observations in its Activity Reports to the Assembly pursuant to Rule 63(1) of the present Rules [3]' (Regra 83 do RIC). Daqui, podemos observar o papel preponderante (e determinante) que a Comissão exerce em todo este processo, vislumbrando garantir, desta forma, o cumprimento mais escrupuloso e fiel do que está estabelecido na Carta.

Um outro aspeto digno de realce, ocorre aquando do exame do relatório sem representantes do Estado. Nestes termos, quando um relatório é submetido ao Secretariado, é igualmente enviado uma carta ao Estado, informando este da sessão em que o relatório será analisado e, com efeito, convidando o Estado em causa a enviar um representante de alto nível e de elevado conhecimento técnico para a referida sessão para apresentar o relatório.[61] Em rigor, o Regulamento não obriga os Estados a enviarem representantes como condição *sine qua non* para a análise e consideração dos relatórios. A Regra 80(1) do Regulamento dispõe é que os '*States Parties shall be represented in the sessions of the Commission at which their reports are to be considered*', o que significa dizer que os representantes dos Estados Partes da Carta podem (mas, a nosso ver, devem) participar nas sessões da Comissão nas quais os seus relatórios serão apresentados ou discutidos. Tal facto deve-se, diferentemente do acontecia anteriormente, onde a Comissão tinha adotado como prática o não exame dos relatórios se não houvesse representantes dos Estados Partes, a decisão da Comissão extraída na sua 23.ª Sessão Ordinária, que estabeleceu que, se após duas notificações ao Estado para enviar um representante para apresentar o seu relatório e não houver qualquer resposta deste, a Comissão deve prosseguir, nesta segunda sessão, com o exame do relatório e encaminhar os comentários para o Estado em causa (Regra 80(3) do RIC).

3.3 A não-apresentação dos relatórios

A Regra 81 do Regulamento prevê as situações em que os Estados Partes da Carta de Banjul não apresentem os relatórios. Neste caso, o Secretário deve, em cada sessão ordinária, informar previamente a Comissão das situações de não submissão de relatórios ou informações adicionais, isto para que a Comissão possa, através do seu Secretário, enviar um ofício aos Estados em causa. Assim, é estabelecido nesta Regra que a Comissão deverá, no início de cada ano, informar os Estados Partes que não tenham cumprido atempadamente com as suas obrigações ao abrigo do artigo 62.º sobre os prazos para a apresentação

61 Apenas os comissários podem fazer perguntas aos representantes do Estado e não há um prazo limite para os representantes do Estado fazerem a apresentação. Após a apresentação, o relator coloca questões aos representantes, podendo outros comissários levantar questões adicionais ou complementares. A orientação das questões não se limita às perguntas elaboradas pelo Secretariado.

de relatórios e a data do cumprimento.[62] Assim, conforme a redação do Regulamento, ainda não traduzido para a língua oficial portuguesa (um dos idiomas oficiais da Comissão), *'[the] Commission shall, at the beginning of each year, inform the States Parties which are not up to date with their obligations under Article 62 of the deadlines of their submission of their reports and the date at which they are expected to comply*'. Nestes termos, se após o aviso, o Estado Parte continuar a não apresentar o relatório ou a informação solicitada, a Comissão deve mencionar esse fato no seu relatório anual à Conferência de Chefes de Estado e de Governo da União Africana. De salientar ainda que no final das sessões de trabalho, em anexo ao seu relatório de atividades, a Comissão publica uma lista atualizada que ilustra o estado da apresentação de relatórios periódicos dos Estados. Esta lista contém os nomes dos Estados que apresentaram os seus relatórios, o número de relatórios apresentados, os relatórios em falta, e os nomes dos Estados que não apresentaram qualquer relatório.[63]

Neste capítulo importa sublinhar também que 'apesar da relevância deste mecanismo a maior parte dos Estados Partes da Carta não cumpre com a suas obrigações. Na verdade, de momento, apenas 13 países têm cumprido com o compromisso de apresentação periódica dos relatórios',[64] de entre eles, porém, com alguma ausência de rigor observada pelos Estados mais cumpridores, apenas dois países africanos lusófonos, sendo eles: República de Angola e República de Moçambique.[65] Sete dos países signatários da Carta Africana, de entre os quais a Guiné-Bissau, a Guiné Equatorial e São Tomé e Príncipe,[66] ainda não apresentaram até ao momento qualquer relatório. Ao nível

62 Em conformidade com a Regra 81 do Regulamento, ver Baldé (n 9) 158.

63 O sistema dos relatórios dos Estados da Comissão é ainda uma criança. Ao contrário da Comissão de DH da ONU, a Comissão Africana examina poucos relatórios nas suas sessões. Assim, para desenvolver este sistema ainda mais, a Comissão necessita de uma maior cooperação dos Estados, das ONG's e da sociedade civil. Ver https://achpr.au.int/pt/states/reporting-procedures (consultado a 3 março 2023).

64 Note-se que dos 51 Estados que ratificaram a Carta, em 2001, apenas 30 tinham apresentado relatórios à Comissão e nenhum deles foi regular. Ver https://achpr.au.int/pt/states/reporting-procedures (consultado a 3 março 2023).

65 Ver implementação da CADHP e os relatórios subsequentes, submetidos por Angola e Moçambique, disponível em: https://www.achpr.org/pr_statereports andconcludingobservations (consultado a 11 fevereiro 2020). A República de Cabo verde, até a presente data, submeteu apenas o relatório inicial, tendo este relatório sido submetido em fevereiro de 1992 e foi objeto de análise em outubro de 1996.

66 Como parte da sua missão de promover e proteger os DH no continente africano, a Comissão enceta diversas atividades, nomeadamente, missões e visitas promocionais nos países signatários da CADHP, assim como também adota resoluções. Neste contexto, relativamente a São Tomé e Príncipe (STP), a Comissão, no âmbito do artigo 45(1) da Carta, visitou o país recentemente com o objetivo não só de sensibilizar para os DH prescritos na Carta, mas também para proceder a verificação *in loco* da situação destes direitos no país e dotar recomendações para um cabal cumprimento dos compromissos assumidos pelo Estado. Assim, a delegação da Comissão, composta pela Comissária Maria Teresa Manuela, Comissária Relatora para os DH no país e Relatora Especial para as Prisões, Condições de Detenção e Policiamento em África, e pelo Comissário Hatem Essaiem, Presidente do Comité para a Prevenção da Tortura em África,

da francofonia, apontamos, igualmente, a União das Comores[67] e a República do Congo. No mundo árabe (arabofonia), temos a seguinte particularidade: o Reino de Marrocos (aderiu à UA em 2017, com o compromisso apenas de respeitar os princípios consagrados na Carta Africana) e o Sudão do Sul (não integrado na região do Magrebe e não

realizaram, entre os dias 1 e 4 de outubro de 2019, a sua primeira missão no país desde a ratificação Carta em 23 de maio de 1986. Como se pode ler no *Comunicado de Imprensa* desta missão (24/09/2019), os objetivos deste encontro inclui: 'promover a Carta Africana e outros instrumentos regionais e internacionais de direitos humanos, reforçar as relações entre a Comissão e [STP], iniciar o processo para permitir à [STP] estar a par das suas obrigações no que respeita à apresentação de relatórios periódicos do Estado, colaborar com os intervenientes relevantes, trocar opiniões sobre formas e meios de melhorar o exercício dos direitos humanos no país e procurar informações sobre questões de direitos humanos de especial interesse para a Comissão'. Em sequência, após a visita a Comissão, em 04 de outubro de 2019, manifestou no seu *Comunicado* sobre esta primeira missão no país, preocupação, entre outros, 'la non soumission par Sao Tomé-et-Principe de ses rapports initial et périodiques à la Commission depuis son accession à la Charte; la non-participation de Sao Tomé-et-Principe aux activités de la Commission, y compris à ses sessions ordinaires', isto é, aspetos relativos a não apresentação por parte de STP dos relatórios iniciais e periódicos e a não participação do Estado nas atividades da Comissão (incluindo suas sessões ordinárias) marcaram esta visita histórica da Comissão ao país. Neste encadeamento, a Comissão fez recomendações preliminares ao país nos seguintes termos: 'i. Tous les efforts entrepris et toutes les initiatives visant à une meilleure jouissance et protection des droits de l'homme, doivent être poursuivis et concrétisés dans les meilleurs délais; ii. La Délégation exhorte le Gouvernement à poursuivre et accentuer la lutte contre les violence domestiques, les abus contre les mineures, le phénomène de l'alcoolisme et de la drogue ainsi que toutes autres faits néfastes aux droits humains des populations de Sao Tomé-et-Principe qui sont en rapport avec le tourisme dont les retombées doivent être effectivement dirigées vers l'amélioration des conditions de vie des populations par la création des infrastructures socio-économiques nécessaires; iii. Le Gouvernement doit résolument mettre en place un cadre normatif pour traiter des problématiques des droits humains rencontrées à Sao Tomé-et-Principe, ainsi qu'entreprendre une reforme holistique de son système judiciaire y compris ses lois désuètes datant de l'époque coloniale afin de les adapter aux réalités du moment, et les conditions de détention; iv. Le Gouvernement doit soumettre le rapport initial et les rapports périodiques de Sao Tomé-et-Principe qui restent dus, en vertu de l'article 62 de la Charte et de l'article 26 du Protocole sur les Droits de la Femme en Afrique; v. La Délégation appelle également les organisations de la société civile à continuer de soutenir la promotion et la protection des droits de l'homme à Sao Tomé-et-Principe en usant de toutes les plateformes et mécanismes disponibles, notamment la collaboration avec la Commission; vi. La Délégation appelle la communauté internationale et les partenaires internationaux à, d'une part, aider le Gouvernement à mobiliser tous les moyens financiers, humains, techniques et autres moyens logistiques nécessaires à la conduite du processus de réformes envisagées, et d'autre part, à continuer leur soutien aux efforts en cours pour garantir la promotion et la protection des droits et le développement à Sao Tomé-et-Principe'. Da leitura destas recomendações, importa para o nosso estudo concreto, concluir que a Comissão exorta o Governo o apresentar o relatório inicial e os relatórios periódicos de STP, que permanecem vencidos, nos termos do artigo 62º da Carta e do artigo 26º do Protocolo de Maputo. A Delegação também insta as organizações da sociedade civil a continuarem a apoiar a promoção e a proteção dos DH no país, utilizando todas as plataformas e mecanismos disponíveis, em particular a colaboração com a Comissão. Ver os Pontos iv. e v. das Recomendações. Comunicado disponível em https://www.achpr.org/pr_pressrelease/detail?id=438 e https://www.achpr.org/fr_pressrelease/detail?id=441 (consultado a 5 janeiro 2020).

67 Igualmente considerado árabe, pertencendo a Liga Árabe, todavia, não integra a região do Magrebe.

é parte da Carta Africana), razão pela qual, nunca submeteram qualquer relatório pois não se encontram vinculados ao instrumento regional. A Somália (não integrado na região do Magrebe, porém, parte da Carta Africana), tal como os países lusófonos (com exceção de Cabo Verde que submeteu apenas o relatório inicial), nunca submeteram qualquer relatório à Comissão.[68] Assim, trinta e três Estados signatários da Carta, incluindo Cabo Verde, encontram-se em situação de incumprimento (atraso), digamos, incumprimento parcial na temática referente a apresentação dos relatórios, sendo que muitos deles apenas submeteram o relatório inicial. Neste sentido, a Comissão, nas conclusões do seu relatório de 2014, recomenda aos Estados Partes[69] o cumprimento das *Diretivas referentes a Relatórios Periódicos Nacionais* no processo de elaboração e apresentação destes relatórios, sejam eles os iniciais ou periódicos.

4 CONCLUSÃO

A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, no quadro do compromisso assumido pelos Estados Partes da Carta ('apresentação de relatórios') consagrado neste instrumento regional africano, emitiu, em 1988, as *Guidelines* referentes aos relatórios iniciais e relatórios periódicos com o objetivo de assegurar a uniformização e harmonização da informação a ser enviada por estes países. Porém, não a obstante a sua simplificação em 1998 e apesar dos esforços estas Diretivas são ainda consideradas complexas e difíceis de seguir. Neste sentido, 'tem havido ajustes e melhorias de modo a concretizar e facilitar a apresentação e consequente avaliação dos relatórios, mas, estranhamente, acabou por gerar uma divisão e classificação entre Estados cumpridores e Estados não cumpridores',[70] fato este que, a Comissão, na sua nobre função, vai tentando colmatar revelando a importância que todos estes Estados podem desempenhar, com a submissão de tais relatórios, na promoção e proteção dos direitos humanos na região por forma a que os ditos 'Estados não cumpridores' não se coibam de submeter tanto os relatórios iniciais e os periódicos. Em consequência disso, sabemos também que ainda não foram alcançados os resultados desejáveis e, ao contrário do que sucede por exemplo com a Comissão de Direitos Humanos da ONU, a Comissão Africana também examina poucos relatórios em cada uma das suas

68 Nestes termos, somos a concluir que os Estados Anglófonos e Francófonos do continente têm tido uma melhor prestação nesta matéria.

69 Baldé (n 9) 36, 37 e 199.

70 Moreira (n 5) 521. Considera ainda a autora que Para aferir se um Estado é cumpridor, do ponto de vista formal, temos que ter em consideração o facto de o Estado ter apresentado os relatórios, se estes foram enviados dentro do prazo estabelecido e acompanhados pelos respetivos representantes do Estado. Do ponto de vista substancial, temos a avaliação do conteúdo do relatório; por exemplo, as medidas e informações prestadas nos relatórios de alguns Estados corresponderam praticamente ao oposto do relatado por algumas organizações não-governamentais. Por vezes, os representantes dos Estados não demonstram, nem a vontade, nem a capacidade para discutir de uma forma construtiva o relatório em análise'.

sessões. Trata-se de um trabalho árduo e em constante progresso, todavia, a Comissão não pode perder de vista o foco e o ânimo, pois, tal como diz Frans Viljoen: '*The danger is that the Commission may react positively to a rather imperfect report, just because it shines in comparison with totally inadequate precedents. lt may also be blinded by the comparatively good quality of the report and lose sight of the inherently poor human rights record of the country in question*'.[71]

Com efeito, nesta tarefa, o desenvolvimento harmonioso deste sistema (que permite um maior intercâmbio e conhecimento das realidades africanas nesta matéria) dependerá necessariamente da cooperação entre a Comissão, os Estados Partes, as ONG's e a sociedade civil. A relação entre os Estados e a Comissão nem sempre foi matéria fácil, porém, tem evoluído ao longo das décadas e, se no início houve alguma resistência à cooperação por parte dos Estados, nomeadamente, à submissão de relatórios periódicos e indicação de representantes, atualmente, existe cada vez mais envolvimento dos Estados Partes. Esta evolução deve-se, entre outros, a alguma mudança de paradigma inerente ao procedimento no seio da Comissão, isto é, notória passagem de um sistema semissecreto para um sistema de maior abertura ao público; a disponibilização dos relatórios e Observações Finais no site da organização e a desmistificação da ideia de humilhação pública dos Estados que não apresentem relatórios.

Certo é que, atualmente, os Estados que apresentaram relatórios perante a Comissão têm entendido que este é o melhor caminho disponível para estabelecerem confiança e uma forte parceria com a Comissão na garantia dos direitos e liberdades previstos na Carta. Neste sentido, se pode ler no relatório combinado da República Islâmica da Mauritânia, '*submitted in accordance with Article 62 of the [African 9Charter] and Article 26.1 of the Maputo Protocol*', que '*[the] Government takes this opportunity to thank all its partners who have supported the implementation of its human rights policy and expresses its readiness to consolidate its constructive dialogue and positive interaction with the African Commission*',[72] isto, com o objetivo último de construir e consolidar um melhor sistema de garantia e liberdades dos DH no continente africano.

71 F Viljoen 'Review of the African Commission on Human and Peoples' Rights: 21 October 1986 to 1 January 1997' in C Heyns (ed) *Human rights law in Africa 1997* (1999) 47.

72 Ver https://achpr.au.int/index.php/en/state-reports/combined-report-comprising-15th-16th-and-17th-periodic-reports-isl (consultado a 9 março 2023).

Africa in the digital age: a case for the right to be forgotten under the African Charter on Human and Peoples' Rights

*Takunda Gumbu**
https://orcid.org/0009-0006-0255-9299

*Panashe Nhekairo***
https://orcid.org/0009-0005-0049-5802

ABSTRACT: This article advances that the right to be forgotten (RTBF), which affords individuals a legal tool to erasure of personal digital data under certain circumstances, is an essential right in the digital age. It discusses the RTBF and traces its development to the European Union (EU) jurisprudence. The article argues that, although the RTBF was developed under the EU jurisprudence and despite it being not expressly recognised under the African Charter on Human and Peoples' Rights (Charter), it can be read into the Charter through three methods. First, it can be read into the Charter through the *SERAC* principle, namely, that some unenumerated rights are implied by the African Charter, as set in the Commission's decision in *Social and Economic Rights Action Centre and Center for Economic and Social Rights v Nigeria*. Second, the right can be read into the Charter through the progressive application principle as envisaged by articles 60 and 61 of the Charter. Third, the RTBF can also be read into the Charter by employing article 31 of Vienna Convention on the Law of Treaties. The article submits that although some African countries have made tentative steps in adopting the RTBF in their domestic jurisdiction and despite the recognition of the right in some of the continent's instruments, its recognition in the African human rights system is fragmented. This fragmentation hinders adequate protection of the right. The article ultimately argues that the superior status that the African Charter enjoys in the African human rights system justifies the need for the RTBF to be read into the Charter to ensure adequate protection and to create a pathway for robust law reforms related to the protection and autonomy over personal data in Africa's national jurisdictions.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS:

L'Afrique à l'ère du numérique: plaidoyer pour la garantie du droit à l'oubli dans le système de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

RÉSUMÉ: Cette contribution soutient que le droit à l'oubli ou à l'effacement numérique, qui offre aux individus un outil juridique pour effacer les données numériques dans certains circonstances, est un droit essentiel à l'ère du numérique. Elle examine le droit à l'oubli et retrace sa genèse des politiques de l'Union européenne (UE). La contribution avance que, bien que le droit à l'oubli ait été développé au sein de l'UE et bien qu'il ne soit pas expressément garanti par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte), il peut en être déduit à travers trois méthodes.

* LLB, LLM candidate (Unam); ttgumbu@gmail.com

** LLB, LLM candidate (Unam); panashenhekairo@gmail.com

T Gumbu & P Nhekairo 'Africa in the digital age: a case for the right to be forgotten under the African Charter on Human and Peoples' Rights' (2023) 7 *African Human Rights Yearbook* 94-115
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a5

Premièrement, par le biais du principe juridique que certains droits non énumérés sont implicites dans la Charte africaine, développé dans l'affaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples *Social and Economic Rights Action Centre et Center for Economic and Social Rights v Nigeria*. Deuxièmement, le droit à l'oubli peut être déduit de la Charte à travers le principe de mise en œuvre progressive des droits garantis par la Charte tel qu'envisagé aux articles 60 et 61 de ladite convention. Troisièmement, ce droit peut être garanti par la Charte en mobilisant l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La présente contribution relève que, bien que certains pays africains aient adopté des mesures pour reconnaitre le droit à l'oubli numérique dans leurs législations nationales et malgré la reconnaissance de ce droit dans certains instruments au niveau continental, sa reconnaissance dans le système africain des droits de l'homme est fragmentée. Cette fragmentation entrave la protection adéquate du droit. En conclusion, la contribution avance que la valeur normative de la Charte africaine dans le système africain de protection des droits de l'homme justifie la nécessité de garantir le droit à l'oubli à travers une lecture progressive de la Charte pour sa protection adéquate et de créer une voie pour des réformes législatives robustes relatives à la protection et à l'autonomie en matière de données personnelles en Afrique.

KEY WORDS: right to be forgotten, African Charter on Human and Peoples' Rights, privacy, personal data, digital age

CONTENT:

1 Introduction 95
2 The right to be forgotten 97
2.1 Defining 'the right to be forgotten' 97
2.2 Historical development 98
2.3 The Google Spain case and emergence of the RTBF 99
2.4 Article 17 of the EU GDPR 101
3 RTBF as a human right under the United Nations human rights system 102
4 RTBF as a human right under the African human rights system 103
4.1 The right to privacy and RTBF under the African human rights system 104
4.2 Recognising the right to be forgotten under the SERAC principle 107
4.3 Recognising the right to be forgotten under the progressive application principle 110
4.4 Adopting the RTBF under the Vienna Convention 111
4.5 Challenges to enforcing RTBF 112
5 Conclusion 114

1 INTRODUCTION

In recent times the use of the internet, especially social media, has become an indispensable part of everyday life of an ordinary person.[1] Easier access to the internet coupled with the advancement of digital technologies, which provide immediate access and dissemination of any information, has brought about a unique form of information and data flow.[2] By the first quarter of the twenty-first century, internet technology had propelled the flow of information across greater distances than previously accomplished in human history.[3] Through internet technologies, people can easily share personal videos,

1 It is estimated that 60% of the world's population uses the internet and social media today. See B Wong 'Top social media statistics and trends of 2023' (2023), Top Social Media Statistics And Trends Of 2023 – Forbes Advisor (accessed 6 July 2023).

2 T Zarsky 'Privacy and manipulation in the digital age' (2009) 20(1) *Theoretical Inquiries in Law* 157.

3 D Waltz 'Privacy in the digital age' (2014) 48(1) *Indiana Law Review* 205, 207.

photographs, audio recordings and documents 'online',[4] which is accessible to anyone and everywhere without the restriction of geographical boundaries. Although it is easy to imagine the socio-economic benefits manifest in the free flow of data and information,[5] there is equally a damning impact – especially where information is used for a totally different and unintended purpose to that of its disclosure.[6]

Internet users often reveal personal information they instantly or eventually regret,[7] or have information about them shared that they wished had been kept a secret.[8] This may, among others, be because of the information posted in the heat of high emotion or under the influence of intoxicating liquor;[9] a post being seen by an unintended audience;[10] and experimenting with digital devices and services, which is quite prevalent among the youth.[11] Unlike human beings who possess the ability to forgive and forget over time,[12] the internet possesses the ability to remember indefinitely.[13] Thus, regrettable information and personal data will linger forever on the internet and will potentially haunt persons implicated in such information or personal data through, amongst others, potential reputational harm, loss of job opportunities, mental distress and strained personal relationships.[14] Undeletable data and information exposes persons to perpetual or at best periodical stigma because of an event performed in the past, thereby restricting individuals to their past.

4 According to the *Pocket Oxford English dictionary* the word 'online' simply means 'available on or carried via the internet'. See M Waite (ed) *Pocket Oxford English dictionary* (2013).

5 K Walker 'Where everybody knows your name: pragmatic look at the costs of privacy and the benefits of information exchange' (2000) *Stanford Technology Law Review* 2-50; see examples outlined therein.

6 R Walker 'The right to be forgotten' (2012) 64(1) *Hastings Law Journal* 257. See particularly the illustration given therein whereby a newly-enrolled college student agreed to pose naked for the pictures intended to be used in a book publication but the pictures ended up on adult websites – which she only realised when she queried her name in an online search engine in preparation of her resumé.

7 Walker (n 6) 259.

8 As above.

9 Y Wang and others '"I regretted the minute I pressed share": a qualitative study of regrets on Facebook' (2011) *Proceedings of the Seventh Symposium on Usable Privacy and Security*, 20-22 July 2011.

10 Wang and others (n 9) 1-6.

11 S Livingstone and others *Children's data and privacy online: growing up in a digital age. An evidence review* (2019) 6-7.

12 V Mayer-Schönberger *Delete: the virtue of forgetting in the digital age* (2009) 11.

13 As above.

14 JL Zittrain *The future of the Internet – and how to stop it* (2008) 44.

In an attempt to mitigate the potential pervasiveness of permanently-available data on the internet, the European Union (EU) through the General Data Protection Regulation (GDPR)[15] recognises the 'right to be forgotten' which affords individuals a legal tool to demand erasure of personal digital data in certain circumstances.[16] By taking to cognisance that the right to be forgotten (RTBF) under the GDPR is only available to mostly EU citizens, this article endeavours to critically examine the justiciability of the RTBF under the African human rights system, particularly the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter).[17] The article is structured as follows: this first part provides a brief introduction to the article. Part 2 defines the RTBF and outlines its historical development under European law. Part 3 deals with the justiciability of the RTBF under the African Charter and other regional instruments. Part 3 further dwells on the challenges surrounding the implementation of the RTBF. Lastly, part 4 provides a conclusion to the article.

2 THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

2.1 Defining 'the right to be forgotten'

In her proposal for the reform of EU data protection rules, the EU Justice Commissioner Viviane Reding defined the RTBF (also known as the right to erasure) as the right for individuals to have their personal data deleted when it is no longer needed for a legitimate reason.[18] However, Reding clarified that RTBF does not amount to 'total erasure of history'.[19] The underlying idea of the RTBF is not to allow individuals to alter their past and erase obnoxious traces of their lives,[20] but to ensure that an individual's present is not muddled up by their past. It therefore follows that the RTBF is a form of forced omission that mitigates against easy accessibility of personal information on the internet and makes such information more difficult to find.[21] Succinctly

15 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L 119/1 (GDPR).

16 GDPR (n 15) art 17.

17 Organisation of African Unity (OAU) African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter) 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 ILM 58 (1982).

18 V Reding, Vice President, European Comission 'The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the standard setter for modern data protection rules in the digital age' (22 January 2012) 5, http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26&format=PDF (accessed 11 July 2023).

19 As above.

20 C de Terwangne *The right to be forgotten and the informational autonomy in the digital environment* (2013).

21 H Ramesh & K Kancherla 'Unattainable balances: the right to be forgotten' (2020) 9(2) *NLIU Law Review* 400, 401.

put, 'the right to be forgotten does not mean erasure of the information. It rather means to stop bringing back data from the past.'[22]

2.2 Historical development

The early development of the RTBF in Europe may be traced back to the French legal system. In the late 1970s,[23] French law recognised 'the right to oblivion' (*le droit* à *l'oubli*) which entails 'the right to silence over past instances that are no longer transpiring'.[24] The right to oblivion is an innovation of the French criminal justice system that granted rehabilitated former convicts the right to demand erasure of personal data when the data no longer is relevant.[25] In essence, the right to oblivion allowed criminal convicts the right to object to the publication of information about their conviction and incarceration once they served their sentence.[26] Seemingly, the reason for allowing former convicts to object to the publication of information about their crimes is the realisation that maturation and transformation are part of people's lives and once rehabilitated, ex-convicts must not be restrained to the reputational damage of the past.

From the 1980s onwards, more European jurisdictions started to enact domestic data protection laws that ostensibly recognised the RTBF under the concept of privacy.[27] In 1995 the European Parliament and Council issued the Data Protection Directive (DPD),[28] in which the RTBF can possibly be inferred. Articles 12(b) and 14 of the DPD provided data subjects with the right to ask for erasure of personal information, and to object to processing of personal information on legitimate grounds, respectively. Zanfir asserts that the combination of the article 12(b) of the DPD and article 14 possibly is tantamount to the RTBF.[29]

Notwithstanding the earlier recognition of the right to oblivion in the French legal system, which closely resembles the RTBF, and the possible inference of the RTBF in the DPD, the right remained unclearly recognised. To that effect, in 2012 the European Commission (EC) proposed for a comprehensive review of the DPD to put

22 De Terwangne (n 20) 1.

23 Law 78-17/1978, art 40.

24 MJ Kelly & S David 'The right to be forgotten' (2017) 1 *University of Illinois Law Review* 25.

25 I Stupariu 'Defining the right to be forgotten: a comparative analysis between the EU and the US' unpublished LLM thesis, Central European University, 2015.

26 J Rosen 'The right to be forgotten' (2011-2012) 64 *Stanford Law Review Online* 88-92.

27 Eg, the Data Protection Act, adopted in 1984 by the British Parliament and Wet Persoonsregistraties, enforced in The Netherlands in 1989.

28 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ [1995] L281/31 (DPD).

29 G Zanfir 'Tracing the right to be forgotten in the short history of data protection law: the "new clothes" of an old right' in S Gutwirth and others (eds) *Reforming European data protection law* (2015) 227-249.

individuals in control of their personal data.[30] The draft proposal for the GDPR provided for the RTBF under article 17, which afforded data subjects the right to demand that their personal data be erased under certain conditions.[31] The draft GDPR was eventually made into law in 2016 and repealed the DPD. However, before the GDPR was made into law, the European Court of Justice (ECJ) effectively recognised the RTBF in the seminal case, *Google Spain SL v Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD)* (*Google Spain* case).[32] The judgment of the *Google Spain* case was delivered in May 2014 and is considered the *locus classicus* to the official recognition of the RTBF in the EU.[33] It therefore is prudent to first delve into the judgment before illuminating on article 17 of the GDPR.

2.3 The *Google Spain* case and emergence of the RTBF

By formally recognising the RTBF, the *Google Spain* case changed the terrain of the right to privacy in this digital age with far-reaching implications. At the pith of this case was the question of whether or not an individual is entitled to have personal information or links to such information totally erased or deleted upon request. Put alternatively, the ECJ was faced head-on with the question of whether the 'right to be forgotten' exists and is enforceable.

In this case, a Spanish national lodged a complaint with the Spanish Data Protection Agency (AEPD) against a local newspaper, Google Spain and Google Inc.[34] The gist of the Spanish national's complaint was two-fold. First, he sought to compel the local newspaper to remove or alter the pages relating to the publication in which his name appeared for a real estate auction connected with attachment proceedings for the recovery of social security debts.[35] Second, the Spanish national also sought to compel Google Spain or Google Inc to remove or conceal links to the concerned article with the effect that such information ceases to appear in the search results.[36] The Spanish national's argument was that referencing web links to the concerned article had become irrelevant as the attachment proceedings concerning him had been fully resolved for a long period of time. The AEPD upheld the Spanish national's complaint insofar as it concerns

30 V Reding 'The European data protection framework for the twenty-first century' (2012) 2(3) *International Data Privacy Law* 119, 199-129.

31 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) COM (2012) 11.

32 CJEU, Case C-131/12, *Google Spain v APED*, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain* case).

33 F Fabbrini & E Celeste 'The right to be forgotten in the digital age: the challenges of data protection beyond borders' (2020) 21 *German Law Journal* 55-65.

34 *Google Spain* (n 32) para 14.

35 As above.

36 *Google Spain* (n 32) para 15.

the complaint against Google Spain and Google Inc, and dismissed the complaint against the local newspaper citing that it was intended for a legitimate reason.[37]

Google Spain and Google Inc then appealed against the decision of the AEPD before the Spanish National High Court which ultimately reached the ECJ. Essentially, the ECJ was tasked to interpret the provisions of the DPD, which was then applicable to the municipal dispute between Google and AEPD together with the Spanish national. With respect to the RTBF, the following question was posed:

> [Mu]st it be considered that the rights to erasure and blocking of data, provided for in Article 12(b), and the right to object, provided for by [subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14] of Directive 95/46, extend to enabling the data subject to address himself to search engines in order to prevent indexing of the information relating to him personally, published on third parties' web pages, invoking his wish that such information should not be known to internet users when he considers that it might be prejudicial to him or he wishes it to be consigned to oblivion, even though the information in question has been lawfully published by third parties?[38]

It is noteworthy that the DPD under article 2(d) imposed responsibility for the use of data on the 'controller' of such data. The ECJ ruled that Google as a search engine, not only is a processor of personal data, but is also a 'controller' within the meaning of the DPD as it located information published by third parties, indexed such information and ultimately made it available to users.[39] On that basis, the ECJ observed that name searches through the Google search engine potentially affects the individual's right to privacy and data protection in a significant way as 'that processing enables any internet user to obtain through the list of results a structured overview of the information relating to that individual that can be found on the internet – information which potentially concerns a vast number of aspects of his private life'.[40] Consequently, it held:[41]

> The operator of a search engine is obliged to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to web pages, published by third parties and containing information relating to that person, also in a case where that name or information is not erased beforehand or simultaneously from those web pages, and even, as the case may be, when its publication in itself on those pages is lawful.

By delivering the ruling in the *Google Spain* case, the ECJ practically recognised and enforced a new right which empowered data subjects to request erasure or removal of their personal information from the internet, thereby imposing a corresponding obligation on the search engine operators to conceal links to websites published by third parties that contain information on a person from the list of results displayed

37 As above. The AEPD asserted that 'the publication ... of the information in question was legally justified as it took place upon order of the Ministry of Labour and Social Affairs and was intended to give maximum publicity to the auction in order to secure as many bidders as possible'.

38 *Google Spain* (n 32) para 20(3).

39 *Google Spain* (n 32) para 41.

40 *Google Spain* (n 32) paras 80-81.

41 *Google Spain* (n 32) para 88.

after a search based on that person's name.[42] The ECJ summarily asserted the RTBF. The ECJ's judgment in the *Google Spain* case paved the way for the full-blown codification of the RTBF under the EU law. The RTBF is now expressly recognised under article 17 of the GDPR, which is discussed in the succeeding part.

2.4 Article 17 of the EU GDPR

Following the *Google Spain* case, the RTBF was codified under article 17 of the GDPR which is titled 'Right to erasure (right to be forgotten)'. The chapeau to article 17(1)(a) reverberates the RTBF as articulated in the *Google Spain* case and provides that '[t]he data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller shall have the obligation to erase personal data without undue delay'.[43]

However, the same provision clarifies that the RTBF is not absolute as it is only applicable in six circumstances,[44] including where the personal data is no longer necessary in the context of the purpose of its collection and procession; where personal data have been unlawfully collected; and where personal data has to be erased in compliance with other laws to which the controller is subject.

The underlying rationale of the right to erasure as provided in article 17(1) is that the data subject's personal information ought to be erased upon the presence of the above highlighted conditions among other conditions as specifically mentioned in the GDPR.[45] Further, article 17(2) places a positive obligation on the controller of personal data to take all reasonable steps to erase such information upon request and to inform third-party controllers of such request.

42 See E Frantziou 'Further developments in the right to be forgotten' (2014) 14 *Human Rights Law Review* 761; H Kranenbourg 'Google and the right to be forgotten' (2015) 1 *European Data Protection Law* 70.

43 GDPR art 17(1).

44 GDPR arts 17(1)(a)-(f).

45 Notably, art 4(1) of GDPR defines personal data as 'any information relating to an identified or identifiable natural person ("data subject")'. According to the EC, this information can be anything from a name, a photo, an email address, bank details, posts on social networking websites, medical information, or a computer's IP address' – see European Commission's press release announcing the proposed comprehensive reform of data protection rules, 25 January 2012, bing.com/ck/a?!&&p=edace6f6f0f584e1JmltdHM9MTY5MDU4ODgwMCZpZ3VpZD0xOTk1MWE0My1iNDFkLTY4NTYtMzkyMi0wOGUxYjU2ZjY5Y2YmaW5zaWQ9NTQzMA&ptn=3&hsh=3&fclid=19951a43-b41d-6856-3922-08e1b56f69cf&psq=European+Commission%27s+press+release+announcing+the+proposed+comprehensive+reform+of+data+protection+rules%2c+25+January+2012&u=a1aHR0cHM6Ly9lYy5ldXJvcGEuZXUvY29tbWlzc2lvbi9wcmVzc2Nvcm5lci9hcGkvZmlsZXMvZG9jdW1lbnQvcHJpbnQvZW4vaXBfMTJfNDYvSVBfMTJfNDZfRU4ucGRmIzp-OnReHQ9Q29tbWlzc2lvbiUyMHByb3Bvc2VzJTIwYSUyMGNvbXByZWhlbnNpdmUlMjByZWZvcm0lMjBvZiUyMGRhdGElMjBwcm90ZWN0aW9uLG9ubGluZSUyMHByaXZhY3klMjByaWdodHMlMjBhbmQlMjBib29zdCUyMEV1cm9wZSUyN3MlMjBkaWdpdGFsJTIwZWNvbm9teS4&ntb=1 (accessed 15 July 2023).

However, it is worth noting that the RTBF as envisaged under article 17 of the GDPR is not absolute as it is subject to the limitations identified in article 17(3). Article 17(3) expressly stipulates that the data subject's right is not applicable where the processing is necessary for 'exercising the right of freedom of expression and information'.[46] Article 17(3) further provides that the right to erasure shall not apply for a few other reasons such as compliance with a legal obligation; for reasons of public interest, public health, and reasons for scientific or historical research and legal defence. It follows that the right to erasure under article 17 of the GDPR must be proportionate to the legitimately recognised interests and rights, such as the right to freedom of expression. In the *Google Spain* case the ECJ confirmed that the fundamental right to erasure ordinarily trumps the economic interest of the operator of the search engine and the public interest in finding such information unless justified by 'preponderant interest of the general public in having ... access to the information'.[47]

3 RTBF AS A HUMAN RIGHT UNDER THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS SYSTEM

Under the United Nations (UN) human rights system the RTBF falls within the ambit of the right to privacy.[48] As Ramesh and Kancherla observed, the RTBF effectively affords individuals a certain level of control over their personal information and availability of such information for public perusal.[49] Although the RTBF cannot be located as a standalone fundamental human right under any United Nations legal instrument, the right to privacy is expressly recognised under article 12 of Universal Declaration of Human Rights (Universal Declaration)[50] and article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).[51] Article 12 of the Universal Declaration and article 17 of ICCPR are a mirror image of each other and they guarantee individuals' right to privacy and protection of the law against interference with the right to privacy.

The provisions of article 12 of the Universal Declaration and article 17 of ICCPR are both narrowly formulated and there is nothing much to be gleaned insofar as the scope of the right to privacy entails. Given that these instruments predate the digital age, it seems odd and inadequate

46 GDPR art 17(3)(a).

47 *Google Spain* (n 32) para 79. See also BVerfG, order of 6 November 2019, 1 BvR 16/13, press release 83/2019 of 27 November 2019 where the German Federal Constitutional Court applied the EU law and held that the RTBF had to be balanced with freedom of information and freedom of expression.

48 D McGoldrick 'Developments in the right to be forgotten' (2013) 13(4) *Human Rights Law Review* 761, 764.

49 H Ramesh & K Kancherla 'Unattainable balances: the right to be forgotten' (2020) 9(2) *National Law Institute University Law Review* 400, 402.

50 UN General Assembly Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948.

51 UN General Assembly International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966.

to rely on these provisions to effectively assert the RTBF and data protection in this digital age. Be that as it may, General Comment 16 of the UN Human Rights Committee (Committee)[52] sheds light on the extent of privacy in relation to electronic devices. In their interpretation of the right to privacy, the Committee recognises that the right to privacy guarantees against all interference and attacks from either the state or natural and legal persons.[53] The Committee further called upon states to 'adopt legislative and other measures to give effect to the prohibition against such interferences and attacks as well as to the protection of this right'.[54] Insofar as technology is concerned, General Comment 16 recognised that individuals should have a right to request rectification or elimination of personal information gathered on electronic devices that contain incorrect information or have been collected or processed contrary to the provisions of the law.

General Comment 16 implies that the right to privacy under article 17 of ICCPR essentially affords individuals the RTBF to the extent that personal information on digital devices such as computers and smartphones is inaccurate or was unlawfully obtained. In addition, the office of the UN High Commissioner for Human Rights (UNHCHR) recognised the implications manifest from the new data-driven technologies on the right to privacy and recommended promulgation of robust and comprehensive privacy laws protecting the right to privacy including data privacy.[55]

4 RTBF AS A HUMAN RIGHT UNDER THE AFRICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

Since the RTBF was developed under the EU laws, it is essential to investigate whether it is justiciable under the African human rights system. Unlike the EU, Africa does not have a treaty or regulatory framework specific to data protection. Nonetheless, the *Google Spain* case placed the RTBF under the umbrella of the right to privacy with respect to the processing of personal data.[56] It thus follows that an investigation into the justiciability of the RTBF under the African human rights system will require an investigation into the right to privacy and protection of personal information laws on the continent. The main human rights treaty applicable to the entire African continent is the African Charter. It established the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission)[57] that is mandated to, among others, interpret and apply the African Charter and to ensure

52 Human Rights Committee General Comment 16 (32nd session, 1994), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc.HRI\GEN\1\Rev.1 at 21 (1994) (General Comment 16).

53 General Comment 16 (n 52) para 1.

54 As above.

55 UN High Commissioner for Human Rights paras 61(a)-(b).

56 *Google Spain* (n 32) paras 53 & 58.

57 African Charter on Human and Peoples' Rights art 30.

the protection of human and peoples' rights.[58] The African Commission's role to interpret and apply the African Charter is complemented by the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) which shares the same responsibility.[59] The parts below thus discuss the justiciability of the RTBF under the African Charter.

4.1 The right to privacy and RTBF under the African human rights system

The African Charter is a progressive human rights instrument that includes a plethora of civil-political and socio-economic rights such as the rights to dignity,[60] security of person,[61] physical and mental health[62] and education.[63] However, it fails to provide for the right to privacy, despite this right being included in several international and other regional human rights instruments adopted before it. These include article 12 of the Universal Declaration; article 8 of the European Convention on Human Rights; and article 11 of the American Convention on Human Rights. Senegalese jurist and former judge of the International Court of Justice, Kéba M'baye, who is considered the father and drafter of the African Charter,[64] had included the right to privacy in his draft charter.[65] It is however not clear why this provision was not included in the final Charter which was adopted by African states in 1981. According to Plagis and Riemer,[66] the drafting of the African Charter was influenced by several factors, including 'the prominence of the notion of sovereignty; the focus on the African nature of the Charter; the tensions between the factions that supported civil and political rights and those that supported economic, social and cultural rights; and the minimalist approach to drafting a human rights treaty'.

These factors most likely contributed to the exclusion of the right to privacy and subsequently the RTBF. More so, in the late 1970s when the African Charter was being discussed by states, privacy concerns linked to technology and the internet were not yet as prominent as they are

58 African Charter on Human and Peoples' Rights arts 46-59.

59 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights art 3(1).

60 African Charter on Human and Peoples' Rights art 5.

61 African Charter on Human and Peoples' Rights art 6.

62 African Charter on Human and Peoples' Rights art 16.

63 African Charter on Human and Peoples' Rights art 17.

64 H Sipalla 'Towards an African professional history of international law: the life and work of Kéba M'baye' in F Viljoen, H Sipalla & F Adegalu (eds) *Exploring African approaches to international law: essays in honour of Kéba M'baye* (2022) 13.

65 Y Ayalew 'Untrodden paths towards the right to privacy in the digital era under African human rights law' (2022) 12 *International Data Privacy Law* 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3993942 (accessed 6 July 2023).

66 M Plagis & L Reimer 'From context to content of human rights: the drafting history of the African Charter on Human and Peoples' Rights and the enigma of article 7' (2021) 23 *Journal of the History of International Law* 556.

today. At that time the digital world was a mere dream. For example, the World Bank only started collecting data on internet usage around 1990,[67] and some reports suggest that in 1980, a year after the African Charter was drafted in Monrovia, only 200 people were connected to a much limited version of today's internet.[68] The biggest social media platform, Facebook, was launched 25 years after the African Charter. In this context, the RTBF would have not been within the view of the drafters of the African Charter.

Nine years after the African Charter was adopted by African Heads of State and Government, they adopted the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (African Children's Charter) that grants the right to privacy to African children. Article 10 provides as follows:[69]

> No child shall be subject to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, or to the attacks upon his honour or reputation, provided that parents or legal guardians shall have the right to exercise reasonable supervision over the conduct of their children. The child has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

While the African Children's Charter bestows a right to privacy, which is justiciable under the African human rights system, it is only applicable to children to the exclusion of adults. Notwithstanding the African Children's Charter's efforts to entrench children's right to privacy, privacy is a fundamental right which is equally important to children as it is to adults. The *lacuna* created by the African Charter to a large extent is filled by the constitutions of most African countries that provide for the full right to privacy.[70] This includes the Constitutions of Algeria,[71] Burundi,[72] Kenya,[73] Nigeria[74] and Zimbabwe.[75] These constitutions are buttressed by African states assenting to international instruments that provide for the right to privacy, in particular ICCPR.[76] More so, the interpretation and implementation of human rights under international and regional human rights instruments is guided and directed by different organs and agencies of the UN, such as General Comments of the Human Rights Committee and reports of Special Rapporteurs.

Despite the omission of the right to privacy and ancillary data protection rights under the African Charter, the RTBF is expressly

67 https://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.ZS?end=2021&start=1960&view=chart&year=1973 (accessed 19 July 2023).

68 https://www.computerhistory.org/internethistory/1980s/ (accessed 19 July 2023).

69 Organisation of African Unity (OAU) African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 11 July 1990.

70 A Singh & M Power 'The privacy awakening: the urgent need to harmonise the right to privacy in Africa' (2019) 3 *African Human Rights Yearbook* 202. Singh and Power point out that the constitutions of 52 out of 54 countries incorporate the right to privacy.

71 See art 47 of the Constitution of Algeria 2020.

72 See art 28 of the Constitution of Burundi 2018.

73 See art 31 of the Constitution of Kenya 2010.

74 See sec 37 of the Constitution of Nigeria 1999.

75 See sec 57 of the Constitution of Zimbabwe 2013.

76 ICCPR art 17.

recognised under the African Union Convention on Cybersecurity and Personal Data Protection 2014 (Malabo Convention).[77] Article 19 of the Malabo Convention refers the RTBF as the right to rectification or erasure and provides that '[a]ny natural person may demand that the data controller rectify, complete, update, block or erase, as the case may be, the personal data concerning him/her where such data are inaccurate, incomplete, equivocal or out of date, or use collection, use, disclosure or storage are prohibited'.

Although the Malabo Convention recognises the RTBF under article 19, it is not a binding and enforceable treat. This is because the Convention aims at harmonising cybersecurity and personal data protection legislation among AU member states and not to guarantee a human right upon a group of people.[78] More so, the prospects of states implementing the Malabo Convention are low as it has taken nine years for only 15 states to ratify it. As such, it only came into effect on 8 June 2023.[79]

Further, the Declaration of Principles on Freedom of Expression and Access to Information in Africa adopted by the African Commission on 10 November 2019 in The Gambia (Gambia Declaration) recognises every person's right to exercise autonomy in relation to their personal information.[80] Even though the Gambia Declaration was adopted in response to the developments of the internet age,[81] it does not expressly recognise an individual's RTBF. Instead, under principle 39(3), the Declaration provides that states shall impose on internet intermediaries the duty to mainstream human rights safeguards into their processes of filtering online content and ensuring transparency on all requests of the removal of content. Principle 39(4) further outlined circumstances under which it would be acceptable for states to require the removal of online content by internet intermediaries. A closer look at Principle 39 of the Gambia Declaration, it appears that it is not meant to buttress an individual's RTBF but rather to reinforce that states should not arbitrarily interfere with the individuals' right to access information online. However, principle 40(1) of the Gambia Declaration acknowledges every individual's right to privacy and protection of personal information and Principle 42(4) the right to exercise autonomy in relation to their personal information under which the RTBF may be inferred.

It follows that the *lex imperfecta* within the African Charter persists as the RTBF can only be read into the right to privacy provisions in different international instruments and the Malabo Convention, but the latter is only ratified by a few countries. The following parts show

77 Amnesty International *Malabo Protocol: legal and institutional implications of the merged and expanded African Court*, 22 January 2016 (Malabo Convention) art 19.

78 Malabo Convention, Preamble.

79 https://www.michalsons.com/blog/au-convention-on-cyber-security-and-personal-data-protection-malabo-convention/65281 (accessed 20 July 2023).

80 African Commission on Human and Peoples' Rights Declaration of Principles on Freedom of Expression and Access to Information (2019), Introduction.

81 As above.

how this *lex imperfecta* can be rectified through the reading of the RTBF into the African Charter through three methods.

4.2 Recognising the right to be forgotten under the *SERAC* principle

The RTBF may be justiciable under the African Charter by invoking the *SERAC* principle set in the African Commission's decision in *Social and Economic Rights Action Centre & Another v Nigeria* (*SERAC*).[82] The brief facts of the communication were that the military government of Nigeria had been directly involved in oil production through the state oil company, the Nigerian National Petroleum Company, the majority shareholder in a consortium with Shell Petroleum Development Corporation, and that these operations had caused environmental degradation and health problems resulting from the contamination of the environment among the Ogoni people. It was alleged that the oil consortium had disregarded the health or environment of local communities by dumping toxic waste into the environment and local waterways. It was further alleged that the Nigerian government had condoned the degradation by failing to take measures to protect the health and environment of the Ogoni people. Further, Nigerian security forces attacked Ogoni villages following lawful protests to the degradation of the health and environment, by the Ogoni people.

SERAC thus alleged that the Nigerian government's conduct violated, among others, the right to housing or shelter, and the right to food. Both these rights are not explicitly provided for under the African Charter. SERAC alleged that the right to housing or shelter is implicitly recognised by the African Charter as it could be read into article 14 (the right to property), article 16 (the right to physical and mental health), and article 18(1) (the right to family). The African Commission agreed with SERAC's assertions and held that:[83]

> Although the right to housing or shelter is not explicitly provided for under the African Charter, the corollary of the combination of the provisions protecting the right to enjoy the best attainable state of mental and physical health, cited under Article 16 above, the right to property, and the protection accorded to the family forbids the wanton destruction of shelter because when housing is destroyed, property, health, and family life are adversely affected. It is thus noted that the combined effect of Articles 14, 16 and 18(1) reads into the Charter a right to shelter or housing which the Nigerian Government has apparently violated.

SERAC further argued that the right to food is implicitly recognised under the African Charter as it could be read into article 4 (the right to life), article 16 (the right to physical and mental health), and article 22 (the right to economic, social and cultural development). The African Commission decided in SERAC's favour as it found that the right to food was inseparably linked to human dignity. The Commission held:[84]

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

83 *SERAC* (n 82) para 60.

84 *SERAC* (n 82) para 65.

> The right to food is inseparably linked to the dignity of human beings and is therefore essential for the enjoyment and fulfilment of such other rights as health, education, work and political participation. The African Charter and international law require and bind Nigeria to protect and improve existing food sources and to ensure access to adequate food for all citizens.

It therefore follows that a human right can be implicitly read into the African Charter if a violation of that right is tantamount to a violation of a combination of rights explicitly provided under the African Charter. In so far as the RTBF is concerned, we submit that it is inextricably linked to some of the rights expressly provided by the African Charter, which includes article 5 (right to dignity), article 9 (freedom of information and expression), article 10 (freedom of association), article 16 (right to physical and mental health), and article 22 (right to economic, social and cultural development).

The RTBF is premised on erasing or rectifying information that moulds public perception about people – thus its main focus is on the dignity and honour of a person. The right to dignity is an important right within the global human rights system. According to the Court in *Mugesera v Rwanda*[85] (*Mugesera* case) the purpose of protecting human rights is to preserve human dignity. Regarding a violation of article 5 of the African Charter in particular, the Court agreed with the Commission's view that it 'can be interpreted as extending to the broadest possible protection against abuse, whether physical or mental'.[86] In *International Pen v Nigeria* it was held that 'the prohibition in article 5 included not only actions which cause serious physical or psychological suffering, but also actions which humiliate the individual or force him or her to act against his will or conscience'.[87]

In considering whether the right to dignity protected in article 5 of the African Charter has been violated, the Court held that it considers that 'the cruelty or inhumanity of the treatment must involve a certain degree of physical or mental suffering on the part of the person, which depends on the duration of the treatment, the physical or psychological effects of the treatment, the sex, age and state of health of the person. All this must be analysed on a case-by-case basis.'[88]

The jurisprudence of the African Commission and African Court indicates that where a data processor or controller refuses to erase or rectify personal information which causes physical or mental suffering on a person it may be in violation of articles 5 and 16 of the African Charter. Take, for example, a newspaper article published on the internet that reveals the name and home address of an alleged fraudster. Even if such a person were to be acquitted by a competent court the newspaper article will remain on the internet available to readers forever. A simple search of the acquitted person's name will likely reveal the article containing allegations of fraudulent activities

85 *Mugesera v Rwanda* (judgment) (2020) 4 AfCLR 834 (*Mugesera*).

86 *Mugesera* (n 85) para 80.

87 *International Pen & Others (on behalf of Saro-Wiwa) v Nigeria* (2000) AHRLR 212 (ACHPR 1998), cited in *Zimbabwean Human Rights NGO Forum v Zimbabwe* (2006) AHRLR 128 (ACHPR 2006).

88 *Mugesera* (n 85) para 81.

thus imputing a reputation of criminal behaviour on the acquitted person. This in turn will cause serious mental suffering on the acquitted person as inaccurate information about them is available for the entire world to see. If their personal information is not erased, particularly their home address, this will likely lead to retribution from victims of the alleged fraud who may assume that the acquitted person 'got away with it'.

Article 9(1) of the African Charter provides that every individual shall have the right to receive information. Data processors protect and promote this right by providing information via the internet. However, it would undermine the purpose of granting a right to receive information if an individual was to receive inaccurate information or information that violates the dignity and honour of another. Furthermore, article 9(2) provides the right to freedom of expression. The African Court has on several instances held that the right to freedom of expression is fundamental to human development as it is the vehicle in which humans exchange opinions.[89] Information that is inaccurate or perpetuates the violation of human dignity cannot foster accurate or humane opinions. Subsequently, human development is undermined meaning that the right to freedom of expression would fail to achieve the purpose for its inclusion in the African Charter. More so, the right to freedom of expression is intrinsically linked to the right to freedom of association protected under article 10 of the African Charter. As such, a violation of article 9 can surmount to a violation of article 10 of the African Charter.[90]

Under article 22 of the African Charter all people have a right to their economic, social, and cultural development which is rooted in their freedom and identity. Jurisprudence on the African Charter shows that where a person is disrupted from participating in their own economic, social and cultural development such conduct may constitute a violation of article 22.[91] It thus follows that when information available on the internet disrupts a person from participating in activities that bring about their economic, social or cultural development it may violate article 22. Human rights are interdependent and the number of rights under the African Charter that may possibly be violated by violating the RTBF cannot be exhausted in this article. Needless to say, it is important that the RTBF is proportionally protected, and this should be done within the confines of the law. Generally, this ought to be within boundaries granting the

89 See *Ajavon v Benin* (2020) 4 AfCLR 133; *Umuhoza v Rwanda* (Merits) (2017) 2 AfCLR 165; *Zimbabwean Human Rights NGO Forum v Zimbabwe* (2006) AHRLR 128 (ACHPR 2006).

90 *Zimbabwean Human Rights NGO Forum* (n 89).

91 See *African Commission on Human and Peoples' Rights v Kenya* (Merits) (2017) 2 AfCLR 9; *XYZ v Benin* (Judgment) (2020) 4 AfCLR 83; *Good v Botswana* (2010) AHRLR 43 (ACHPR 2010); African Commission on Human and Peoples' Rights Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights adopted in November 2010 at the 48th ordinary session.

erasure or rectification of information available on the internet that is incorrect, inaccurate, outdated or perpetuates the violation of human dignity and honour.

4.3 Recognising the right to be forgotten under the progressive application principle

Articles 60 and 61 of the African Charter provide flexibility in interpreting and applying human rights by the African Commission and the African Court when called upon to do so. Both articles enable the Commission and the Court to draw inspiration from international human rights law when interpreting, applying or developing human rights under the African Charter. Article 60 of the African Charter essentially affords the Commission and the Court by extension the liberty to draw motivation from various instruments on human and peoples' rights, including the Universal Declaration, UN instruments and other human rights instruments adopted by African countries such as those adopted by the regional economic communities (RECs).

Article 61 of the African Charter supplements the provisions of article 60 as it allows the African Commission and the African Court to consider – when called upon to do so – the applicable rules laid down by other general and international conventions recognised by AU member states, general African practices aligned to international norms on human rights, customary law, general principles of law recognised by African states and judicial precedents.

The purpose of including the above provisions in the African Charter is to provide the Court and the Commission in its general role of promoting human and peoples' rights with a source for contemporary human rights standards whenever the African Charter does not contain applicable human rights provisions.[92] In *Good v Botswana* it was held that the African Charter must be interpreted in light of international norms and consistently with the approach of the other regional and international human rights bodies.[93] The Court has on several occasions borrowed from different international instruments and other regional human rights courts or forums. It has frequently referred to judgements of the ECJ.[94] In the context of RTBF, this means that the Court can cure the *lex imperfecta* created by the African Charter by referring to the jurisprudence of the ECJ on the RTBF in its advisory opinions when called upon to do so, particularly the *Google Spain* case discussed above. More so, while the Convention on Data Protection 1981, which was succeeded by the GDPR, is a European treaty, five African countries have signed the treaty, namely,

92 R Murray *The African Charter on Human and Peoples' Rights: a commentary* (2019) 782.

93 *Good v Botswana* (n 91) para 113.

94 See *William v Tanzania* (Merits) (2018) 2 AfCLR 426; *Kambole v Tanzania* (Judgment) (2020) 4 AfCLR 460; *Bissangou v Republic of Congo* (2006) AHRLR 80 (ACHPR 2006) 74.

Cabo Verde, Mauritius, Morocco, Senegal and Tunisia.[95] Burkina Faso has also requested to accede to the treaty.[96] Over and above the Malabo Convention and the Gambia Declaration, this shows that African states and the African Union are recognising the need for a regulated autonomy over personal data on the internet.

4.4 Adopting the RTBF under the Vienna Convention

Whenever an international court or other international dispute settlement body has to interpret and apply an international treaty it must do so in terms of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). The VCLT has played a critical role in assisting the Commission and later the Court in the interpretation and application of the African Charter. In its deliberations the African Court has on several instances adopted and adhered to article 31 of the VCLT,[97] which requires a holistic approach to interpreting and applying treaty provisions. Article 31 of the VCLT provides for contextual interpretation of the treaty considering its objects and purpose.[98] Article 31 of the VCLT further provides that together with the context of the treaty, the relevant rules of international law applicable between the parties' relations and subsequent agreement and practice in the interpretation and application of the treaty shall be taken into account.[99]

As far as locating the RTBF under the African Charter is concerned, this means that the African Charter must be interpreted holistically as an instrument which aims to, as enunciated in its preamble, promote and protect human rights in Africa and that such rights are not limited to those contained in the African Charter only. The approach of the Commission in the *SERAC* case shows that the African Charter is not the beginning and end of all human rights in Africa. More so, where some human rights provisions are non-existent in the African Charter they can be drawn from the subsequent agreements or actions of the parties to the African Charter. The International Law Commission's Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to The Interpretation of Treaties 2018 (Draft Conclusions) provide for an expanded meaning to subsequent agreements and practices.[100] The Draft Conclusions extend the meaning to include external and internal acts of parties to the treaties. This includes legislative acts, executive acts, judicial acts, official acts, voting in

95 https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=108 (accessed 25 July 2023).

96 http://rm.coe.int/doc/0900001680700194 (accessed 25 July 2023).

97 See Request for Advisory Opinion by the Socio-Economic Rights and Accountability Project (Advisory Opinion) (2017) 2 AfCLR 572; *Mkandawire v Malawi* (review and interpretation) (2014) 1 AfCLR 299; *Good v Botswana* (n 91) para 113.

98 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 (VCLT) art 31(1).

99 VCLT art 33(3).

100 These draft conclusions are binding on the Court in terms of art 61 of the African Charter.

international organisations and pronouncements of expert treaty bodies. In this context, the Malabo Convention and the Gambia Declaration are prime examples of a subsequent agreement and practice advocating for the RTBF and personal data autonomy to be applied and recognised in Africa.

Moreover, different legislative efforts show that the RTBF is being adopted in African states. Data protection legislations in Ghana,[101] Kenya,[102] Nigeria,[103] South Africa[104] and Zimbabwe[105] show that African states are adopting the RTBF as part and parcel of their domestic law. However, there is no universal approach to the inclusion of the right.

4.5 Challenges to enforcing RTBF

Although the RTBF possibly is justiciable through inference from the privacy provisions under the above-highlighted treaties and conventions, the fact that the right is not expressly recognised exposes it to some implementation barriers. The inference of the right from the inter-linked rights deprives individuals, the domestic courts and the African Commission of the broader understanding of the scope and limitations of the RTBF. With the exception of the Malabo Convention, all other instruments under which the RTBF may be inferred do not outline the nature of personal data that can be erased and/or the circumstances of removal. In terms of article 19 of the Malabo Convention, for the RTBF to be enforced, the personal data must be 'inaccurate, incomplete, equivocal or out of date, or [its] use collection, use, disclosure or storage are prohibited'.[106] However, some concepts such as 'equivocal or out of date' are not universally defined nor is there any established precedent on what constitutes equivocal or out of date data. This quandary becomes more apparent when removal or erasure concerns newspaper articles, considering that newspapers also serve as archives of historical data on past events for research and statistical purposes.[107] Thus, it is difficult to draw a line on when newspaper articles are considered out of date.

101 See the Data Protection Act 2012 (Act 843) sec 44.

102 See the Data Protection Act 24 of 2019 (Act 843) sec 40.

103 See Nigeria Data Protection Act 2023 sec 34(1)(a)(v).

104 See Protection of Personal Information Act 4 of 2013 sec 18(1)(h)(iii).

105 See Data Protection Act 5 of 2021 sec 13(f).

106 Malabo Convention art 19.

107 FU Ahmed 'Right to be forgotten: a critique of the post-Costeja Gonzalez paradigm' (2015) 21(6) *Computer and Telecommunications Law Review* 175, 182. See also R Franzosi 'The press as a source of socio-historical data: issues in the methodology of data collection from newspapers' (1987) 20(1) *Historical Methods: A Journal of Quantitative and Interdisciplinary History* 5.

Moreover, the absence of a clearly defined scope and limitations of RTBF sets it up for a clash with other established rights such as the right to freedom and expression on the internet and access to information.[108] The enforcement of the RTBF without guiding parameters can potentially have negative repercussions on free speech on the internet as it may lead to removal of necessary and important public interest information. For example, Google previously acknowledged to have erroneously removed links to some newspaper articles by the *Guardian* newspaper.[109] Thus, reading the RTBF in the African Charter without giving it content and guarding it against malpractice, renders it susceptible to abuse.

Another challenge to the implementation of the RTBF in Africa is the jurisdictional issue. Notwithstanding that some African states have adopted national laws expressly providing for the RTBF, its enforcement remains a challenge considering the borderless nature of the internet and the fact that corporations that control personal data on the internet such as Google have no offices in most African countries.[110] Thus, should corporations that control personal data refuse to honour the request to remove links to personal data, individuals in most African countries cannot enforce the right in their municipal courts due to jurisdiction barriers unless those corporations agree to submit to domestic jurisdiction. In the matter of *X v Privacy Commissioner of Personal Data*[111] the Hong Kong Administrative Appeals Board (AAB) was, among others, tasked with determining the territorial boundary of Hong Kong's Personal Data (Privacy) Ordinance (PDPO) within the context of the RTBF. The AAB upheld the decision of the Privacy Commissioner that the territorial jurisdiction of the PDPO is only limited to the data controllers operating or situated in Hong Kong. In this instance, the data controller was Google LLC and was operating from the United States of America and not in Hong Kong, hence it had no obligation to remove online content in Hong Kong on the sole ground of RTBF.[112] Given that data-controlling corporations operate outside of most African countries, most subjects of personal data in Africa may run in the same predicament as the data subjects in Hong Kong. However, data subjects can still enforce the RTBF in national courts as precedent in Latin America shows that in most cases data controlling corporations easily submit to the national jurisdictions.[113]

108 M Fazlioglu 'Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the internet' (2013) *3*(3) *International Data Privacy Law* 149, 153.

109 J Ball 'Google admits to errors over Guardian "right to be forgotten" link deletions' *The Guardian* (2014), http://www.theguardian.com/technology/2014/jul/10/google-admits-errors-guardian-right-to-be-forgotten-deletions (accessed 17 September 2023).

110 Eg, Google has only one office in the entire Africa situated in Johannesburg, South Africa.

111 *X v Privacy Commissioner of Personal Data* (Appeal 15/2019) (*Privacy Commissioner* case).

112 *Privacy Commissioner* case (n 111) para 57.

113 See *DCV v Yahoo de Argentina SRL y otro s/ Daños y Perjuicios*, (National Civil Appeals Chamber) 10 August 2010; *Peña Maria Florencia v Google s/Art. 250 CPC Incidente* Civil (National First Instance Civil Court 72) file 35.613/2013;

Notwithstanding the above challenges, the regulated RTBF is essential in the digital age to counter the damning impact of perpetual storage of data on the right to self-autonomy over personal information and susceptibility to misuse and misinterpretation.[114] Currently, the RTBF under the right of privacy or as a stand-alone right is recognised in a fragmented manner across the African human rights system, hence inadequately protected. The recognition of the RTBF by reading it into the African Charter is essential as it would create a pathway for robust law reforms related to the protection and autonomy over personal data in Africa's national jurisdictions.[115] As Singh and Power advanced, the prevalence of the African Charter in the African human rights system rendered it 'both a binding and persuasive advocacy tool'.[116] The superior status the African Charter enjoys in the African human rights system justifies the need for the RTBF to be recognised as part and parcel of the Charter to ensure adequate protection. The recognition of the RTBF under the Charter will further enable the African Commission to carry out its general role of promoting human and peoples' rights by providing soft law guidance to the realisation of the RTBF through declarations and model laws.

5 CONCLUSION

The times and technology are constantly evolving and raising new issues that human beings had not previously contemplated. Just as they are evolving, so must the human rights landscape, particularly in Africa where the significant majority is the youth. The preceding discussion shows how the African Charter is lagging behind technological advancement by not recognising privacy rights, let alone the RTBF. Millions of Africans exchange personal data over the internet daily, thereby placing themselves in a situation where their personal data will adversely affect their dignity in the near future but without legal recourse. It is sacrosanct that the RTBF be promoted and protected under the African human rights system. The justiciability of the RTBF under the African Charter bolsters the protection and reinforcement of several human rights in the African Charter, particularly the right to dignity as the RTBF is interlinked to multifarious other rights.

The article shows that the RTBF is not an abstract idea but a real-world phenomenon that has been justiciable in Europe for nearly a decade. African human rights practitioners can take a leaf from the EU jurisprudence in developing and adapting the RTBF to the African context. However, a fully-developed RTBF must not grant an unfettered right to rectify or erase personal information in the public domain but be a right exercised within certain legal limits in order to establish an equilibrium with competing rights such as the right to

Da Cunha, Virginia v Yahoo de Argentina SRLY otro s/ daños y perjuicios (National Supreme Court of Justice) 30 December 2014.

114 See para 1 above.

115 Singh & Power (n 75) 219.

116 As above.

freedom of expression and access to information. Further research still needs to be carried out to see what such limits to the right can be in Africa. For example, unlike in the EU, the African Charter in chapter 2 requires that any rights be exercised with due regard to the duties an individual owes to society. This is an area that still needs to be explored. Nonetheless, the right can at present be realised under the African Charter through applying the *SERAC* principle, progressive application principle under articles 60 and 61, and adopting a holistic approach to the interpretation of the African Charter. The adoption of the RTBF under domestic legislation in different African jurisdictions shows that different states recognise the need to respond to the evolution of the online landscape and grant citizens autonomy over the availability of their personal information within the public domain and particularly, the online world.

Les réparations non-pécuniaires dans la pratique de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

*Pierre Jourdain**
https://orcid.org/0009-0000-7985-4102

RÉSUMÉ: Cet article part du constat que les réparations non-pécuniaires revêtent une importance substantielle en matière de protection des droits de l'homme et que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples aborde systématiquement – d'une manière ou d'une autre – la question dans ses arrêts. À partir de cette observation liminaire, il est proposé d'analyser la pratique de la Cour en la matière à travers le prisme du droit international général afin d'en déceler les aspects communs aux autres juridictions internationales et ceux qui le sont moins. Des fonctions qu'elle confère aux mesures de réparation non-pécuniaire jusqu'aux conditions qu'elle pose à leur octroi, la Cour suit généralement les conceptions du droit général de la responsabilité internationale en matière de réparations non-pécuniaires nonobstant d'importantes spécificités dans le rôle informatif qu'elle confère à la satisfaction et la manière dont elle se détache parfois des demandes des requérants pour ordonner des mesures de réparation non-pécuniaires *suo motu*. De telles caractéristiques ne se retrouvent que dans la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui constitue, à cet égard, la plus proche voisine de la Cour africaine.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

Non-pecuniary reparations in the practice of the African Court of Human and Peoples' Rights

ABSTRACT: This article is based on the observation that non-pecuniary reparations are of substantial importance in the protection of human rights, and that the African Court on Human and Peoples' Rights systematically addresses the issue – in one way or another – in its judgments. On the basis of this introductory observation, this article aims to analyse the Court's practice in this area through the prism of general international law in order to identify the aspects that are common to other international jurisdictions and those that are less so. From the functions that it gives to non-pecuniary reparation measures to the conditions that it imposes on their grant, the Court generally follows the concepts of the general law of international responsibility as regards non-pecuniary reparation, notwithstanding important specificities in the informative role that it confers on satisfaction and the way in which it sometimes departs from the applicants' claims in order to order *suo motu* non-pecuniary reparation measures. Such characteristics are found only in the practice of the Inter-American Court of Human Rights, which is the African Court's closest neighbour in this respect.

MOTS-CLÉS: réparation, réparations non-pécuniaires, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, contentieux international, satisfaction, restitution

* Doctorant contractuel à l'Institut des hautes études internationales, Université Paris-Panthéon-Assas.

P Jourdain 'Les réparations non-pécuniaires dans la pratique de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2023) 7 *Annuaire africain des droits de l'homme* 116-136
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a6

SOMMAIRE:

1 Introduction 117
2 Les roles des mesures de reparation non-pecuniaires 119
2.1 Une approche classique de la restitution 119
2.2 Une approche plus singulière de la satisfaction 123
3 Les conditions d'octroi des mesures de reparation non-pecuniaires 128
3.1 Le rapport commun de la Cour à l'obligation de réparer des États responsables 128
3.2 Le rapport singulier de la Cour à la demande du requérant 132
4 Conclusion 136

1 INTRODUCTION

La réparation des préjudices issus de violations des droits de l'homme ne se prête pas toujours à l'indemnisation. La libération d'un prisonnier, l'abrogation d'une loi liberticide ou l'abandon d'un projet d'urbanisme portant atteinte à la santé des membres d'une population autochtone sont, par exemple, des mesures imparfaitement remplaçables par une somme d'argent. Dans ces situations, au demeurant fréquentes en matière de protection des droits de l'homme, les mesures de réparation non-pécuniaires revêtent une importance substantielle.

Les mesures de réparation non-pécuniaires forment, comme leur nom l'indique, une catégorie négative de mesures de réparation. Elles regroupent en principe toutes les mesures ne consistant pas en une indemnisation (entendue comme «l'opération qui consiste dans le versement d'une somme d'argent pour réparer le dommage subi par la victime d'un fait illicite»).[1] Plus précisément, il est coutumièrement admis qu'il s'agit des mesures de restitution et de satisfaction.[2] En droit de la responsabilité internationale, la restitution se définit comme le «mode de réparation d'un dommage causé par un fait internationalement illicite consistant dans le rétablissement de la situation existant avant la survenance de ce fait».[3] La satisfaction est, quant à elle, définie comme une «forme de réparation consistant en un avantage d'ordre moral destiné à compenser un préjudice, en général moral, causé par un fait internationalement illicite».[4] Les garanties de non-répétition ne constituent donc théoriquement pas des mesures de réparation non-pécuniaires. En effet, dans le projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite les garanties de non-répétitions sont nettement séparées de l'obligation de réparation.[5] Pourtant, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (la Cour ou la Cour africaine) semble les

1 J Salmon (dir) *Dictionnaire de droit international public* (2001) 569.

2 Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite article 34.

3 Salmon (n 1) 1006.

4 Salmon (n 1) 1019.

5 Elles se situent dans des articles distincts (articles 30 et 31) et les garanties de non-répétition sont absentes du chapitre II de la deuxième partie portant sur la réparation du préjudice.

considérer comme telles.[6] Ce rapprochement est principalement opéré lorsque les garanties en cause sont particulièrement individualisées.[7] Malgré cela, cette étude ne porte pas directement sur les garanties de non-répétition en tant que telles. Quant à l'obligation de cessation de l'illicite en cas de fait internationalement illicite continu, son traitement est en principe lui aussi autonome de la réparation mais, comme nous le verrons ci-dessous, la pratique de la Cour invite à la rapprocher de la restitution. À ce titre, elle sera abordée dans la présente contribution.

La compétence de la Cour en matière de réparations non-pécuniaires est tirée de l'article 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 (le Protocole). Selon ce paragraphe:

> 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.

Le Protocole différencie donc «le paiement d'une juste compensation» et «l'octroi d'une réparation». Cette distinction est troublante du point de vue du droit international général étant donné que la «juste compensation» semble faire référence à une indemnisation. Or, l'indemnisation est, selon les termes du projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite, une composante de la «réparation».[8] Mentionner simplement l'octroi d'une réparation adéquate aurait été suffisant et univoque au regard du droit international général. Toutefois, cette caractéristique constitue davantage une curiosité légistique qu'une singularité dans le fonctionnement de la Cour. En toute hypothèse, la Cour peut ordonner des mesures de restitution, d'indemnisation et de satisfaction.[9] Il faut par ailleurs noter que le système africain de protection des droits de l'homme n'est pas le seul à adopter des formulations équivoques en matière de réparation. Encore récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a interprété les termes «satisfaction équitable» de l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme comme synonyme d'indemnisation alors que l'indemnisation et la satisfaction sont deux modalités de réparation tout à fait distinctes en droit international général.[10]

La Cour est couramment confrontée aux questions de réparations non-pécuniaires. Presque tous ses arrêts relatifs aux réparations abordent d'une manière ou d'une autre et avec plus ou moins de détails la question. Partant, il est possible que celle-ci ait développé une

6 *Bob Chacha Wangwe et Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie* (fond et réparations) arrêt du 13 juin 2023 requête n°011/2020 para 135.

7 *Nyionzima Augustine c. Tanzanie* (fond et réparations) arrêt du 13 juin 2023 requête n°058/2016 para 145.

8 Article 34 (n 2).

9 *Belgeith c. Tunisie* (fond et réparations) arrêt du 22 septembre 2022 requête n°017/2021 para 135; *Ajavon c. Bénin* (fond et réparations) (2020) 4 RJCA 134 para 350.

10 *Géorgie c. Russie (II)* CEDH (24 avril 2023) paras 34-48; sur la distinction entre indemnisation et satisfaction voir articles 36 et 37 (n 2).

pratique singulière en matière de réparations non-pécuniaires. Plus spécifiquement, il est possible que la Cour adopte des typologies, des standards et des approches de telles mesures de réparations qui se distinguent de celles qui sont employées en droit international général et devant les autres juridictions internationales. Il convient donc de déterminer si la pratique de la Cour en matière de mesures de réparations non-pécuniaires dispose de certaines spécificités et, le cas échéant, d'en relever les caractéristiques.

Pour ce faire, il faut apprécier la manière dont la Cour mobilise et s'approprie les différentes mesures de réparation non-pécuniaires de droit international général. Cela revient à déterminer les différents rôles qu'elle attribue à ces mesures mais également aux différentes conditions qu'elle retient pour les octroyer.

2 LES ROLES DES MESURES DE REPARATION NON-PECUNIAIRES

Il apparaît bienvenu de commencer par mettre en évidence les fonctions que la Cour attribue aux différents modes de réparation non-pécuniaire qu'elle octroie; c'est-à-dire, comme explicité dans l'introduction, la restitution et la satisfaction.

2.1 Une approche classique de la restitution

La Cour confère un rôle classique à la restitution. Elle permet le rétablissement de la situation antérieure. Toutefois, ce rôle implique que les mesures de restitution qu'elle octroie puissent aussi être interprétées comme des obligations de cessation du fait internationalement illicite lorsque celui-ci n'a pas cessé.

2.1.1 La fonction de rétablissement de la situation antérieure

C'est la fonction classique de la restitution. La Cour l'épouse pleinement dans l'affaire *Rashidi c. Tanzanie* dans laquelle elle rappelle que «l'objectif généralement admis pour la restitution est [...] de rétablir le Requérant dans la situation antérieure aux violations».[11] Elle parle également, dans un sens similaire, de restauration du *status quo ante*.[12]

Ici, la Cour ne s'écarte pas des canons du droit international général. Ceux-ci se sont notamment manifestés l'arrêt de fond de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* selon lequel «la réparation doit, autant que possible, effacer

11 *Rashidi c. Tanzanie* (fond et réparations) (2019) 3 RJCA 13 para 142.

12 *Amir Ramadhani c. Tanzanie* (réparations) arrêt du 25 juin 2021 requête n°010/2015 para 37.

toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis».[13] En effet, c'est ce *dictum*, lui-même dégagé de la pratique des tribunaux arbitraux, qui s'est imposé pour apprécier la restitution en nature en droit international général. Il a, notamment, grandement influencé le projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite définissant la restitution comme «le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait internationalement illicite ne soit commis».[14] Le Dictionnaire de droit international public définit la restitution, dans le même sens, comme un «mode de réparation d'un dommage causé par un fait internationalement illicite consistant dans le rétablissement de la situation existant avant la survenance de ce fait».[15] Partant, la Cour est alignée sur le droit international général en la matière.

Quels types de mesures de restitution peut octroyer la Cour? En droit international général ces mesures sont parfois distinguées en deux catégories: les restitutions matérielles et les restitutions juridiques.[16] Les premières consisteraient en la restitution de biens et les secondes en la restitution de situations juridiques. Cette distinction est purement didactique et n'a pas d'incidence pratique. La Commission du droit international semble n'y avoir vu qu'une manière de décrire certaines restitutions sans leur octroyer de régimes distincts pour autant.[17] De plus, la terminologie employée est insatisfaisante étant donné que les restitutions matérielles sont tout aussi juridiques que les restitutions juridiques (puisque ce sont des mesures de restitutions c'est-à-dire des obligations secondaires et donc nécessairement juridiques). Ainsi, la distinction entre restitutions patrimoniales et non-patrimoniales paraît plus pertinente.

En toute hypothèse, la Cour octroie ces deux types de mesures de restitution selon leur pertinence variant d'un cas d'espèce à l'autre. Ainsi, la Cour peut demander à l'État de lever des saisies effectuées sur des comptes bancaires,[18] sur des oppositions d'exécutions bancaires,[19] sur des interdictions de médias[20] ou demander le rétablissement de passeports.[21] Elle prend donc un spectre assez large de mesures ayant pour point commun leur fonction de rétablissement de la situation antérieure à la survenance du fait internationalement illicite.

13 *Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)* CPJI (13 septembre 1928) série A n°17 47.

14 Article 35 (n 2).

15 Salmon (n 1) 1006.

16 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État et commentaires y relatif *Annuaire de la Commission du droit international* vol II deuxième partie A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 103-104; B Sabahi *Compensation and restitution in investor-state arbitration. principles and practice* (2011) 65-86.

17 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État et commentaires y relatif (n 16) 103-104.

18 *Ajavon c. Bénin* (réparations) (2019) 3 RJCA 205 para 111.

19 *Ajavon c. Bénin* (n 18) paras 116-117.

20 *Ajavon c. Bénin* (n 18) para 121.

21 *Gihana c. Rwanda* (fond et réparations) (2019) 3 RJCA 680 paras 147-148.

2.1.2 La relation avec la cessation de l'illicite

Le droit de la responsabilité internationale est confronté à une difficulté théorique qui a été rencontrée par la Commission du droit international lors de la codification du droit de la responsabilité internationale et à laquelle la Cour n'échappe pas. D'une part, il existe une obligation de cessation de l'illicite apparemment autonome en droit international général et codifiée par la Commission du droit international.[22] D'autre part, il existe une obligation de restitution qui implique de restaurer la situation antérieure à la survenance du fait internationalement illicite.[23] S'il s'agit de deux obligations conceptuellement distinctes, dans les hypothèses de faits internationalement illicites dits continus (par exemple le maintien de l'application d'une loi internationalement illicite) l'obligation de cessation de l'illicite et l'obligation de restitution se confondent partiellement. C'est-à-dire que l'État est potentiellement tenu de cesser son comportement au titre des deux types d'obligations secondaires. Le professeur Gaetano Arangio-Ruiz, alors rapporteur spécial du projet de codification sur la responsabilité des États, l'a expressément mis en évidence dans son rapport préliminaire. Il y soutient qu'en

> ce qui concerne l'interprétation de certaines mesures – comme la libération de personnes ou la restitution d'objets ou de marchandises, y compris de navires ou d'aéronefs –, il ne semble pas qu'il soit correct d'y voir simplement des cas de cessation du fait ou du comportement illicite. Ces mesures semblent, à coup sûr, impliquer – et, en tout cas, constituer – à la fois une cessation du comportement illicite et une restitution en nature. La restitution en nature est ainsi absorbée pour ainsi dire dans la cessation et vice versa.[24]

Cette équivocité ne sera jamais véritablement résolue par la Commission du droit international. Elle est notamment reconnue dans le commentaire de l'article 30 du projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite selon lequel

> la question de la cessation est souvent étroitement liée à celle de la réparation et en particulier de la restitution. Le résultat de la cessation est parfois impossible à distinguer de la restitution, par exemple dans les cas impliquant la libération d'otages ou la restitution d'objets ou de locaux confisqués.[25]

La principale conséquence pratique de cette équivocité réside dans la possibilité de substituer la cessation du fait illicite par une indemnisation.[26] S'il s'agit d'une composante de la restitution alors

22 L'obligation de cessation de l'illicite est présentée dans l'article 30(a) du projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite tandis que l'obligation de réparer est présentée dans l'article 31.

23 Article 35 (n 2).

24 Rapport préliminaire sur la responsabilité des États par M Gaetano Arangio-Ruiz Rapporteur spécial A/CN.4/416 para 109.

25 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État et commentaires y relatif (n 16) 95.

26 V Bailly *La cessation de l'illicite en droit international* (2015) 176.

c'est une possibilité théoriquement admise dans certains cas[27] tandis que s'il s'agit d'une obligation autonome ce n'est jamais possible.

Quelle est la position de la Cour vis-à-vis de cette difficulté théorique? Bien qu'elle connaisse et utilise la notion de fait internationalement illicite continu pour déterminer sa compétence *ratione temporis*,[28] la Cour ne conçoit pas de tels faits comme entraînant une obligation autonome de cessation de l'illicite. Elle aborde plutôt cette obligation comme une modalité de la restitution. La Cour est particulièrement univoque en la matière lorsque, dans l'affaire *Belgeith c. Tunisie*, elle «ordonne à l'État défendeur d'abroger les décrets présidentiels [conventionnellement illicites] à titre de mesure de restitution».[29] L'obligation mentionnée est bien relative à la restitution et non à la cessation de l'illicite de manière autonome. Dans l'affaire *Rashidi c. Tanzanie*, «[l]a Cour tient à rappeler que l'objectif généralement admis pour la restitution est de *mettre fin aux violations en cours* et de rétablir le Requérant dans la situation antérieure aux violations»[30] (nous soulignons). Ici aussi la cessation de l'illicite est univoquement une modalité de la restitution. Dans l'affaire *Ajavon c. Bénin*, la Cour traite dans la partie «réparations non-pécuniaires» de l'arrêt la question de l'exécution d'un autre arrêt qu'elle a rendu antérieurement.[31] Dans le même sens, la Cour a traité la question de la modification d'une loi ivoirienne «pour la rendre conforme aux instruments auxquels [la Côte d'Ivoire] est partie» dans la partie «réparation» de son arrêt.[32] La cessation de l'illicite apparaît donc incluse dans la notion de restitution.

Il est essentiel de souligner que concevoir des mesures assimilables à des obligations de cessation de l'illicite comme des mesures de restitution n'est pas une position unanimement adoptée en droit de la responsabilité internationale contemporain.[33] Une pratique similaire à celle de la Cour est toutefois remarquable dans la jurisprudence récente de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Par exemple, dans l'affaire *Dial et al c. Trinité-et-Tobago*, celle-ci a traité dans la partie «restitution» de son arrêt l'obligation de réexaminer un jugement de droit interne n'ayant pas respecté les garanties judiciaires reconnues par la Convention interaméricaine des droits de l'homme.[34]

27 Si ladite restitution est matériellement impossible ou si elle entraîne une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation. Voir article 35 (n 2).

28 Voir par exemple *Ayants droits de feus Norbert Zongo et al c. Burkina Faso* (exceptions préliminaires) (2013) 1 RJCA 204 para 66; voir aussi S Cassella 'L'apport de la jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples au droit international général' in G le Floch (dir) *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples* (2023) 267.

29 *Belgeith c. Tunisie* (n 9) para 134.

30 *Rashidi c. Tanzanie* (n 11) para 142.

31 *Ajavon c. Bénin* (fond et réparations) arrêt du 29 mars 2021 requête n°065/2019 paras 171-174.

32 *Suy Bi Gohore c. Côte d'Ivoire* (fond et réparations) (2020) 4 RJCA 411 para 265.

33 Bailly (n 26) 215-219.

34 *Dial et al c. Trinité-et-Tobago* CIADH (21 novembre 2022) série C n°476 para 85.

Comme nous le soulignions plus haut, la conséquence d'inclure cette cessation comme composante de la restitution se situe dans la possibilité théorique de substituer une indemnisation à la cessation de l'illicite dans certaines hypothèses (puisque cette dernière est une simple modalité de réparation). Toutefois, cette possibilité théorique ne signifie pas que la Cour tende systématiquement à préférer l'indemnisation à l'obligation d'abrogation ou d'annulation d'actes de droit interne qualifiés comme internationalement illicites. Bien au contraire, cette éventualité ne s'est encore jamais concrétisée de manière expresse. On retrouve néanmoins une trace de cette possibilité dans l'affaire *Rashidi c. Tanzanie* dans laquelle la Cour a pris en considération le fait que le demandeur préférait une indemnisation à l'obligation d'annulation de sa peine et sa remise en liberté bien qu'elle n'ait pas fait droit à cette demande pour des considérations d'espèce.[35]

De manière plus singulière, dans l'affaire *Ajavon c. Bénin*, la Cour a considéré qu'obliger l'État à abroger ou modifier une loi pour qu'elle soit conforme à ses obligations internationales s'analysait comme une garantie de non-répétition.[36] Cette position combinée à celle qui a été relevée ci-dessus invite à penser que la Cour ne raisonne jamais en termes d'obligation de cessation de l'illicite autonome mais traite cette notion par le biais d'autres notions plus ou moins voisines c'est-à-dire la restitution et les garanties de non-répétition. La conséquence du recours à la notion de garantie de non-répétition est qu'il s'agit de mesures exceptionnelles tandis que l'obligation de cessation de l'illicite autonome est systématique et ne disparaît qu'avec le fait illicite lui-même. En toute hypothèse, cette assimilation aux garanties de non-répétition est une exception dans la pratique de la Cour.

2.2 Une approche plus singulière de la satisfaction

La satisfaction est une notion qui peut revêtir de nombreuses formes. Selon l'article 37(2) du projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite, il peut s'agir d'une «reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles». Il semble donc s'agir principalement d'une forme d'excuse ou du moins de reconnaissance des torts. Il ressort toutefois de la pratique de la Cour que celle-ci lui prête avant tout une fonction informative. Elle considère par ailleurs, et comme c'est souvent le cas en contentieux international, que ses arrêts peuvent constituer en eux-mêmes des mesures de satisfaction ce qui entraîne des difficultés théoriques au demeurant assez courantes. Plus récemment, on observe également un usage de la satisfaction en tant que mesure de distribution de l'indemnisation octroyée par la Cour.

35 *Rashidi c. Tanzanie* (n 11) para 144.
36 *Ajavon c. Bénin* (n 9) para 357.

2.2.1 La fonction informative

La fonction principale que la Cour octroie aux mesures de satisfaction semble être celle d'informer les justiciables que l'État a été condamné pour tel ou tel manquement. En effet, la plupart des mesures de satisfaction qu'ordonne la Cour relèvent de la publication de l'arrêt dans lequel elle met en évidence la responsabilité de l'État. C'est une position que la Cour soutient univoquement lorsqu'elle souligne que «la publication constitue un outil de sensibilisation accrue du public aux décisions de la Cour».[37] Pourtant, ce type de mesure est rarement octroyé en contentieux international. Il n'est généralement demandé par les requérants que dans le contentieux relatif à la protection des droits de l'homme. Même dans ce cadre, toutes les Cours régionales ne l'admettent pas. Ainsi, si la Cour interaméricaine des droits de l'homme ordonne également de telles mesures,[38] la Cour européenne des droits de l'homme rejette expressément cette éventualité considérant qu'elle n'est pas compétente pour les ordonner.[39]

Cette fonction informative est centrale dans la détermination de l'opportunité de ces mesures. Les critères que la Cour dégage pour octroyer une telle publication renvoient également à cette fonction informative. En effet, la Cour admet la publication de l'arrêt dans «les cas où il est nécessaire de renforcer la sensibilisation du public aux conclusions de l'affaire».[40] Elle prend en considération l'importance du droit violé par l'État et le caractère systématique de cette violation. Il faut par exemple que le fait illicite et ses conséquences dépassent «le cadre individuel du requérant» pour que la Cour considère une mesure de publication opportune.[41] Plus expressément, la Cour admet également la publication de l'arrêt lorsque «les violations qu'elle a constatées touchent une partie significative de la population de l'État défendeur».[42] Elle prend également en considération la «couverture médiatique» de l'arrêt[43] et la «nécessité de souligner et de faire mieux connaître l'obligation de l'État défendeur de réparer les violations constatées dans le but de renforcer l'application de l'arrêt».[44]

La fonction informative de telles mesures rend leur remise en cause difficile pour les États défendeurs. Le Burkina Faso a notamment tenté

37 *Mohamed Abubakari c. Tanzanie* (réparations) (2019) 3 RJCA 349 para 78.

38 *Dial et al c. Trinité-et-Tobago* (n 34) para 89; *Bissoon et al c. Trinité-et-Tobago* CIADH (14 novembre 2022) série C n°472 para 58.

39 *Caleffi c. Italie* CEDH (24 mai 1991) para 21; *Vocaturo c. Italie* CEDH (24 mai 1991) para 21.

40 *Mgosi Mwita Makungu c. Tanzanie* (réparations) arrêt du 23 juin 2022 requête n°006/2016 para 66; également dans *Nganyi et al c. Tanzanie* (réparations) (2019) 3 RJCA 322 para 86; *Amir Ramadhani c. Tanzanie* (n 12) para 49.

41 *Henerico c. Tanzanie* (fond et réparations) arrêt du 10 janvier 2022 requête n°056/2016 para 210; *Rajabu et al c. Tanzanie* (fond et réparations) (2019) para 166; *Rashidi c. Tanzanie* (n 11) para 152.

42 *Kambole c. Tanzanie* (fond et réparations) (2020) 4 RJCA 466 para 122.

43 *Viking et Nguza c. Tanzanie* (réparations) (2020) 4 RJCA 3 para 65.

44 *Thomas c. Tanzanie* (réparations) (2019) 3 RJCA 299 para 74; voir aussi *Anudo c. Tanzanie* (réparation) arrêt du 2 décembre 2021 requête n°012/2015 paras 94-95.

de s'opposer à l'opportunité de l'obligation de publication d'un arrêt de la Cour au motif qu'il s'agirait d'une mesure «humiliante».[45] C'est en effet une limite codifiée à l'article 37(3) du projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite.[46] La Cour a toutefois considéré que les mesures de publication n'avaient rien d'humiliant lorsqu'elles étaient conçues de manière raisonnable.[47]

De manière plus classique, la Cour considère qu'un arrêt peut constituer une mesure de satisfaction *per se*.[48] Elle mobilise à cette fin des exemples tirés d'autres juridictions internationales.[49] En effet, il existe une tendance en contentieux international selon laquelle l'existence même d'un arrêt sur le fond mettant en évidence la responsabilité de l'État constitue une mesure de satisfaction. Un nombre substantiel d'arrêts de la Cour internationale de Justice (CIJ) l'admettent.[50] Le Tribunal international du droit de la mer présente également une jurisprudence analogue. [51] Il est intéressant de noter que la fonction informative de l'arrêt *per se* est davantage admise en contentieux international que l'ordre de sa publication qui reste une spécificité africaine et américaine du contentieux relatif aux droits de l'homme.

La Cour pratique donc également cette forme de satisfaction commune mais posant un problème théorique important qui entraîne des répercussions pratiques bien réelles. La réparation est un corpus d'obligations secondaires pesant sur l'État responsable. C'est-à-dire qu'il appartient à l'État responsable (et à lui-seul) de remplir lesdites obligations. C'est une caractéristique expressément codifiée par la Commission du droit international selon laquelle «l'État responsable

45 *Ayants droits de feus Norbert Zongo et al c. Burkina Faso* (réparations) (2015) 1 RJCA 265 para 96.

46 'La satisfaction ... ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable' article 37(3) (n 2).

47 *Ayants droits de feus Norbert Zongo et al c. Burkina Faso* (n 45) para 99.

48 Elle le rappelle très fréquemment. Voir *Mgosi Mwita Makungu c. Tanzanie* (n 40) para 66; *Henerico c. Tanzanie* (n 41) para 209; *Anudo c. Tanzanie* (n 44) para 94; *Amir Ramadhani c. Tanzanie* (n 12) para 49; *Mango et un autre c. Tanzanie* (réparations) (2020) 4 RJCA 520 para 106; *Jonas c. Tanzanie* (réparations) 4 RJCA 550 para 32; *Mohamed Abubakari c. Tanzanie* (n 37) para 78; *Nganyi et al c. Tanzanie* (n 40) para 86; *Thomas c. Tanzanie* (n 44) para 74; *Rashidi c. Tanzanie* (n 11) para 151; *Guéhi c. Tanzanie* (2018) 2 RJCA 493 para 194; *Viking et Nguza c. Tanzanie* (n 43) para 65; *Révérend Christopher R Mtikila c. Tanzanie*, (réparations) (2014) 1 RJCA 34 para 45.

49 Notamment la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans *Ayants droits de feus Norbert Zongo et al c. Burkina Faso* (n 45) para 98.

50 *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* CIJ (9 février 2022) (2022) CIJ recueil 102 para 387; *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* CIJ (4 juin 2008) (2008) CIJ recueil 245 para 204; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* CIJ (26 février 2007) (2007) CIJ recueil 234 para 463; *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* CIJ (9 juin 1949) (1949) CIJ recueil 35.

51 *Navire Saiga* n°2 (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)* TIDM (1' juillet 1999) (1999) TIDM recueil 65 para 171.

est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite».[52] Or, s'il est considéré qu'un arrêt peut *per se* constituer une mesure de satisfaction, cela signifie que la «réparation» peut être une mesure non-imputable à l'État mais à une juridiction internationale. Ainsi, cette mesure n'est théoriquement pas, selon le droit international général tel que codifié, une mesure de réparation puisqu'elle n'oblige pas l'État à un quelconque comportement.

Il est important de noter que cette difficulté théorique n'a pas toujours existé. Bien avant la codification du droit de la responsabilité internationale des États par la Commission du droit international, une autre approche a été employée. En 1913, dans les affaires du *Carthage* et du *Manouba*, il a été considéré que «la constatation [d'un] fait [illicite], surtout dans une sentence arbitrale, constitu[ait] déjà une sanction sérieuse».[53] Il est essentiel de relever que le terme «sanction» est préféré à celui de «réparation». L'usage de ce terme résout la difficulté théorique précitée puisqu'une sanction (selon son sens restreint de «peine»)[54] peut provenir d'une juridiction sans que la personne responsable n'ait d'obligation à exécuter contrairement à une mesure de réparation. Par exemple, la perte des droits civiques en droit interne constitue une sanction qui ne suppose pas d'action de l'individu condamné. Pourtant, ce n'est manifestement pas une voie théorique que les juridictions internationales et la codification du droit de la responsabilité internationale ont emprunté. Conséquemment, la Cour ne l'emprunte pas non plus.

La Cour résout parfois cette difficulté théorique lorsqu'elle ordonne la publication de l'arrêt au journal officiel ou sur le site internet d'un ministère de l'État défendeur.[55] En effet, lorsqu'une Cour demande la publication d'un de ses arrêts à l'État défendeur, il y a bien imputabilité de la mesure de publication à celui-ci. La Cour oblige l'État à quelque chose, la publication de l'arrêt. Il s'agit donc bien, théoriquement, d'une mesure de réparation. Lorsque la Cour demande la publication de l'arrêt ou du moins de son résumé dans un journal national,[56] la situation est plus complexe. Si l'État prend une mesure de droit interne pour obliger ledit journal à publier l'arrêt en cause alors il y a en effet une mesure imputable à l'État. En revanche, si le journal publie spontanément la décision alors l'État n'aura nullement participé à cette mesure de publication et la difficulté précédemment observée surviendra à nouveau. En somme, ordonner la publication de l'arrêt apparaît toutefois plus fidèle aux canons de la responsabilité internationale qui voit la satisfaction comme une obligation à la charge de l'État responsable que considérer que l'arrêt puisse constituer une

52 Article 31(1) (n 2).

53 *Affaire du Carthage* (6 mai 1913) 11 RSANU 460; *Affaire du Manouba* (6 mai 1913) 11 RSANU 475.

54 G Cornu (dir) *Vocabulaire juridique* (2007) 844.

55 Par exemple *Kambole c. Tanzanie* (n 42) para 120; *Cheusi c. Tanzanie* (fond et réparations) arrêt du 26 juin 2020 requête n°004/2015 para 174.

56 Ce fut notamment le cas dans *Ayants droits de feus Norbert Zongo et al c. Burkina Faso* (n 45) para 100.

mesure de satisfaction *per se*. En toute hypothèse, la Cour admet ces deux possibilités.

2.2.2 La satisfaction comme méthode de versement d'une indemnité

Les mesures de satisfaction peuvent aussi prendre la forme d'une méthode de versement des indemnités bien précise. C'est une pratique qui s'est principalement développée dans son arrêt relatif au peuple Ogiek et qui mérite, du fait de sa rareté en contentieux international, d'être mentionnée.

Classiquement, il est parfois considéré que la satisfaction ne saurait prendre une forme pécuniaire.[57] Le projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite laisse la porte ouverte à cette possibilité sans la citer expressément. Son article 37(2) admettant que la satisfaction puisse consister en toute mesure appropriée.

En pratique, la satisfaction peut accompagner l'exécution de mesures de réparations pécuniaires sans nécessairement en constituer une. La Cour semble l'admettre puisqu'elle a déjà ordonné au Kenya, au titre de mesure de satisfaction dans l'affaire du peuple Ogiek, de constituer un fonds de développement communautaire devant:

> servir à soutenir des projets au profit des Ogiek dans les domaines de la santé, de l'éducation, de la sécurité alimentaire, de la gestion des ressources naturelles et de toute autre cause bénéfique à leur bien-être, tel que défini au fil du temps par le comité en charge de l'administration du fonds en consultation avec les Ogiek.[58]

Prima facie, cette mesure ressemble à une mesure de réparation pécuniaire puisqu'il est question d'établir un fonds de développement. En réalité, il s'agit plutôt d'une mesure de réparation composite. Par une mesure de satisfaction, la Cour ne fait que demander à l'État de créer un fonds de développement (le contenant). Quant aux sommes allouées à ce fonds (le contenu), la Cour précise qu'il s'agit de celles octroyées à titre d'indemnisation.[59] Cette solution n'est pas inédite puisque le commentaire du projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite évoque expressément cette possibilité bien qu'il ne fournisse aucun exemple d'une telle pratique.[60] Il est en effet plus habituel que les mesures d'indemnisation et de satisfaction soient simplement juxtaposées lorsqu'elles coexistent. La Cour interaméricaine des droits de l'homme semble toutefois octroyer des mesures analogues à celles de la Cour

57 Voir sur la question C Barthe 'Réflexions sur la satisfaction en droit international' (2003) 49 *Annuaire français de droit international* 113-118.

58 *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya* (réparations) arrêt du 23 juin 2022 requête 6/2012 para 155.

59 *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya* (n 58) para 155.

60 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État et commentaires y relatif (n 16) 114.

africaine par exemple lorsqu'elle oblige l'État responsable à octroyer une bourse d'études à une victime.[61]

En comparaison, quelques mois avant l'arrêt de la Cour africaine sur le peuple Ogiek précité, la CIJ a traité des demandes de réparations de la République démocratique du Congo pour les préjudices résultant des faits illicites imputables à l'Ouganda dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*. La République démocratique du Congo a demandé, à titre de satisfaction, la création de deux fonds. Ayant déjà octroyé une indemnisation sous forme de somme forfaitaire au Congo, la CIJ a rejeté ces demandes.[62] Ici, contrairement à l'affaire du peuple Ogiek, la CIJ n'a pas cherché à composer l'indemnisation et la satisfaction. La pertinence de cet exemple doit toutefois être tempérée car la République démocratique du Congo a demandé à la CIJ d'ordonner la création de fonds en précisant un montant spécifique apparemment indépendant de la somme forfaitaire obtenue à titre d'indemnisation tandis que dans l'affaire du peuple Ogiek la demande de création de fonds s'est imposée comme une simple mesure de distribution et non comme un supplément pécuniaire. Ce dernier cas pourrait ainsi démontrer qu'en principe une mesure de satisfaction n'est pas une mesure pécuniaire et qu'elle ne saurait que constituer une mesure de distribution de l'indemnité. En toute hypothèse, ce parallèle montre que la création d'un fonds de développement dans l'affaire du peuple Ogiek apparaît peu anodine et témoigne la subtilité avec laquelle la Cour peut joindre différentes mesures de réparations pécuniaires et non-pécuniaires.

3 LES CONDITIONS D'OCTROI DES MESURES DE REPARATION NON-PECUNIAIRES

La Cour octroie des réparations non-pécuniaires selon différents critères. D'une part cet octroi dépend de la manière dont la Cour aborde l'obligation de réparer des États responsables qui est relativement commune en contentieux international et, d'autre part, de la manière dont elle aborde les demandes de réparation des requérants qui est plus singulière.

3.1 Le rapport commun de la Cour à l'obligation de réparer des États responsables

Comme toute mesure de réparation en droit international général, les mesures de réparations non-pécuniaires telles que les conçoit la Cour sont octroyées selon des conditions partiellement dictées par les faits de l'espèce. Ces faits sont, en premier lieu, le comportement de l'État et les conséquences de ce comportement. Dans la récente affaire *Bob Chacha*

61 *Cantoral Benavides c. Pérou* CIADH (3 décembre 2001) série C n°88 para 80.

62 *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (n 50) 103 para 392.

Wangwe, la Cour rappelle que pour que des réparations soient accordées il faut que l'État soit responsable d'un fait internationalement illicite, que ce fait ait causé un préjudice et qu'il existe un lien de causalité entre ce préjudice et le fait.[63] Il convient de se focaliser sur la manière dont la Cour apprécie ce lien de causalité tant il s'agit d'une difficulté constante en droit de la responsabilité internationale. De plus, il convient d'analyser la manière dont la Cour choisit entre l'octroi de réparations pécuniaires et non-pécuniaires.

3.1.1 La nécessité d'une «incidence fondamentale» du fait illicite sur le préjudice

La Cour s'intéresse – de manière assez classique – à la question du lien de causalité entre le fait illicite et le préjudice. Par exemple, en matière de libération de détenu, la Cour cherche à déterminer si la peine d'emprisonnement a été causée par le fait internationalement illicite. En d'autres termes, le défendeur exécuterait-il une peine d'emprisonnement sans la survenue du fait internationalement illicite? En cas de réponse affirmative alors la demande de libération est rejetée, en cas de réponse négative la demande est envisagée.

Comment la Cour apprécie-t-elle le lien de causalité entre le fait illicite et le préjudice? La pratique générale contemporaine ne semble pas standardisée en la matière. La CIJ n'a jamais fourni d'éléments particulièrement précis à ce sujet. Elle admet simplement qu'il faut que le lien de causalité soit suffisamment «direct et certain» entre le fait illicite et le préjudice subi.[64] Le commentaire du projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite n'offre pas de critères plus précis.[65] Plus encore, en 2022, dans l'arrêt des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la CIJ a admis que l'appréciation du lien de causalité variait selon les règles primaires violées et «l'ampleur» du préjudice causé.[66] En d'autres termes, il n'y aurait pas de cadre intangible régissant l'appréciation du lien de causalité en droit international général. La Cour africaine n'est pas tout à fait insensible à ce raisonnement puisqu'elle a déjà admis la remise en liberté de requérants en prenant en compte «la nature des violations

63 *Bob Chacha Wangwe et Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie* (n 6) para 134.

64 *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (n 50) 234 para 462; voir aussi *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* CIJ (2 février 2018) (2018) CIJ recueil 26 para 32; *Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. République démocratique du Congo*) CIJ (19 juin 2012) (2012) CIJ recueil 332 para 14.

65 'L'idée que le lien de causalité doit être suffisant ou que le dommage ne doit pas être trop lointain est implicite dans la prescription générale énoncée à l'article 31, à savoir que le préjudice doit être une conséquence du fait illicite, mais aucune condition particulière n'a été ajoutée' projet d'articles sur la responsabilité de l'État et commentaires y relatif (n 16) 99.

66 *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (n 50) 33 para 93.

constatées et [du] fait que les Requérants [soient] incarcérés dans un pays étranger, loin de leurs foyers et de leurs familles».[67]

Même si l'appréciation du lien de causalité varie selon les espèces, la Cour est systématiquement stricte en la matière. Vis-à-vis de la libération de détenus emprisonnés après un jugement litigieux, elle parle «d'incidence fondamentale» du fait illicite sur l'issue du jugement.[68] Ainsi, de jurisprudence constante, la Cour ne considère pas l'absence de représentation judiciaire et autres irrégularités y afférentes comme ayant un lien de causalité suffisant avec l'emprisonnement pour motiver une obligation de libération.[69] Il est nécessaire que le manquement ait «eu un effet» – sous-entendu direct – sur la condamnation de l'individu.[70] Par conséquent elle admet la libération lorsque, par exemple, la condamnation d'un individu repose exclusivement sur un témoignage irrégulier[71] ou en cas de violation du principe *non bis in idem*.[72] En toute hypothèse c'est une appréciation qu'elle ne peut effectuer qu'au cas par cas.[73]

L'appréciation stricte du lien de causalité se manifeste également dans la jurisprudence de la Cour en matière électorale. La Cour n'ordonne l'annulation d'élections que lorsque *inter alia* les violations constatées ont une «implication sur la crédibilité de l'ensemble du processus électoral».[74] Cette formulation est équivoque et pourrait admettre une causalité relativement incertaine entre le fait illicite et le résultat de l'élection puisque le critère pertinent semble être celui de la «crédibilité» de celle-ci. Toutefois, dans l'affaire *XYZ c. Bénin* dont est tirée cette citation, la Cour rejette la demande d'annulation sur le fondement qu'il n'a pas été prouvé que les manquements dans l'organisation des élections communales et municipales en cause ont «impacté» le résultat desdites élections.[75] Ici aussi, l'incidence du fait internationalement illicite sur le préjudice semble devoir être fondamentale.

3.1.2 Le choix entre mesures de réparation pécuniaires et non-pécuniaires

Il est généralement admis que la satisfaction est une forme de réparation subsidiaire. C'est une règle codifiée à l'article 37(1) du projet

67 *Kennedy Owino Onyachi et Charles John Mwanini Njoka c. Tanzanie* (réparations) arrêt du 30 septembre 2021 n°003/2015 para 65.

68 *Nganyi et al c. Tanzanie* (n 40) para 78.

69 *Kalebi Elisamehe c. Tanzanie* (fond) (2020) 4 RJCA 266 para 112.

70 *Hoja Mwendesha c. Tanzanie* (fond et réparations) arrêt du 13 juin 2023 requête n°032/2016 para 94.

71 *Kennedy Owino Onyachi et Charles John Mwanini Njoka c. Tanzanie* (n 67) para 65.

72 *Ajavon c. Bénin* (n 18) para 104.

73 *Legal & Human Rights Centre et Tanzania Human Rights Defenders Coalition c. Tanzanie* (fond et réparations) arrêt du 13 juin 2023 requête n°039/2020 para 179.

74 *XYZ c. Bénin* (fond) (2020) 4 RJCA 51 para 169.

75 *XYZ c. Bénin* (n 74) para 169.

d'article sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite[76] et partiellement rappelée par la CIJ dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*.[77] La satisfaction est donc généralement conditionnée par l'insuffisance ou du moins le caractère inadéquat d'une éventuelle mesure d'indemnisation. Compte tenu de l'admission, par la Cour, de l'idée qu'un arrêt puisse constituer une mesure de satisfaction *per se* ce caractère subsidiaire peut être remis en cause. En effet, cette tendance implique que dès qu'il y a mise en évidence de la responsabilité de l'État il y a nécessairement octroi d'une mesure de satisfaction comme abordé plus haut. Il s'agit toutefois d'un comportement en phase avec la jurisprudence récente de la CIJ.[78]

La restitution est en revanche, en droit international général, la forme de réparation prioritaire. Il s'agit d'une règle mise en évidence par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*.[79] Loin d'être désuète, la règle a été réexprimée à de multiples reprises[80] après sa codification par la Commission du droit international.[81] Pourtant, la pratique de la Cour apparaît parfois s'écarter de cette règle. En ce sens, son *dictum* dans l'affaire *Rashidi c. Tanzanie* est univoque:

> [l]a Cour tient à rappeler que l'objectif généralement admis pour la restitution est de mettre fin aux violations en cours et de rétablir le Requérant dans la situation antérieure aux violations. Cette forme de réparation est donc applicable lorsque d'autres mesures comme l'indemnisation ne sont ni adaptées ni suffisantes.[82]

La formulation adoptée par la Cour laisse entendre que l'indemnisation est la règle et la restitution l'exception. Si, historiquement, des doutes sporadiques ont été exprimés à l'égard de la règle de la priorité de la restitution (notamment dans la sentence arbitrale de l'affaire *BP c. Libye*)[83] proposer un ordre de priorité inverse est particulièrement

76 «L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation.».

77 *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (n 50) 102 para 387.

78 *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (n 50) 102 para 387.

79 *Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)* (n 13) 47.

80 *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* (n 64) 26 para 31; *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* CIJ (20 avril 2010) (2010) CIJ recueil 103-104 para 273; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (n 50) 232-233 para 460; *Affaire du «white van» (Paniagua-Morales et al c. Guatemala)* CIADH (25 mai 2001) Série C n°76 para 76; *Texaco c. Libye* (19 janvier 1977) 17 ILM 36 para 109.

81 Article 35 (n 2) si le texte de l'article reste relativement équivoque, son commentaire prend acte de la priorité de la restitution puisqu'il précise qu'«elle prime tout autre mode de réparation»; voir Projet d'articles sur la responsabilité de l'État et commentaires y relatif (n 16) 103.

82 *Rashidi c. Tanzanie* (n 11) para 142.

83 *BP Exploration Company Ltd c. Libye* (10 octobre 1973) 53 ILR 354; voir aussi Y Kerbrat 'Interaction between the forms of reparation' in J Crawford, A Pellet & S Olleson (dirs) *The law of international responsibility* (2010) 573-586.

singulier. En quelque sorte, et au moins dans l'affaire *Rashidi c. Tanzanie*, la Cour semble assimiler le régime de la restitution à celui de la satisfaction tel qu'il est conçu en droit international général et décrit ci-dessus.

3.2 Le rapport singulier de la Cour à la demande du requérant

La Cour appréhende sa compétence en matière de réparation non-pécuniaires d'une manière singulière puisqu'elle peut dépasser la demande du requérant en ordonnant de telles mesures *suo motu* c'est-à-dire en l'absence de requête. Toutefois, cela ne signifie pas que la Cour a une compétence illimitée. Elle ne peut notamment pas prendre de mesures d'invalidation d'actes de droit interne.

3.2.1 Le dépassement de la demande: capacité de prononcer des mesures de réparations non-pécuniaires *suo motu*

Dès son premier arrêt relatif à des questions de réparations, la Cour a interprété l'article 27 du Protocole comme lui permettant d'ordonner des mesures de satisfaction d'office.[84] C'est une caractéristique peu commune en contentieux international qui n'a d'équivalent que dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.[85] En dehors de la pratique de ces deux juridictions, il est en principe impossible aux juridictions internationales de relever des demandes de réparations d'office.[86] Cela inclut la Cour européenne des droits de l'homme qui, selon l'article 60(1) de son Règlement, conditionne toute mesure de réparation à une demande spécifique du requérant.[87] Il ne s'agit donc pas tout à fait d'une particularité générale des cours régionales de protection des droits de l'homme puisque la Cour européenne n'admet pas cette possibilité mais ce n'est pas une caractéristique unique de la Cour africaine pour autant du fait d'une pratique interaméricaine analogue.

Le fait que la Cour puisse ordonner des mesures de réparation non-pécuniaire *suo motu* permet à certains demandeurs de s'en remettre à elle pour apprécier les mesures qui seraient adéquates. Ainsi, dans l'affaire *Kambole c. Tanzanie*, le demandeur a simplement demandé à la Cour qu'elle ordonne «toute mesure et/ou réparation qu'elle estime

84 *Révérend Christopher R Mtikila c. Tanzanie* (n 48) para 44; pour un rappel récent *Bob Chacha Wangwe et Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie* (n 6) para 141.

85 *Dial et al c. Trinité-et-Tobago* (n 34) para 89; *Bissoon et al c. Trinité-et-Tobago* (n 38) para 58.

86 C Santulli *Contentieux international* (2015) 351.

87 'Tout requérant qui souhaite que la Cour lui accorde une satisfaction équitable au titre de l'article 41 de la Convention en cas de constat d'une violation de ses droits découlant de celle-ci doit formuler une demande spécifique à cet effet' Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme article 60(1).

appropriée».[88] Cette technique a porté ses fruits puisque la Cour a ordonné la publication de l'arrêt sur les sites internet de la Magistrature et du Ministère des Affaires constitutionnelles et juridiques tanzaniens.[89] Plus récemment, dans l'affaire *Bob Chacha Wangwe et Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie*, les demandeurs – mais également (de manière plus surprenante) l'État défendeur – ont demandé à la Cour de prononcer toute mesure de réparation qu'elle estimait adéquate.[90] Ici aussi, la Cour a donné droit à cette demande. Dans cette configuration, la Cour ne statue pas véritablement d'office puisqu'il y a bien une demande de mesures de réparation. En revanche, la détermination des mesures appropriées est laissée à sa pleine appréciation. Puisque celle-ci peut ordonner des mesures *suo motu* en toute hypothèse, cette configuration revient – formellement – au même qu'en l'absence de demande de réparations non-pécuniaires. La Cour met cette caractéristique en évidence dans l'affaire *Bob Chacha Wangwe et Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie* puisque face aux demandes la Cour rappelle qu'elle peut ordonner des mesures de réparations *suo motu*.[91]

Il ressort des cas évoqués ci-dessus que la Cour utilise sa faculté de prendre des mesures de réparation non-pécuniaires *suo motu* exclusivement en matière de satisfaction et plus précisément de publication de ses arrêts. C'est une tendance pareillement observable dans la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.[92] En matière de restitution, cette configuration est plus rare puisque les demandeurs requièrent systématiquement des mesures de restitutions lorsqu'elles sont pertinentes. En toute hypothèse, la Cour oblige les demandeurs à motiver adéquatement leurs demandes de restitution lorsqu'ils en font. Cette tendance ressort notamment de ses *dicta* en matière de demandes d'émission d'obligations de libération de détenus[93] et d'annulation d'élections.[94] Ainsi, en dehors des mesures de simple publication de l'arrêt, la capacité d'ordonner des mesures *suo motu* manque de mise en pratique. Une telle capacité est sûrement moins encline à se manifester car dans d'autres circonstances elles ont des conséquences trop importantes – notamment l'obligation d'annuler des élections – pour être octroyées en l'absence d'échange contradictoire entre les parties. Si elle peut théoriquement prendre des mesures de restitution *suo motu* force est de constater que cette éventualité est peu encline à se réaliser.

88 *Kambole c. Tanzanie* (n 42) para 120.

89 *Kambole c. Tanzanie* (n 42) para 123.

90 *Bob Chacha Wangwe et Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie* (n 6) paras 139-140.

91 *Bob Chacha Wangwe et Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie* (n 6) para 141.

92 *Dial et al c. Trinité-et-Tobago* (n 34) para 89; *Bissoon et al c. Trinité-et-Tobago* (n 38) para 58.

93 *Hamis Shaban alias Hamis Ustadh c. Tanzanie* (fond et réparations) arrêt du 2 décembre 2021 requête n°026/2015 para 107; *Mussa et Mangaya c. Tanzanie* (fond et réparations) (2019) 3 RJCA 654 para 97.

94 *XYZ c. Bénin* (n 74) para 169.

3.2.2 La limitation de la demande: l'incapacité d'invalider des actes de droit interne

Malgré plusieurs demandes y relatives, la Cour ne peut pas annuler des actes de droit interne (des lois, des décisions de justice etc.) à titre de réparation non-pécuniaire étant donné qu'une telle mesure ne relève ni de la réparation ni du droit international. Il s'agit d'une autre conséquence de la responsabilité – distincte de la réparation – celle de l'invalidation d'un acte.[95] En effet, la Cour n'interagit pas directement sur la régularité de ces actes en tant que tels. Elle met cette caractéristique en évidence par des expressions plus simples: elle n'est pas une juridiction d'appel[96] et ne se substitue pas au législateur national.[97] De manière plus développée, elle justifie cette position en soulignant qu'elle n'applique pas le droit interne mais simplement les instruments internationaux dont elle a la compétence d'application.[98]

La position de la Cour est très commune en contentieux international.[99] La pratique de la Cour européenne des droits de l'homme abonde notamment dans ce sens.[100] La Cour interaméricaine des droits de l'homme n'y déroge pas et considère même qu'une telle limitation est '*in accordance with general international law*'.[101] La seule personne pouvant annuler ou abroger les décisions et lois internes d'un État *A* est exclusivement ce même État *A*. En revanche, la Cour opère dans le champ de la réparation et de la cessation du fait illicite. Ainsi, elle ne peut pas annuler une décision, une élection ou une loi interne mais elle peut obliger l'État à le faire ou du moins à priver d'effet de tels énoncés juridiques. C'est une caractéristique que la Cour a expressément mis en évidence dans l'affaire *Ajavon c. Bénin*:

> [a]u sujet de la demande d'annulation des lois, la Cour considère qu'elle ne peut se substituer au législateur de l'État défendeur. Elle souligne, au demeurant, qu'elle peut ordonner des mesures dont le but sera d'abroger lois ou de modifier ces lois pour qu'elles soient conformes aux normes internationales des droits de l'homme.[102]

95 En ce sens R Ago 'Le délit international' 68 *Recueils des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 434.

96 *Henerico c. Tanzanie* (n 41) para 200; *Evarist c. Tanzanie* 2 RJCA 415 para 81; *William c. Tanzanie* (fond et réparations) (2018) 2 RJCA 439 para 100; *Mohamed Abubakari c. Tanzanie* (fond) (2016) 1 RJCA 624 para 28.

97 *Ajavon c. Bénin* (n 9) para 356.

98 *William c. Tanzanie* (n 89) para 100; *Evarist c. Tanzanie* (n 89) para 81; *Mohamed Abubakari c. Tanzanie* (n 96).

99 H Raspail *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État* (2013) 298-299; Santulli (n 86) 271.

100 'La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 19 de la Convention elle a pour tâche d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les Parties contractantes' *Garcia Ruiz c. Espagne* CEDH (21 janvier 1999) para 28; dans le même sens *Perez c. France* CEDH (12 février 2004) para 82.

101 *Genie-Lacayo c. Nicaragua* CIADH (29 janvier 1997) série C n°30 para 94.

102 *Ajavon c. Bénin* (n 9) para 356; dans le même sens *Henerico c. Tanzanie* (n 41) para 200.

Cette formulation n'est pas isolée.[103] Elle se décline aussi en différentes obligations qui imposent soit une annulation de l'acte plutôt que son abrogation[104] soit de simplement le modifier[105] ou de faire disparaître ses effets.[106] Les moyens utilisés pour arriver à la révocation de l'acte litigieux sont même parfois entièrement laissés à la discrétion de l'État.[107] Ici, il s'agit bien – pour la Cour – de mesures de restitution qu'elle peut pleinement octroyer. Cette subtilité est commune en contentieux international. Elle a notamment été explicitée par la Cour de Justice des communautés européennes en 1960. Dans l'affaire *Humblet c. Belgique* elle reconnaît en effet qu'elle:

> est compétente en vertu de l'article 16 du protocole pour statuer sur toute contestation portant sur son interprétation ou son application, mais ne peut cependant, de sa propre autorité, annuler ou abroger des lois nationales d'un État membre ou des actes administratifs de ses autorités.[108]

En matière de protection des droits de l'homme, la Commission interaméricaine des droits de l'homme l'a admis expressément dès 1984. Dans l'affaire *Schmidt c. Costa Rica* elle considère en effet que:

> *[t]he commission cannot repeal or annul the verdict of a Costa Rican Court, but it cannot be doubted that the Commission may state that a standard of domestic law or a judicial decision of that Stat disregards a human right that it committed itself to respect in an international treaty*.[109]

Existe-t-il, malgré ces différents précédents, des exceptions à ce principe en droit du contentieux international général ? L'affaire *Martini* est un des rares cas dans lequel il est parfois considéré qu'une juridiction internationale a elle-même prononcé la nullité d'un acte de droit interne en tant que tel. Le tribunal arbitral a en effet déclaré l'avoir fait dans les motifs de la sentence.[110] Néanmoins, le dispositif se place clairement du point de vue de la responsabilité internationale puisqu'il énonce que «le Gouvernement Vénézuélien est tenu de reconnaître, à titre de réparation, l'annulation des obligations de paiement, imposées à la Maison Martini».[111] L'obligation de reconnaissance ainsi formulée par le tribunal arbitral montre qu'il a conscience qu'il ne saurait annuler directement un acte de droit interne. L'originalité de l'affaire tient plus au fait que le tribunal demande à l'État défendeur de simplement reconnaître la nullité de l'acte au lieu de l'obliger à la prononcer comme c'est le cas dans la jurisprudence de la Cour; cette dernière ayant, par conséquent, une pratique nettement moins singulière en la matière.

103 *Mhina Zuberi c. Tanzanie* arrêt du 26 février 2021 requête n°054/2016 para 109; *Noudehouenou c. Bénin* (réparations) arrêt du 1er décembre 2022 paras xiii et xiv du dispositif.

104 *Ajavon c. Bénin* (n 18) para 104.

105 *Bob Chacha Wangwe et Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie* (n 2) para 138.

106 *Noudehouenou c. Bénin* (n 103) para xv du dispositif.

107 *Conaïde Togla Latondji Akouedenoudje c. Bénin* (fond et réparations) arrêt du 13 juin 2023 requête 24/2020 para 94.

108 *Humblet c. Belgique* CJCE (16 décembre 1960) n°6/60.

109 *Schmidt c. Costa Rica* ComIADH (3 octobre 1984) n°9178 para 4.

110 *Martini (Italie c. Venezuela)* (3 mai 1930) 2 RSANU 1002.

111 *Martini (Italie c. Venezuela)* (n 110) 1002.

4 CONCLUSION

La pratique de la Cour en matière de réparations non-pécuniaires dispose de spécificités assez rares en contentieux international. À ce titre, son approche de la satisfaction est notable. Elle aborde celle-ci comme une mesure à vocation informative impliquant parfois l'obligation, pour l'État responsable, de publier ses arrêts. Elle emploie également la satisfaction pour obliger l'État à verser l'indemnisation qu'il doit au requérant d'une manière spécifique. Ces deux usages des mesures de satisfaction ne se retrouvent, dans cette forme, que dans la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Son rapport à la demande du requérant en la matière est également voisin de la seule Cour interaméricaine des droits de l'homme puisqu'elles admettent toutes les deux que ces mesures soient octroyées *suo motu*. Il s'agit d'une exception en contentieux international y compris en matière de protection des droits de l'homme.

Malgré ces spécificités, la Cour reste dans le cadre du droit général de la responsabilité internationale. Sa conception de la restitution, son approche du lien de causalité entre fait illicite et préjudice ou encore son absence de compétence pour annuler des actes de droit interne des États responsables sont des caractéristiques communes à un grand nombre de juridictions internationales.

A party's non-participation in proceedings before the African Court on Human and Peoples' Rights and other regional courts in Africa

*Christopher Lentz**
https://orcid.org/0009-0008-6032-9672

ABSTRACT: Across Africa, regional courts are regularly confronted with a party declining to participate in judicial proceedings, prompting questions as to how the institutions should seek to address this challenge. After identifying the prevalence of such non-participation, this article synthesises the approaches taken by the African Court on Human and Peoples' Rights, the ECOWAS Community Court of Justice, and the COMESA Court of Justice. From a comparative analysis that extends to the practice of international courts and tribunals, it becomes evident that although these regional courts' legal frameworks generally allow the adjudicators to enter a default judgment against a non-appearing party with minimal analysis, this discretion has not been used to date. Instead, regional courts in Africa are proactively striving to ensure that their judgments are sufficiently grounded in fact and law, resulting in a multitude of victories for the non-appearing party. The article concludes by questioning whether this rigorous evaluation can be sustained if the caseload of these judicial bodies continues to swell.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS:

La non-participation d'une partie aux procédures devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et d'autres juridictions régionales en Afrique

RÉSUMÉ: En Afrique, les juridictions régionales sont régulièrement confrontées au refus d'une partie de participer à la procédure devant elles, ce qui soulève des questions sur la manière dont lesdites institutions devraient tenter de relever ce défi. Après avoir identifié la prévalence de cette non-participation, cette contribution synthétise les approches adoptées par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour de Justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et la Cour de Justice du Marché commun de l'Afrique australe (COMESA). Une analyse comparative montre que, bien que le cadre juridique de ces juridictions leur permette généralement de rendre un décision par défaut à l'encontre d'une partie non comparante avec un examen minimal, ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été utilisé jusqu'à présent. Au contraire, les juridictions régionales en Afrique s'efforcent de manière plus proactive de s'assurer que leurs jugements sont suffisamment fondés en fait comme en droit, ce qui se traduit par une multitude de victoires pour la partie non comparante. L'article conclut en se demandant si cette évaluation rigoureuse peut être maintenue si la charge de travail de ces organes judiciaires continue d'augmenter.

* Bachelor of Arts (Tufts), Doctor of Law (Chicago); Legal Officer, Office of the President, United Nations International Residual Mechanism for Criminal Tribunals; Lecturer in Law, University of Chicago Law School; christopherlentz@uchicago.edu. This contribution was prepared in my personal capacity, and the views reflected herein do not necessarily represent those of any organisation with which I am or have been affiliated.

C Lentz 'A party's non-participation in proceedings before the African Court on Human and Peoples' Rights and other regional courts in Africa'
(2023) 7 *African Human Rights Yearbook* 137-157
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a7

KEY WORDS: non-participation, absence, default judgment, comparative international law, African Court on Human and Peoples' Rights, ECOWAS Community Court of Justice, COMESA Court of Justice

CONTENT:

1 Introduction 138
2 Non-participation in the African Court on Human and Peoples' Rights 139
3 Non-participation in other regional courts in Africa and before international courts 148
3.1 Non-participation in the ECOWAS Community Court of Justice 148
3.2 Non-participation in the COMESA Court of Justice 152
3.3 Non-participation in international courts and tribunals 153
4 Assessing the approaches to non-participation 154
5 Conclusion 157

1 INTRODUCTION

Regional courts across Africa are being asked to play an ever-increasing role in continental affairs, with the caseload of the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court), for example, skyrocketing in recent years.[1] As the African Court works to resolve applications alleging violations of human rights and fundamental freedoms, it has found itself seeking to delineate a cohesive approach to a less substantive matter that nevertheless has the potential to determine the outcome in specific cases: how to address a party's non-participation in the proceedings.

When a party – inherently the respondent – refuses to appear, it not only withholds legal arguments in its favour, but may also be depriving the judges of evidentiary material that could facilitate their assessment of the facts. This likewise precludes the adjudicators from assessing through an adversarial process whether, and which, allegations are sufficiently well founded to merit a finding for the applicant. A party's absence is hardly extraordinary, however, and while some courts' foundational documents set out how their judges should react to non-participation, the constitutive frameworks of other judicial bodies do not account for this eventuality and instead defer the approach to the applicable rules or the discretion of judges in individual cases.

The African Court has not been immune from such non-participation, which continues to demand the Court's attention. In fact, as this article was being finalised, the African Court issued yet another judgment grappling with this issue.[2] In addition to its judicial pronouncements, the Court has placed greater emphasis on how its legal framework facilitates management of a party's absence, changing its Rules a few years ago to streamline the process for issuing a decision in default should it wish to do so.

1 See https://www.african-court.org/cpmt/statistic (accessed 1 November 2023). See also ECOWAS Community Court of Justice 'ECOWAS Court issues 2020 judicial statistics', http://www.courtecowas.org/2021/01/21/ecowas-court-issues-2020-judicial-statistics (accessed 1 November 2023).

2 *Kaunda & Others v Malawi* Application 013/2021, Judgment (5 September 2023).

Following a fulsome empirical assessment to identify all cases involving non-participation before the African Court and its regional counterparts, this article seeks to ascertain commonalities across the African continent while evaluating any differences that exist. Part 2 of the article sets out the experience of the African Court in each relevant case. Part 3, in turn, discusses non-participation in the Economic Community of West African States (ECOWAS) Community Court of Justice and the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Court of Justice, before summarising the approaches seen among international courts and tribunals. Part 4 identifies similar ways in which regional courts in Africa have reacted to a party's non-participation. In doing so, it observes that an absent respondent has often emerged victorious notwithstanding its non-appearance, while explaining that the courts have not hewed closely to the approach foreseen by their rules and have instead frequently exercised their discretion to adopt a case-specific determination aimed at ensuring justice and safeguarding the legitimacy of the proceedings. The implications of this approach to non-participation are considered, alongside concluding remarks, in part 5.

2 NON-PARTICIPATION IN THE AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS

At the time of writing, the African Court had disposed of 198 cases, with non-participation having featured in 19 written judgments or rulings.[3] Reflecting the diverse manner in which a party's absence can feature in a case, six judgments concerned non-participation at the merits phase,[4] 11 arose in the earlier procedural stage regarding jurisdiction and admissibility,[5] and two additional instances materialised with respect

3 https://www.african-court.org/cpmt (accessed 1 November 2023). The analysis here is limited to judgments or rulings, and includes identified instances where a party was represented by counsel but did not submit substantive arguments. It does not extend to cases where there were multiple respondents with at least one participating, or to determinations concerning requests for review, interpretation of a judgment, or third parties seeking to intervene.

4 *African Commission v Libya* Application 002/2013, *Arrêt* (3 June 2016) 1 AfCLR 153, 1 RJCA 158; *Mulindahabi v Rwanda* Application 004/2017, *Arrêt* (26 June 2020) 4 AfCLR 291, 4 RJCA 294; *Mugesera v Rwanda* Application 012/2017, *Arrêt* (27 November 2020) 4 AfCLR 834, 4 RJCA 846; *Richard v Tanzania* Application 035/2016, Judgment (2 December 2021); *Muwinda & Others v Tanzania* Application 030/2017, Judgment (24 March 2022); *Kaunda* (n 2). References are provided to the original version and any English translation where applicable.

5 *Mulindahabi v Rwanda* Application 006/2017, *Arrêt (compétence et recevabilité)* (4 July 2019) 3 AfCLR 367, 3 RJCA 384; *Mulindahabi v Rwanda* Application 007/2017, *Arrêt (compétence et recevabilité)* (4 July 2019) 3 AfCLR 378, 3 RJCA 395; *Mulindahabi v Rwanda* Application 009/2017, *Arrêt (compétence et recevabilité)* (4 July 2019) 3 AfCLR 389, 3 RJCA 407; *Mulindahabi v Rwanda* Application 005/2017, *Arrêt* (26 June 2020) 4 AfCLR 328, 4 RJCA 332; *Mulindahabi v Rwanda* Application 010/2017, *Arrêt* (26 June 2020) 4 AfCLR 350, 4 RJCA 355; *Mulindahabi v Rwanda* Application 011/2017,

to reparations.[6] With another 140 cases pending at present,[7] it seems all but certain that the African Court will have further opportunities to fine-tune the approach it has developed thus far.

The first time that the African Court confronted this issue was in *African Commission on Human and Peoples' Rights v Libya*, where the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Comission) seized the African Court on behalf of a Libyan citizen detained in a secret location.[8] Following an order for provisional measures, which Libya ignored, the Commission sought a default judgment for violating the citizen's rights under the African Charter on Human and Peoples' Rights.[9] While default judgments were not foreseen in the Protocol establishing the African Court,[10] they are addressed in the Rules of Court, which at the time provided in Rule 55 that the African Court could react to a party's non-appearance and enter a judgment in default after the Court had 'satisfied itself' of four considerations concerning service of documents, jurisdiction, admissibility and 'that the application is … well founded in fact and in law'.[11]

Faced with Libya's non-response on the merits, the African Court first acted *proprio motu* to extend the time limit for Libya to submit its views, and when none were received, the Court notified Libya that it would be compelled to consider a default judgment absent a responsive submission.[12] In its judgment, the Court addressed the first three considerations extensively,[13] but engaged in a somewhat more cursory

Arrêt (26 June 2020) 4 AfCLR 374, 4 RJCA 379; *Said v Tanzania* Application 011/2019, Ruling (30 September 2021); *Munyandilikirwa v Rwanda* Application 023/2015, Ruling (2 December 2021); *Touray & Others v The Gambia* Application 026/2020, Ruling (24 March 2022); *Marwa v Tanzania* Application 021/2017, Ruling (22 September 2022); *Baguian v Burkina Faso* Application 014/2019, *Arrêt* (22 September 2022).

6 *Umuhoza v Rwanda* Application 003/2014, *Arrêt sur les réparations* (7 December 2018) 2 AfCLR 202, 2 RJCA 209; *Makungu v Tanzania* Application 006/2016, Judgment (Reparations) (23 June 2022).

7 https://www.african-court.org/cpmt (accessed 1 November 2023).

8 *African Commission v Libya* (n 4) paras 1, 3-6.

9 *African Commission v Libya* (n 4) paras 8-11.

10 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, 9 June 1998 (entry into force 25 January 2004). See also TM Makunya 'Decisions of the African Court on Human and Peoples' Rights during 2020: trends and lessons' (2021) 21 *African Human Rights Law Journal* 1249 ('[T]he legal basis for a default judgment is not treaty-based, that is, the procedure is not contemplated under the Protocol. It is rather regulated by the Rules of Court.').

11 Rules of Court (2 June 2010), African Court on Human and Peoples' Rights, Rule 55.

12 *African Commission v Libya* (n 4) paras 29-30, 32.

13 *African Commission v Libya* (n 4) paras 41-42 (referring to the lengthy procedural history demonstrating the service of all relevant documents), 46-60 (conducting an 'exhaustive examination' of its personal, material, temporal, and territorial jurisdiction), 61-74 (explaining why the application was admissible before it).

assessment of whether the application was well founded.[14] While there was a difference of opinion among the judges as to whether they should have examined the legal issues in additional detail or solicited further information,[15] it was evident that the Court accepted the applicant's unrebutted factual allegations as true and accordingly found that the non-participating state had violated the citizen's human rights.[16]

The next string of non-participation cases before the African Court arose mainly from Rwanda's and Tanzania's withdrawal of their respective declarations accepting the Court's jurisdiction with regard to cases instituted by individuals and recognised non-governmental organisations,[17] and their consequent determination not to further participate in proceedings. As a result, the Court had to deliberate and deliver ten judgments without any submissions from Rwanda as the respondent state,[18] followed by five judgments without the participation of Tanzania.[19]

Turning first to the *Umuhoza* case,[20] it is worth noting that during the merits stage, Rwanda had responded to allegations regarding the applicant's arrest, detention and trial,[21] to which the Court made extensive reference when rendering its judgment.[22] Having concluded that the applicant's human rights were violated in certain respects,[23] the Court noted that it lacked submissions on reparations and indicated it would determine the remedy 'after having heard the parties'.[24] Although Rwanda did not participate in the remedial stage of proceedings, this did not shift the burden of proof away from the applicant, whose evidence and arguments the Court scrutinised in

14 *African Commission v Libya* (n 4) paras 75-97 (dedicating substantial portions of the merits section to recalling the alleged violations and quoting legal provisions). See also O Windridge 'In default: *African Commission on Human and Peoples' Rights v Libya*' (2018) 18 *African Human Rights Law Journal* 775 (noting that the judgment 'does not provide a substantial analysis' of the merits).

15 See *African Commission v Libya* (n 4) Separate Opinion of Fatsah Ouguergouz J paras 5-17, 20-25, 28.

16 *African Commission v Libya* (n 4) paras 78, 85-87, 90-91, 93, 96-97.

17 The African Court held that these withdrawals would take effect one year after their deposit, but that they had no legal effect on cases already pending before the Court. *Umuhoza v Rwanda* Application 003/2014, Ruling on Jurisdiction (3 June 2016) 1 AfCLR 562, paras 18, 59, 67-69; *Cheusi v Tanzania* Application 004/2015, Judgment (26 June 2020) 4 AfCLR 219, paras 2, 37-39.

18 *Umuhoza* (n 6) para 15; *Mulindahabi* 006/2017 (n 5) para 21; *Mulindahabi* 007/2017 (n 5) para 23; *Mulindahabi* 009/2017 (n 5) para 18; *Mulindahabi* 004/2017 (n 4) para 18; *Mulindahabi* 005/2017 (n 5) para 21; *Mulindahabi* 010/2017 (n 5) para 26; *Mulindahabi* 011/2017 (n 5) para 19; *Mugesera* (n 4) para 15; *Munyandilikirwa* (n 5) para 45.

19 *Said* (n 5) para 12; *Richard* (n 4) para 12; *Muwinda* (n 4) para 20; *Makungu* (n 6) para 12; *Marwa* (n 5) para 19.

20 This is also referred to as the *Ingabire* case. See *Cheusi* (n 17) paras 37-39.

21 *Umuhoza v Rwanda* Application 003/2014, *Arrêt* (24 November 2017) 2 AfCLR 165, 2 RJCA 171, paras 3, 9, 36. Following its responsive submissions, Rwanda declined to furnish additional documentation sought by the Court and opted not to appear at subsequent hearings (paras 39, 43, 46).

22 *Umuhoza* (n 21) paras 50, 52, 61-65, 81, 91-92, 97, 101, 107, 125-127, 139, 145, 152.

23 *Umuhoza* (n 21) paras 98, 163, 173.

24 *Umuhoza* (n 21) para 170.

order to adjudicate, on an item-by-item basis, whether reparations were warranted and if so to precisely what extent, before determining that some reimbursement was due.[25] Yet even absent any countervailing submissions, the Court decided not to grant other prayers for relief, such as the applicant's request to receive reimbursement for equipment that was confiscated, which was deemed unsuccessful as she had not produced evidence of its monetary value.[26]

The next three judgments featuring non-participation were at the jurisdiction and admissibility stage. In *Mulindahabi* 6/2017, 7/2017 and 9/2017 the Court actively sought to avoid the respondent's non-participation, acting *proprio motu* to offer multiple, lengthy extensions to Rwanda in the hopes of receiving its arguments.[27] When that proved unsuccessful, the Court proceeded to enter a default judgment under Rule 55,[28] and although Rwanda had not challenged either the jurisdictional or admissibility questions,[29] the Court assessed both prerequisites. While it swiftly established that it had jurisdiction, the Court engaged in a detailed consideration of admissibility, leading it to conclude that the applicant had not exhausted local remedies and had not adduced evidence to support his claim that doing so was not feasible, with the result that each application was deemed inadmissible.[30]

The following year, the Court declared inadmissible three further *Mulindahabi* applications notwithstanding Rwanda's non-appearance. A similar approach emerged in cases 5/2017, 10/2017 and 11/2017, where the Court gave numerous extensions to Rwanda, observed that the respondent 'voluntarily refrained from asserting its defence', and turned to an examination of jurisdiction and then admissibility.[31] This time the Court's in-depth analysis concluded that local remedies had in

25 *Umuhoza* (n 6) paras 15, 17, 21, 38-46, 53-72, 74.

26 *Umuhoza* (n 6) paras 31-32, 47-52, 74.

27 *Mulindahabi* 006/2017 (n 5) paras 13, 15 (three extensions of 45 days each); *Mulindahabi* 007/2017 (n 5) paras 15, 17 (same); *Mulindahabi* 009/2017 (n 5) paras 12, 14 (first extension of 45 days and a further extension of 30 days).

28 *Mulindahabi* 006/2017 (n 5) para 17; *Mulindahabi* 007/2017 (n 5) para 19; *Mulindahabi* 009/2017 (n 5) para 15.

29 *Mulindahabi* 006/2017 (n 5) paras 23 ('noting that nothing on file indicates that it does not have jurisdiction'), 28 (noting that the admissibility requirements 'are not in contention between the parties, the Respondent State having not participated in the proceedings'); *Mulindahabi* 007/2017 (n 5) paras 25, 30 (same); *Mulindahabi* 009/2017 (n 5) paras 20, 24 (similar).

30 *Mulindahabi* 006/2017 (n 5) paras 23-24, 28-36, 39; *Mulindahabi* 007/2017 (n 5) paras 25-26, 30-38, 41; *Mulindahabi* 009/2017 (n 5) paras 20-21, 24-35, 38. In separate opinions, Bensaoula Chafika J set out her view that the Court had acted contrary to the provisions of Rule 55 by issuing a default judgment notwithstanding the lack of an 'application of the other party' to do so and without any legal reasoning permitting such a default, which she noted was different than rendering a judgment in the absence of one of the parties. *Mulindahabi* 006/2017 (n 5) *Opinion individuelle jointe l'arrêt du 4 juillet 2019* paras 2-9, 11-14; *Mulindahabi* 007/2017 (n 5) *Opinion individuelle jointe l'arrêt du 4 juillet 2019* paras 2-10, pp 3-4; *Mulindahabi* 009/2017 (n 5) *Opinion individuelle jointe l'arrêt du 4 juillet 2019* paras 2-10, pp 3-4.

31 *Mulindahabi* 005/2017 (n 5) paras 14, 16, 24, 29-31; *Mulindahabi* 010/2017 (n 5) paras 19, 21, 29, 34-36; *Mulindahabi* 011/2017 (n 5) paras 13, 15, 22, 27-29.

fact been exhausted, but that the applicant did not bring his case to the Court within a reasonable amount of time, rendering these applications inadmissible even if the judgments were issued in default.[32]

Conversely, the *Mulindahabi* 4/2017 application overcame both the jurisdictional and admissibility hurdles, leading the Court to the merits for adjudication.[33] The claims themselves arose from the applicant's job dismissal and dissatisfaction with how the Rwandan judiciary handled his legal challenges.[34] For its part, the Court remained acutely aware that Rwanda's non-appearance meant it could be lacking relevant information, as evidenced by the Court's frequent indication that its conclusions were necessarily based on 'the record' before it.[35] Moreover, the Court emphasised that 'the onus is on the Applicant to prove his allegations', which 'should not be limited to general statements' even if they were unopposed,[36] thereby making clear that non-participation did not shift or otherwise alleviate the burden placed on applicants to make out their case. Nor did it abbreviate the judges' extensive assessment of the merits, with the Court finding in favour of Rwanda on every matter before it in the default judgment.[37]

Shortly after these judgments, in September 2020 the African Court sought to enhance its effectiveness by revising the Rules of Court in a number of ways,[38] one of which was to streamline the process for entering a default judgment when one party did not participate. The Rule concerning default, now Rule 63, still provides that the African Court 'may' enter a decision in default and that before doing so the African Court must satisfy itself that the non-appearing party has been duly served with all relevant documents, but it no longer contains a requirement for the Court to satisfy itself of its jurisdiction, the application's admissibility, or that the application is well founded in fact and law.[39] When Rule 63 entered in force, it applied to all cases still pending resolution,[40] and therefore was applicable when the Court

32 *Mulindahabi* 005/2017 (n 5) paras 34-48, 51; *Mulindahabi* 010/2017 (n 5) paras 39-53, 56; *Mulindahabi* 011/2017 (n 5) paras 32-46, 49.

33 *Mulindahabi* 004/2017 (n 4) paras 27-28, 32-47.

34 *Mulindahabi* 004/2017 (n 4) paras 3-7, 48.

35 *Mulindahabi* 004/2017 (n 4) paras 34, 46, 55, 72, 100.

36 *Mulindahabi* 004/2017 (n 4) para 100.

37 *Mulindahabi* 004/2017 (n 4) paras 48-107, 115.

38 African Court on Human and Peoples' Rights 'African Court on Human and Peoples' Rights adopts new Rules of Court' 28 September 2020, https://www.african-court.org/wpafc/african-court-on-human-and-peoples-rights-adopts-new-rules-of-court (accessed 1 November 2023).

39 Rules of Court, 1 September 2020 (entry into force 25 September 2020) Rule 63 titled 'Decision in Default', and providing in section one that: 'Whenever a party does not appear before the Court, or fails to defend its case within the period prescribed by the Court, the Court may, on the Application of the other party, or on its own motion, enter a decision in default after it has satisfied itself that the defaulting party has been duly served with the Application and all other documents pertinent to the proceedings.'

40 African Court Rules (n 39) Rules 92, 93(1).

rendered a default judgment in *Mugesera* two months later.[41] While that judgment set out the text of this new Rule,[42] it was an apparent oversight to have indicated that Rule 63 still required assessments of jurisdiction, admissibility, and whether the claims were sufficiently founded, as had been necessary before the revisions.[43]

Of greater significance in *Mugesera* was that the Court elaborated a fuller approach to non-participation. In particular, the Court stated for the first time that the applicant could succeed by adducing *prima facie* evidence to make the allegations credible,[44] and that such *prima facie* evidence would shift the burden of proof to the respondent state for facts under its control,[45] with the clear implication that an absent state would not discharge this burden when it shifted.[46] This did not imply that the Court's assessment would be cursory or that the state would lose automatically, and indeed the Court examined and dismissed a number of allegations against Rwanda.[47] Yet Rwanda's non-appearance also meant that it had not responded on matters for which the Court considered the evidence to be sufficient to shift the burden, leading the Court to find that Rwanda had violated the applicant's human rights in various ways.[48] On reparations and costs, too, the Court scrutinised the evidence before it, granting some prayers for relief, dismissing others and using its inherent power to set its own compensation amounts.[49] Interestingly, when assessing the discrete factual issue of whether the applicant's daughter was in fact his daughter, the Court noted that this was not evidenced on the record and, with reference to the Rules, initiated its own research of the public domain to confirm this was the case.[50]

In the final case concerning Rwanda, *Munyandilikirwa*, the Court concluded that the conditions set out in recently revised Rule 63 were fulfilled and that it therefore 'may rule by default'.[51] While no longer a component of the legal framework for a party's non-participation, the

41 *Mugesera* (n 4) para 177.

42 *Mugesera* (n 4) paras 13-14.

43 *Mugesera* (n 4) para 18 referring to *African Commission v Libya* (n 4) paras 38-42; *Mulindahabi* 004/2017 (n 4) para 22. The two judgments relied upon had applied former Rule 55.

44 *Mugesera* (n 4) para 44 ('failure by one of the parties to appear before it does not exempt the Applicant from having to prove his case, and adduce evidence, even if *prima facie*, to render the allegations credible').

45 *Mugesera* (n 4) paras 33 ('with regard to the facts under control of the State, the burden of proof can be shifted to the Respondent State, provided that the Applicant adduces any *prima facie* evidence to support his allegation'), 84.

46 See *Mugesera* (n 4) para 34 ('on the basis of the information mentioned above ... the burden of proof is shifted to the Respondent State. Thus, without any contrary evidence submitted by the Respondent State, the Court concludes that it has no reason to consider that [the facts are not as alleged by the Applicant]').

47 *Mugesera* (n 4) paras 48-75, 78-86, 108, 110-114, 177.

48 *Mugesera* (n 4) paras 76-77, 87-107, 109, 115-121, 177.

49 *Mugesera* (n 4) paras 122-177.

50 *Mugesera* (n 4) paras 147, 152 referring to African Court Rules (n 39) Rule 55(1) ('The Court may, of its own accord or at the request of a party, obtain any evidence which in its opinion may provide clarification of the facts of a case. [...]').

51 *Munyandilikirwa* (n 5) para 46.

Court commenced with a jurisdiction and admissibility assessment in light of other governing provisions,[52] before potentially turning to the merits of the claim. Yet in what has become a regular occurrence, the applicant failed to establish compliance with all admissibility requirements, notwithstanding the lack of any counter-argument from the respondent state. Here, the applicant asserted that he should be excused from the need to exhaust local remedies because 'evidence suggests that they are in reality not available, effective, and sufficient in practice',[53] which he apparently supported with 'various reports of human rights organisations and bodies'.[54] Even though this allegation went unrebutted, the Court engaged in a detailed assessment of the applicable dispute resolution procedures in three languages, the provisions of Rwandan law and the holdings from multiple Rwandan proceedings in the case,[55] before concluding that there was 'nothing manifestly erroneous' in the Rwandan judiciary's assessments requiring the Court's intervention,[56] leading the majority to declare the application inadmissible.[57]

Turning to the series of rulings involving the non-participation of Tanzania, they likewise reflect the African Court's willingness to provide multiple extensions in an effort to receive responsive submissions on the matters before it. This was evidenced in both *Said* and *Marwa*, where the Court granted Tanzania a pair of extensions,[58] even though the applicants had not attempted to justify their own unreasonably late applications, rendering them inadmissible.[59]

Similarly, in *Richard* and *Muwinda*, where the applications were considered on the merits, the Court extended the time for Tanzania to respond on multiple occasions over a number of years, before concluding that it could enter a default judgment.[60] In turning to the merits in *Richard*, the Court repeatedly noted that due to Tanzania's non-response, the record was devoid of any explanation for why the applicant's criminal appeal had remained unresolved for many years, prompting the Court to find a violation of the right to be tried within a

52 *Munyandilikirwa* (n 5) paras 47-49, 56-58 referring to African Charter on Human and Peoples' Rights, 27 June 1981 (entry into force 21 October 1986) art 56; African Court Protocol (n 10) arts 3, 6(2); African Court Rules (n 39) Rules 49(1), 50(1)-(2).

53 *Munyandilikirwa* (n 5) para 65.

54 *Munyandilikirwa* (n 5) para 88.

55 *Munyandilikirwa* (n 5) paras 75-89.

56 *Munyandilikirwa* (n 5) para 90.

57 *Munyandilikirwa* (n 5) para 98. Ben Kioko J and Rafaâ Ben Achour J dissented.

58 *Said* (n 5) paras 9, 16 (90 days and 45 days); *Marwa* (n 5) paras 11-12, 19 (30 days and four months).

59 *Said* (n 5) paras 39, 44, 50 (filed eight years and three months after the exhaustion of local remedies); *Marwa* (n 5) paras 36, 41-42, 48 (submitted more than six years after local remedies were exhausted). Bensaoula Chafika J dissented in the latter case.

60 *Richard* (n 4) paras 8, 16, 18 (seven reminders between January 2017 and July 2020); *Muwinda* (n 4) paras 12-20, 29 (six extensions granted between July 2018 and March 2021).

reasonable time.[61] Interestingly, in considering reparations, the Court simply 'observe[d] that the Applicant suffered emotional distress' as a result of this violation, without reference to any supporting evidence, before granting a financial award for the resultant moral prejudice.[62] *Muwinda*, by contrast, arose after Tanzania's appellate court had finished adjudicating an employment-termination dispute, permitting the African Court to rely on these findings when considering that the applicants had not addressed, let alone overcome, the deficiencies identified by the Tanzanian judiciary.[63] Nor did the applicants meet their burden to demonstrate they were discriminated against, with their 'general allegation of discrimination' insufficient even with the respondent state declining to respond.[64]

The Court also gave Tanzania two reminders before rendering a default judgment in the *Makungu* reparations matter, from which the applicant sought reparations for violations arising out of the inability to appeal his criminal conviction and sentence for more than 22 years.[65] Notwithstanding Tanzania's non-participation at this remedial stage, the Court reiterated that the burden remained on the applicant to justify his request for relief, especially as it pertained to material damages, and found that the applicant had not established that he sold his house and land as a result of his incarceration.[66] With respect to his lost earnings as a farmer, the Court accepted that a 'flexible approach' was warranted given the applicant's inability to provide documents of his earnings from decades earlier,[67] and *proprio motu* engaged in a detailed calculation of what he would have earned in approximate terms.[68] Turning to his claims arising out of moral prejudice, the Court accepted without evidence that the violations and long prison term 'undoubtedly caused [the applicant] distress and psychological anguish' warranting compensation, but also considered the medical documentation he provided of specific ailments to be 'incomplete and unclear' as to whether they were directly caused by the violations.[69] The Court likewise demanded more than an affidavit to establish the applicant's relationship with alleged indirect victims such as his spouses, children and mother, and considered that without more these requests for reparations could not succeed, even if they had not been opposed by Tanzania.[70]

61 *Richard* (n 4) paras 37, 47-50.

62 *Richard* (n 4) para 56. Blaise Tchikaya J dissented with respect to this award of damages.

63 *Muwinda* (n 4) paras 5-7, 55-58.

64 *Muwinda* (n 4) para 66.

65 *Makungu* (n 6) paras 1, 7-8, 16, 18, 30, 45. Tanzania had participated in the earlier proceedings on the merits. See *Makungu* Application 006/2016, Judgment (7 December 2018) 2 AfCLR 550, paras 16, 26-27.

66 *Makungu* (n 6) paras 22, 37-38.

67 *Makungu* (n 6) paras 32-33.

68 *Makungu* (n 6) paras 33-36, 77.

69 *Makungu* (n 6) paras 49, 51-53.

70 *Makungu* (n 6) paras 54-63.

In 2022 two further applications were dismissed by the Court as inadmissible even without contravening arguments from the respondent states. In *Touray* the Court observed that some applicants made no submissions on the exhaustion of local remedies in The Gambia, and considered by majority that other applicants filed public interest cases that were identical to claims recently adjudicated by the ECOWAS Community Court of Justice, thereby rendering them already settled and inadmissible.[71] In *Baguain* the African Court found that local remedies had not been exhausted in Burkina Faso, since the applicant filed an appeal in 2018 that was still pending when he filed his application before the Court in 2019,[72] which the Court did not consider to be 'unduly prolonged',[73] though it also did not inquire or address whether the appeal was still pending at the time of its decision three years later.[74]

The most contemporary example of the African Court's approach to non-participation can be seen in the recent *Kaunda* judgment. While Malawi had filed a response to the initial request for provisional measures, it had not responded on the merits application, even after the Court offered a 45-day extension before closing the proceedings.[75] Referring to Rule 63, the Court considered the necessary formalities to have been complied with and decided *proprio motu*, 'for the proper administration of justice', to render the judgment by default.[76] As has now become customary, the Court commenced with a jurisdiction and admissibility assessment,[77] before turning to the merits of the claim that Malawi's Supreme Court of Appeal had violated the applicants' rights when it nullified an election due to certain irregularities.[78] For each such allegation, the Court duly noted the lack of submissions from the respondent, proceeded to the record concerning the rulings of the Malawian Supreme Court of Appeal, and found that the applicants' mere assertions did not discharge their burden to demonstrate error in those national decisions.[79]

71 *Touray* (n 5) paras 35, 39-45, 49; Joint Separate Opinion of Ben Kioko J and Stella Anukam J, para 10; Joint Dissenting Opinion of Rafâa Ben Achour J and Blaise Tchikaya J, paras 4-16.

72 *Touray* (n 5) paras 28-33.

73 *Touray* (n 5) para 31.

74 See *Touray* (n 5) paras 7-10, 31-35.

75 *Kaunda* (n 2) paras 8, 10-12, 14, 17-18.

76 *Kaunda* (n 2) paras 15-20.

77 *Kaunda* (n 2) paras 21-37.

78 *Kaunda* (n 2) paras 38-39, 44-45, 48, 56-57.

79 *Kaunda* (n 2) paras 40, 44-47, 49, 53-55, 58, 62-63, 65-67, 76.

3 NON-PARTICIPATION IN OTHER REGIONAL COURTS IN AFRICA AND BEFORE INTERNATIONAL COURTS

In order to place the approach of the African Court in context, a review of other regional courts in Africa was undertaken to identify any instances of non-participation. This was necessarily limited by the resources made available by the courts, which largely place their rulings on their websites, either directly or through published compilations of jurisprudence. Focus was maintained on judgments where no respondent participated, and thus where the adjudicators were devoid of any argumentation or challenge in opposition to the application. Cases where at least one respondent participated are, therefore, not incorporated below.

No such instance of non-participation was identified in the East African Court of Justice, while the absence of the respondent was noted in both the ECOWAS Community Court of Justice and the COMESA Court of Justice. After first examining the experiences of these two courts, this section will briefly set out the approach at the international level to a party's non-participation, before turning towards a comparative analysis in the following part.

3.1 Non-participation in the ECOWAS Community Court of Justice

Established in 1975 in order to accelerate and sustain economic development and thereby promote unity among the countries of West Africa,[80] ECOWAS still comprises 15 member states today.[81] Its Community Court of Justice effectively started functioning in 2004, when its jurisdiction was almost immediately expanded to cover alleged human rights violations in any member state and to permit both individuals and corporate bodies to bring claims before the Court.[82] Since then it has issued approximately 275 judgments,[83] 15 of which

80 Treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS), 28 May 1975 (entry into force 20 June 1975) Preamble. See also Revised Treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS), 24 July 1993 (entry into force 23 August 1995) Preamble.

81 https://ecowas.int/about-ecowas; https://ecowas.int/member-states (both accessed 1 November 2023).

82 (2004-2009) CCJELR vii-viii. See also Supplementary Protocol A/SP.1/01/05, 19 January 2005, arts 3(4), 4.

83 (2004-2009) CCJELR; (2010) CCJELR; (2011) CCJELR; (2012) CCJELR; (2013) CCJELR; (2014) CCJELR; (2015) CCJELR; (2016) CCJELR; (2017) CCJELR; http://www.courtecowas.org/decisions-3 (accessed 1 November 2023). This does not include advisory opinions or other rulings.

involved the respondent's wholesale non-participation,[84] attendance but non-submission of views,[85] or non-attendance with belated or irregular submission of a statement in defence.[86]

It is difficult to discern a single, consistent approach to non-participation among these 15 cases, nor has there been an apparent evolution towards cohesion. One commonality that has emerged, however, is that the ECOWAS Community Court of Justice may be ready to grant respondents additional time in the hope of receiving their views, but it will not accept submissions that are unduly delayed in nature. That is understandable when '[t]he attitude of [the defendant throughout the proceedings showed total and blatant disregard for the proceeding before this Court and for the outcome of the case',[87] as in *Mba*, prompting the Court to reject a second extension of time,[88] enter a default judgment that ultimately went against the respondent,[89] and dismiss the later request to set aside that judgment.[90] Notably, in this case it appeared that the respondent had belatedly submitted its 'Statement of Defence',[91] but the Court made no mention of its contents or the views of the respondent when adjudicating the merits of the application.[92] In other cases where the ECOWAS Court declined to

84 *Ukor v Laleye* Judgment ECW/CCJ/JUD/01/05 (27 May 2005) (2004-2009) CCJELR 19; *Oserada v ECOWAS Council of Ministers & Others* Judgment ECW/CCJ/JUD/01/08 (16 May 2008) (2004-2009) CCJELR 167; *Manneh v The Gambia* Judgment ECW/CCJ/JUD/03/08 (5 June 2008) (2004-2009) CCJELR 181; *Bah v Sierra Leone* Judgment ECW/CCJ/JUD/11/15 (4 May 2015) (2015) CCJELR 193; *Eli v Nigeria* Judgment ECW/CCJ/JUD/29/19 (11 October 2019); *Gnimagnon & Others v ECOWAS Commission* Judgment ECW/CCJ/JUD/15/2022 (28 March 2022).

85 *Heirs of Baré v Niger* Judgment ECW/CCJ/JUD/23/15 (23 October 2015) (2015) CCJELR 429; *Touré & Bangoura v Guinea* Judgment ECW/CCJ/JUD/03/16

85 (16 February 2016) (2016) CCJELR 29; *Santoi v Nigeria* Judgment ECW/CCJ/APP/01/19 (23 January 2019); *Faculty of Peace & Others v Nigeria* Judgment ECW/CCJ/JUD/06/22 (21 March 2022).

86 *Mba v Ghana* Judgment ECW/CCJ/JUD/10/13 (6 November 2013) (2013) CCJELR 335; *Kakali v Niger* Judgment ECW/CCJ/JUD/26/15 (1 December 2015) (2015) CCJELR 497; *Pilakiwe & Others v Togo & Togolese Tax Revenue Office* Judgment ECW/CCJ/JUD/01/16 (16 February 2016) (2016) CCJELR 1; *Vision Kam Jay Investment v President of the Commission & ECOWAS Commission* Judgment ECW/CCJ/JUD/24/16 (6 October 2016) (2016) CCJELR 595; *Sam-Sumana v Sierra Leone* Judgment ECW/CCJ/JUD/19/17 (27 November 2017) (2017) CCJELR 281.

87 *Mba v Ghana* Judgment ECW/CCJ/RUL/07/14 (13 May 2014) (2014) CCJELR 137 para 27.

88 *Mba v Ghana* Ruling ECW/CCJ/RUL/14/13 (6 November 2013) (2013) CCJELR 325 paras 21-22 (an extension of time, which reflected a 'strict notice' that non-compliance could lead to default, had already amounted to 85 days), 34 (request for further extension rejected). See also *Mba* (n 86) para 9 (the respondent did not appear at the oral hearing either).

89 See *Mba* (n 86) paras 10, 48-50, 63, 74, 103, 109.

90 *Mba* (n 87) para 37. The Court would subsequently dismiss the plaintiff's efforts to seek enforcement of the judgment as well. *Mba v Ghana & Others* Judgment ECW/CCJ/JUD/30/18 (11 December 2018) pp 12, 21.

91 *Mba* (n 88) para 4.

92 Eg *Mba* (n 86) para 109 ('considering that the Republic of Ghana did not in any way challenge the complaint filed against it').

accept a late defence filing,[93] however, it referenced the statement's content in the judgment to varying extents: relying only on non-denials and admittance of a key fact in *Vision Kam Jay*,[94] setting out the respondent's position in both *Kakali* and *Pilakiwe*,[95] and not only summarising but also taking into account defence arguments in *Sam-Sumana*.[96]

A comparable flexibility can also be seen in cases where the respondent participated only by seeking an extension or appearing in court, but evidently never sought to challenge the applicant's claims through formal or informal means.[97] In *Heirs of Baré* the ECOWAS Court opted to contemplate a 'clearly perceptible line of defence' that could be seen 'from the attitude of [the respondent's] domestic courts',[98] even though no such defence position was invoked in *Touré & Bangoura*, *Santoi* or *Faculty of Peace*.[99]

Variable approaches have also arisen in cases where the respondent did not appear or participate in any manner, with *Manneh* being a particular outlier. In that case, which concerned the arrest and incommunicado detention of a journalist without trial in The Gambia, the ECOWAS Court not only adjourned its hearing to give the defendant an additional opportunity to appear, which in turn led to a second adjournment, but it then demanded that other evidence be introduced to prove the uncontested allegations in line with article 43 of its Rules.[100] As a consequence, the plaintiff called three witnesses to testify on his behalf and, even afterwards, the Court 'gave another opportunity to the defendant to attend the next session to cross-examine the witnesses, and to present their side of the story'.[101] After the defendant declined to participate for the sixth time, the Court reasoned that the uncontroverted evidence before it revealed numerous human rights violations.[102] Conversely, the responding party's total absence in other cases did not prompt *proprio motu* action by the Court, not only when the application was deemed inadmissible as in

93 *Kakali* (n 86) pp 500, 503-504; *Pilakiwe* (n 86) para 18; *Vision Kam Jay* (n 86) pp 602, 604-605; *Sam-Sumana* (n 86) pp 281, 288.

94 *Vision Kam Jay* (n 86) 605 ('The Defendants have not denied any of these allegations (even from the purported statement of defence, which the Court discountenanced, the debt [at issue in the case] was clearly admitted).').

95 *Kakali* (n 86) pp 502-503; *Pilakiwe* (n 86) paras 11-14.

96 *Sam-Sumana* (n 86) pp 288-289, 293, 296-298.

97 See *Heirs of Baré* (n 85) paras 26, 28-29; *Toure & Bangoura* (n 85) paras 2, 6, 8, 10; *Santoi* (n 85) paras 3, 5-7, 9; *Faculty of Peace* (n 85) paras 6-7.

98 *Heirs of Baré* (n 85) para 25.

99 Eg *Toure & Bangoura* (n 85) paras 11-53; *Santoi* (n 85) para 62; *Faculty of Peace* (n 85) paras 16, 35.

100 *Manneh* (n 84) paras 4-6, 41. See Rules of the Community Court of Justice of the Economic Community of West African States (ECOWAS) (effective date 2002) art 43(1) ('The Court may, either of its own motion or on application by a party, order that witnesses prove certain facts. The order of the Court shall set out the facts to be established.').

101 *Manneh* (n 84) paras 7-10.

102 *Manneh* (n 84) paras 4, 10, 20, 23, 27, 41.

Ukor and *Oserada*,[103] but equally in *Bah* when the Court relied on documentary evidence to give a total victory to the plaintiff except only on the amount of damages requested,[104] and in *Eli* and *Gnimagnon* which revealed a situation-specific determination of whether any supporting documentation was necessary or sufficient to establish an undisputed allegation.[105]

With only a few exceptions,[106] the ECOWAS Court consistently entered a default judgment or expressly indicated that it considered the situation one of default.[107] Such an outcome may not have been foreseen in the foundational documents,[108] but it is specifically contemplated by the Court's Rules,[109] with article 90(4) stating that '[b]efore giving judgment by default the Court shall, after considering the circumstances of the case consider (a) whether the application initiating proceedings is admissible; (b) whether the appropriate formalities have been complied with; and (c) whether the application appears well founded'. Yet, in numerous cases the Court did not assess admissibility, compliance with formalities, and the apparent well-founded nature of the application before entering a default judgment, with the result that the Court frequently proceeded in default only to later conclude that these prerequisites were not fulfilled.[110] Only in *Santoi* did the Court first proceed as set out in article 90(4) and, after one condition was not fulfilled, refrain from entering a default judgment.[111] Moreover, article 90(4)(c) provides for an assessment of whether the application 'appears' well founded, not whether it actually 'is' well founded, with the Court's application of the latter standard entailing a more in-depth analysis than mandated by its legal framework.[112]

103 *Ukor* (n 84) paras 32-33; *Oserada* (n 84) p 180.

104 *Bah* (n 84) pp 198, 207-213.

105 *Eli* (n 84) paras 37-38, 46-49, 53, 55, 59-61, 63, 66, 69; *Gnimagnon* (n 84) paras 139-144, 157-158, 164-165, 186, 199-203, 208-210, 215-219.

106 *Sam-Sumana* (n 86); *Santoi* (n 85); *Faculty of Peace* (n 85).

107 *Ukor* (n 84) paras 1, 31; *Oserada* (n 84) para 18, p 179; *Manneh* (n 84) para 10; *Mba* (n 86) paras 10, 49, 63, 74-75, 103; *Bah* (n 84) p 200; *Heirs of Baré* (n 85) para 32, p 451; *Kakali* (n 86) pp 504, 510; *Pilakiwe* (n 86) para 18, p 10; *Touré & Bangoura* (n 85) para 62, p 60; *Vision Kam Jay* (n 86) p 605; *Eli* (n 84) para 71; *Gnimagnon* (n 84) para 138.

108 See ECOWAS Revised Treaty (n 80) art 15; Protocol A/P.1/7/91 on the Community Court of Justice, 6 July 1991, arts 11-14.

109 ECOWAS Rules (n 100) art 90 titled 'Judgments by Default and Applications to Set Them Aside'.

110 *Ukor* (n 84) paras 31-32 (default, but application inadmissible for lack of merit); *Oserada* (n 84) pp 179-180 (default, but application inadmissible and no grounds to examine the merits); *Kakali* (n 86) pp 510-511 (default, but declaring the Court had no power to provide the requested relief, and rejecting all claims accordingly); *Pilakiwe* (n 86) pp 10-11 (default, but declaring that the case did not involve one of the respondents and that no violations could be attributed to the other respondent).

111 *Santoi* (n 85) paras 68, 78-79, 98-99, 107-108, 110, 117, 124, 127, p 23.

112 Eg *Eli* (n 84) p 13 (section heading '[o]n whether the Application is well founded', followed by 32 paragraphs evaluating the allegations); *Faculty of Peace* (n 85) para 37 ('The Court must still determine whether the Application is well founded', with 52 paragraphs dedicated to the merits assessment).

None of these approaches seems to depend on the strength of the plaintiff's case, as no pattern materialises from those where the application was entirely or mostly upheld,[113] where a smaller number of violations was established,[114] or where the application was denied notwithstanding the absent respondent.[115] Perhaps the main constant was that the ECOWAS Community Court of Justice largely proceeded on the basis that a successful applicant needed to provide a convincing evidential basis for its allegations, and a respondent's lack of challenge did not alter this burden of proof.[116]

3.2 Non-participation in the COMESA Court of Justice

COMESA, established in 1994 to advance the economic integration of its member states,[117] now encompasses 21 states including a number located in other regions of Africa.[118] Structurally, COMESA is composed of numerous organs, including the COMESA Court of Justice, whose remit is to adjudicate matters referred to it by member states, the Secretary-General and legal or natural persons in accordance with the founding treaty.[119] Although it too was established in 1994, the COMESA Court of Justice has been called upon to issue only 28 judgments or other reported rulings,[120] two of which involved a party's non-participation.[121]

In *PTA Bank v Burundi* the Eastern and Southern African Trade and Development Bank – which was also a COMESA institution[122] – had sought to lease its former headquarters in Bujumbura to another organisation, which Burundi prohibited.[123] The Bank reacted by alleging a violation of the host state agreement and seizing its sister institution, the COMESA Court of Justice, with two applications for interim relief, to which Burundi offered no response.[124] However, at

113 *Manneh* (n 84) paras 41, 44; *Mba* (n 86) paras 92, 99, 102, 109; *Bah* (n 84) pp 198, 213; *Heirs of Baré* (n 85) paras 23, 40, 69, 71-72, pp 451-452; *Vision Kam Jay* (n 86) pp 601-602, 607; *Faculty of Peace* (n 85) para 15, pp 33-34; *Gnimagnon* (n 84) paras 121, 242.

114 *Touré & Bangoura* (n 85) pp 60-61; *Sam-Sumana* (n 86) pp 286-288, 300; *Eli* (n 84) para 71.

115 *Ukor* (n 84) para 32; *Oserada* (n 84) p 180; *Kakali* (n 86) p 511; *Pilakiwe* (n 86) p 11; *Santoi* (n 85) p 23.

116 Eg *Mba* (n 86) paras 83-86; *Santoi (*n 85) paras 83-84; *Eli* (n 84) paras 35-37.

117 Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa, 5 November 1993 (entry into force 8 December 1994) Preamble.

118 https://www.comesa.int/members (accessed 1 November 2023).

119 COMESA Treaty (n 117) arts 7(1), 23(1), 24-30. See also https://www.comesa.int/comesa-institutions-3 (accessed 1 November 2023).

120 https://comesacourt.org/court-decisions (accessed 1 November 2023).

121 *PTA Bank v Burundi* Reference 1 of 2006, Judgment of the Court (16 August 2006); *COMESA v Dube* Appeal 1 of 2015, Judgment of the Court (26 May 2016).

122 COMESA Treaty (n 117) art 174(1)-(3).

123 *PTA Bank v Burundi* (n 121) pp 1-4.

124 *PTA Bank v Burundi* (n 121) pp 4-7.

the hearing the COMESA Court pressed the Bank's legal representative to such an extent that he was forced to 'concede' a number of points, after which the Court concluded that it lacked jurisdiction as domestic remedies had not been exhausted.[125]

The procedural posture was different in *Dube*, in which COMESA itself had appealed from a first-instance determination that the Secretary-General had unlawfully dismissed a former staff member.[126] The appeal hinged on questions concerning the interpretation of the staff rules governing summary dismissal and due process,[127] with the Appellate Division of the COMESA Court of Justice being deprived of 'the benefit of hearing submissions on behalf of the respondent' on account of his non-participation.[128] Yet, following its own detailed consideration of the applicable provisions, and recognising the need for procedural fairness even in cases of summary dismissal, the Appellate Division agreed with the first-instance determination and ruled against COMESA.[129]

At the time of these two cases, the COMESA Court of Justice's responses to non-participation do not appear to have been governed by specific legal provisions, not least because such a situation was not foreseen in the founding treaty and its Rules of Procedure came into effect following these judgments.[130] The current legal framework permits dismissal of a claim if the claimant does not attend the hearing to pursue the matter, while indicating that the case should continue to be heard if it is the respondent who is absent.[131]

3.3 Non-participation in international courts and tribunals

Like their regional counterparts, international courts and tribunals have been forced to grapple with a party's non-participation in proceedings before them. This issue has arisen in fields as diverse as interstate disputes,[132] international human rights law,[133] international

125 *PTA Bank v Burundi* (n 121) pp 7-12.

126 *Dube* (n 121) paras 1-4, 19.

127 *Dube* (n 121) paras 21-24.

128 *Dube* (n 121) paras 4, 26.

129 *Dube* (n 121) paras 27-39.

130 See COMESA Treaty (n 117) art 33; COMESA Court of Justice Rules of Procedure, 15 October 2016 (entry into force 15 October 2016).

131 COMESA Court of Justice Rules of Procedure (n 130) Rules 59, 64(2), 88.

132 Eleven judgments in the International Court of Justice (ICJ), eight instances in the Permanent Court of Arbitration (PCA) and two cases in the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS). C Lentz 'The evidentiary implications of a party's non-participation in the proceedings' in G Kajtár, B Çali & M Milanovic (eds) *Secondary rules of primary importance in international law: attribution, causality, evidence, and standards of review in the practice of international courts and tribunals* (2022) 204-209.

133 Sixty examples in the Human Rights Committee (CCPR) since 2000 identified in a non-exhaustive search, with three decisions in the Committee against Torture

administrative law,[134] international trade law,[135] and international criminal law.[136] Following a holistic assessment of these bodies in how they address non-participation, both similarities and differences have become apparent.

With regard to the commonalities, it is evident that a party's absence never prompts an international adjudicator to discontinue the proceedings, shift the burden of proof or automatically enter a judgment against the non-participant. On the contrary, international decision makers frequently go to great lengths to ensure that the proceedings are beyond reproach. Indeed, an absent party occasionally emerges victorious, either in part or in whole, with 16 examples identified among approximately 100 cases.[137]

As for variances, they are seen most prominently in the extent to which an international panel will seek out and consider additional information not already on the formal record, and the extent of its analysis before making findings. In this respect, interstate dispute bodies often go beyond the strict confines of the record to identify and assess arguments that could benefit the absent party, international human rights committees largely remain focused on the material brought to their attention, and international administrative law reflects a case-by-case approach. These differences have been explained with reference to each international body's foundational texts, which often identify or suggest divergent practices for how to address non-participation.[138] Where the legal framework is unclear or silent on this matter, the international courts have tended to devise their own approach in the cases before them.[139]

4 ASSESSING THE APPROACHES TO NON-PARTICIPATION

It perhaps is no surprise that non-participation features most prominently, and frequently, in the two regional courts in Africa that permit an individual to bring a human rights claim against a state. The African Court and the ECOWAS Court have respectively faced 19 and 15 identified instances of non-participation in their judgments, whereas only two exist before the COMESA Court and none before the East African Court of Justice. Not only have the African Court and the

(CAT) and one case in the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW Committee). Lentz (n 132) 209-212.

134 Sixteen judgments in the United Nations Appeals Tribunal (UNAT). Lentz (n 132) 212-215.

135 One panel report in the World Trade Organisation. Lentz (n 132) 203.

136 One case apiece before the International Military Tribunal and the Special Tribunal for Lebanon. Lentz (n 132) 203.

137 Lentz (n 132) 215.

138 Lentz (n 132) 215-218 (discussing the ICJ Statute, PCA cases based on the United Nations Convention on the Law of the Sea, and the applicable convention or protocol for the CCPR, CAT and CEDAW Committee).

139 Lentz (n 132) 217-218 (addressing ITLOS and UNAT).

ECOWAS Court issued a greater number of judgments with an absent respondent, but they also continue to face this challenge unabated, with eight such judgments rendered in the last two years.[140]

Similar approaches can be seen both among these courts as well as in comparison to international adjudicative bodies. At the most basic level, a party's non-participation does not terminate the proceedings, alleviate the applicant's burden of proof or lead to an automatic judgment entered in favour of the claimant. In this respect, it bears mention that both the African Court and the ECOWAS Court use the term 'default judgment' within the context of their specific legal framework, and not in the broader sense of entering a judgment against the non-participant.[141]

Across regional courts in Africa, respondents have regularly triumphed in spite of their non-appearance, including in 14 of 19 cases before the African Court,[142] five times out of 15 in the ECOWAS Court,[143] and both instances in the COMESA Court of Justice.[144] Even when the judges consider some allegations to be established, this does not necessitate an outright victory.[145] In fact, out of 36 cases of non-appearance, only six applicants emerged wholly victorious on the merits, if not on reparations.[146]

This nuanced reaction to non-participation is also reflected in the willingness of each institution, on occasion, to seek confirmation or clarification of necessary issues even when not disputed by the absent respondent. At its most proactive, this power was exercised by the

140 *Kaunda* (n 2) (African Court 2023); *Baguian* (n 5) (African Court 2022); *Marwa* (n 5) (African Court 2022); *Makungu* (n 6) (African Court 2022); *Gnimagnon* (n 84) (ECOWAS 2022); *Touray* (n 5) (African Court 2022); *Muwinda* (n 4) (African Court 2022); *Faculty of Peace* (n 85) (ECOWAS 2022). The last such judgment in the COMESA Court of Justice was in 2016. See *Dube* (n 121).

141 See 'default judgment' in B Garner (ed) *Black's law dictionary* (2019) 526 ('A judgment entered *against* a defendant who has failed to plead or otherwise defend against the plaintiff's claim') (my emphasis). In the African Court on Human and Peoples' Rights, Bensaoula Chafika J similarly noted that rendering a judgment in the absence of the respondent 'is in no way the legal definition of default'. *Mulindahabi* 006/2017 (n 5) separate opinion para 8; *Mulindahabi* 007/2017 (n 5) separate opinion para 9. See also *Mulindahabi* 009/2017 (n 5) separate opinion para 9; above n 30.

142 *Mulindahabi* 006/2017 (n 5) para 39; *Mulindahabi* 007/2017 (n 5) para 41; *Mulindahabi* 009/2017 (n 5) para 38; *Mulindahabi* 004/2017 (n 4) para 115; *Mulindahabi* 005/2017 (n 5) para 51; *Mulindahabi* 010/2017 (n 5) para 56; *Mulindahabi* 011/2017 (n 5) para 49; *Said* (n 5) para 50; *Munyandilikirwa* (n 5) para 98; *Muwinda* (n 4) para 74; *Touray* (n 5) para 49; *Marwa* (n 5) para 48; *Baguian* (n 5) para 39; *Kaunda* (n 2) para 76.

143 *Ukor* (n 84) para 32; *Oserada* (n 84) p 180; *Kakali* (n 86) p 511; *Pilakiwe* (n 86) p 11; *Santoi* (n 85) p 23.

144 *PTA Bank v Burundi* (n 121) p 12; *Dube* (n 121) para 39.

145 *Heirs of Baré* (n 85) pp 451-452; *Touré & Bangoura* (n 85) pp 60-61; *Sam-Sumana* (n 86) p 300; *Umuhoza* (n 6) para 74; *Eli* (n 84) para 71; *Mugesera* (n 4) para 177; *Faculty of Peace* (n 85) p 34; *Gnimagnon* (n 84) para 242; *Makungu* (n 6) para 77.

146 *Manneh* (n 84) paras 23, 28, 41, 43-44; *Mba* (n 86) paras 92, 99, 102-103, 109; *Bah* (n 84) pp 198, 213; *African Commission v Libya* (n 4) paras 85, 90-91, 96-97, p 171; *Vision Kam Jay* (n 86) pp 598-599, 607; *Richard* (n 4) paras 50-51, 64.

ECOWAS Court in a relatively early case, when it ordered the plaintiff to adduce additional evidence to support his claims, prompting him to call three witnesses to testify before the Court.[147] The African Court has contemplated but declined to use its corresponding power to solicit further evidence,[148] yet it has performed its own, open-source investigation to confirm undisputed information before it rather than accept the pleadings as sufficient.[149] Not dissimilarly, the COMESA Court's own questioning prompted the unopposed applicant to concede a multitude of jurisdictional points, even without any challenge from the respondent.[150] While used sparingly and judiciously, these actions demonstrate that regional adjudicators throughout Africa remain minded to ensure that their judgments have sufficient basis in fact and law, even absent any arguments to the contrary. This is all the more remarkable for the African Court, given that its Rules were revised to eliminate the need for the Court to satisfy itself that the application 'is … well founded in fact and in law' before entering a default judgment,[151] which has not prevented it from continuing to assess the legal and evidentiary sufficiency of the allegations in detail.[152]

This reveals another commonality among African regional courts in reacting to non-participation, namely, that this situation is not addressed in their constitutive legal documents and that they take limited direction from the other provisions of their legal framework. For the COMESA Court, this was by necessity, as its Rules of Procedure came into effect only after the relevant judgments had been rendered.[153] However, for both the African Court as well as the ECOWAS Court, they frequently appear to be guided, but not constrained, by the relevant Rules in determining how to address a party's non-participation.[154] Similar instances exist among international decision makers, and while they are generally outliers,[155] they also occur most regularly when a party's absence is not accounted for by those establishing the court or tribunal, leaving the issue to be resolved through subsequent judicial determination.[156]

The African Court and ECOWAS Court appear to share an eagerness to dispense justice in each individual case, and a willingness to take the steps they deem necessary to do so. This flexible, case-

147 *Manneh* (n 84) paras 6-10.

148 See *African Commission v Libya* (n 4) Separate Opinion of Fatsah Ouguergouz J paras 15-17, 20-25, 28.

149 *Mugesera* (n 4) para 152.

150 *PTA Bank v Burundi* (n 121) pp 7-11.

151 See nn 11 (former African Court Rule 55(2)), 39 (African Court Rule 63).

152 *Mugesera* (n 4) paras 18, 40-121, 177; *Muwinda* (n 4) paras 48-66, 74; *Kaunda* (n 2) paras 38-67, 76.

153 See nn 121, 130.

154 See nn 42-43, 110-112, 151-152.

155 See Lentz (n 132) 211-212, 217-218 (addressing three instances, out of 60 cases, where the CCPR went beyond the information made available to it by the parties, notwithstanding the indication in its constitutive document that complaints are to be considered only in light of such information).

156 See n 139.

specific approach accounts for some of the variation seen in both courts, especially considering that they have encountered non-participation at all stages of their proceedings as well as in relation to a diverse range of claims. Just like their international counterparts,[157] it is apparent that regional judges in Africa endeavour to ensure that a party's non-participation does not impact the legitimacy of the proceedings before them.

5 CONCLUSION

Regional courts in Africa have already confronted non-participation on numerous occasions, from which they have developed specific approaches to a party's absence and whether and how to utilise their legal provisions governing default judgments. The African Court and the ECOWAS Court have been most active in this regard, and both have independently sought to evaluate the applicants' claims on the merits, even when they are not otherwise contested, and despite the fact that doing so is not mandated by their applicable rules.

This heightened attention to the veracity of allegations would seem to boost the perceived legitimacy of these judges' findings, even if the result is that applicants discover their uncontested claims being rejected more often than not. It remains to be seen, however, whether the African Court and ECOWAS Court can maintain this resource-intensive approach if their caseloads continue to multiply. Perhaps, too, some potential respondents are taking note of these outcomes and contemplating whether this moderates the need for them to participate in the proceedings, at least so long as these bodies continue to go beyond what is required by the provisions for default in their legal framework and rule in favour of non-participants.

With the extensive number of pending cases, it can safely be concluded that the latest judgment by the African Court will soon be overtaken by even more recent judicial pronouncements concerning a party's absence. Indeed, regional courts in Africa seem poised to face additional instances of non-participation on a fairly regular basis, permitting them the opportunity to calibrate their approaches further.

157 Lentz (n 132) 215.

Fluctuating standards of proof at the African Court: a case for principled flexibility

*Edward Kahuthia Murimi**
https://orcid.org/0000-0003-1758-6629

ABSTRACT: This article focuses on the application of standards of proof in cases before the African Court on Human and Peoples' Rights, a relatively under-studied area. It argues that the Court applies fluctuating standards of proof depending on facts of each case and, while this phenomenon is not uncommon in international practices, it nonetheless has negative implications for human rights protection when this fluid application of standards of proof is not properly calibrated. The application of a high standard of proof in admissibility decisions, as the article argues, risks making the African Court less accessible. Similarly, the article contends that in merits and reparations decisions, a strict approach to evidence that entails application of a high standard of proof has led to inappropriate dismissal of what arguably are valid claims in some cases. To address these challenges, the article suggests that a flexible yet principled evidentiary approach to questions of standards of proof can guide the Court towards fairer and more consistent decisions.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS:

La fluctuation des standards de preuve à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: pour une flexibilité principielle

RÉSUMÉ: Cette contribution porte sur l'application des modes de preuve dans les affaires portées devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples qui reste un aspect relativement peu exploré. La contribution avance que la Cour applique des normes fluctuantes concernant l'administration de la preuve en fonction des faits de chaque affaire. Si ce phénomène n'est pas rare dans la pratique judiciaire internationale, il a néanmoins des implications négatives sur la protection des droits de l'homme lorsque cette application fluide des modes de preuve n'est pas correctement calibrée. L'application d'un standard élevé en matière de recevabilité risque de rendre la Cour africaine moins accessible. De même, la contribution relève que dans les jugements sur le fond et les réparations, l'application d'un standard de preuve élevé dans certains cas a conduit au rejet inapproprié de demandes qui pourraient être fondées. Pour relever ces défis, la contribution suggère qu'une approche souple mais fondée sur des principes en matière de standard de preuve peut mener la Cour à rendre les décisions plus équitables et cohérentes.

* LLB (Nairobi), LLM (Pretoria); kahuthia.edward@gmail.com. The author is a PhD researcher at the Human Rights Centre, Ghent University under the DISSECT Research Project, a HORIZON 2020 research project funded by the European Research Council (ERC-AdG-2018-834044). This article is a draft chapter of his forthcoming doctoral thesis. The author is grateful to his doctoral guidance committee (Prof Marie-Bénédicte Dembour, Prof Frans Viljoen and Prof Rachel Murray) for their invaluable comments on earlier versions of this article. I am also grateful to my DISSECT colleague, Anne-Katrin Speck, for the insightful comments and edits on an earlier draft of the article. Any errors or omissions are mine.

EK Murimi 'Fluctuating standards of proof at the African Court: a case for principled flexibility' (2023) 7 *African Human Rights Yearbook* 158-182
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a8

KEY WORDS: evidence, evidentiary practices, standard of proof, flexibility, African Court on Human and Peoples' Rights

CONTENT:

1 Introduction 159
2 Common law and civil law traditions on standards of proof 160
3 International practices on standards of proof 163
4 Practices on standard of proof at the African Court 167
4.1 Admissibility decisions 168
4.2 Merits decisions 172
4.3 Reparations claims 175
5 What could a different evidentiary approach look like? 179
6 Conclusion 181

1 INTRODUCTION

There is general acknowledgment that evidentiary practices in international human rights adjudication have received little attention.[1] This fact also holds true for the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) as there is a scarcity of comprehensive research on how the Court assesses evidence.[2] Through a critical examination of the Court's approaches to standards of proof in determining applications before it, this article hopes to contribute to filling this gap in literature. The article argues that the African Court applies different and fluctuating standards of proof depending on the stage of adjudication, the facts in issue and even the orders sought by applicants. It attempts to rationalise what informs the Court's choices regarding standards of proof and the implications on human rights protection, an endeavour largely missing from the Court's own jurisprudence and reviewed literature. Based on gaps identified through the analyses, the article argues for a different approach to application of standards of proof at the Court for fairer and more consistent decisions. In terms of methodology, the article dissects relevant rulings and judgments of the Court on admissibility, merits and in reparations claims. The cases discussed were selected based on relevance from a search of all instances where evidence issues (including standards of proof) are addressed by the Court in the African Court Law Reports covering judgments and orders of the Court from 2009 to 2020 and from the Court's website for 2021 and 2022

1 Some of the works where this is acknowledged include R Murray 'Evidence and fact-finding by the African Commission' in M Evans & R Murray (eds) *The African Charter on Human and Peoples' Rights: the system in practice 1986-2006* (2008) 139; C Roberts 'Reversing the burden of proof before human rights bodies' (2021) 25 *International Journal of Human Rights* 1682 1; T Stirner *The procedural law governing facts and evidence in international human rights proceedings: developing a contextualised approach to address recurring problems in the context of facts and evidence* (2021) 3-4.

2 Some sources that discuss evidentiary practices at the African Court include R Murray *The African Charter on Human and Peoples' Rights: a commentary* (2012); 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* 25; Roberts (n 1); The International Federation for Human Rights *Admissibility of complaints before the African Court: practical guide* (2016) 101-102.

decisions. This case law analysis juxtaposes the Court's practices on standards of proof with those of similar international courts and treaty bodies and simultaneously weaves the discussion with a review of relevant literature and feedback from the author's interviews with judges and members of the Registry at the African Court, held in the period between March to June 2022.

The article is structured as follows: this introduction is followed by an overview of practices on standards of proof in common law and civil law systems in part 2. This is relevant because, as the article argues, both systems have informed the African Court's approaches to the issue. Part 3 gives a summary of international practices on standards of proof and the aim here is to paint a global picture that will inform and situate the article's critique of practices at the African Court. In part 4 the article descriptively and analytically delves into the Court's approaches to standards of proof in its admissibility, merits and reparations decisions for an understanding of the state of play on the issue. Part 5 is constructive, relying on the findings of the article in the previous part to project what a different approach to application of standards of proof at the Court could look like, before drawing a conclusion in part 6.

2 COMMON LAW AND CIVIL LAW TRADITIONS ON STANDARDS OF PROOF

The conceptions and practices of the African Court on standards of proof, like other international courts and treaty bodies, are rooted in domestic practices on the same and these differ in common law and civil law legal systems. It is worthwhile to provide an overview of the differences not only because the African Court consists of judges with common law and civil law backgrounds but also because the divide has a bearing on how the African Court applies standards of proof. However, before turning to these differences, an apt starting point is to briefly highlight some definitions of the term 'standard of proof'. One description of the term is that it 'relates to the quantum or degree of proof',[3] while another author defines it as 'the degree of persuasion which the tribunal must feel before it decides that the fact in issue did happen'.[4] For a final example, Del Mar has described the term 'standard of proof' as one that 'marks a point somewhere along the line between two extremes: a mere conjecture at one end, and absolute certainty at the other. Proof furnished in support of a particular proposition must meet or surpass this point for a judicial finding in favour of the proposition to be made.'[5]

3 CF Amerasinghe *Evidence in international litigation* (2005) 232.

4 P Kinsch 'On the uncertainties surrounding the standard of proof in proceedings before international courts and tribunals' in G Venturini & S Bariatti (eds) *Diritti Individuali E Giustizia Internazionale, Liber Fausto Pocar* (2009) 427.

5 K del Mar 'The International Court of Justice and standards of proof' in K Bannelier, T Christakis & S Heathcote (eds) *The ICJ and the evolution of international law: the enduring impact of the Corfu Channel case* (2012) 98.

In common law legal systems, four standards have crystallised. The first, and which also requires a low degree of satisfaction, is the *prima facie* standard. It simply requires that 'evidence produced is indicative of the proposition claimed'.[6] This standard 'means that the adjudicative body decides provisionally on the basis of evidence submitted by one party, mostly the applicant'[7] and in the international context often applies at the admissibility stage.[8] The second standard is the preponderance of evidence, also known as the balance of probabilities. The most-cited definition of this standard is that given by Lord Denning in *Miller v Minister of Pensions* where he stated:[9]

> That degree is well settled. It must carry a reasonable degree of probability, but not so high as is required in a criminal case. If the evidence is such that the tribunal can say: 'we think it more probable than not', the burden is discharged, but if the probabilities are equal, then it is not.

The third standard at common law is the stricter 'beyond reasonable doubt' standard that is applied in criminal cases. It demands 'a high degree of cogency' and means the 'evidence weighs heavily in one direction'.[10] It requires that 'the proposition being presented is supported with evidence of a nature that there can be no reasonable doubt as to the factual validity of the proposition.'[11] While this standard does not require absolute certainty or 'proof beyond a shadow of doubt' as Lord Denning put it in *Miller v Minister of Pensions*,[12] it requires that the proposition made is 'virtually indisputable, given the evidence'.[13] A fourth standard of proof falling between the preponderance of evidence and the beyond reasonable doubt standards has also been articulated, often referred to as the 'clear and convincing evidence' standard. This exceptional standard applies in specific civil cases such as those related to *habeas corpus* proceedings, immigration and psychiatric placement.[14] To meet this standard, 'the party with the burden of proof must convince the arbiter in question that it is *substantially* more likely than not that the factual claims that have been made are true'.[15] The standard is commonly expressed in judgments as 'clear, cogent and convincing', 'clear, satisfactory and convincing', and

6 JA Green 'Fluctuating evidentiary standards for self-defence in the International Court of Justice' (2009) 58 *International and Comparative Law Quarterly* 163, 166.

7 R Wolfrum 'Taking and assessing evidence in international adjudication' in TM Ndiaye & R Wolfrum (eds) *Law of the sea, environmental law and settlement of disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A Mensah* (2007) 355.

8 F Viljoen 'Fact-finding by UN human rights complaints bodies: analysis and suggested reforms' (2004) 8 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 55.

9 *Miller v Minister of Pensions* (1947) 2 ALL ER 372, 373-374.

10 Wolfrum (n 7) 354.

11 Green (n 6) 167.

12 *Miller* (n 9) 373.

13 Green (n 6) 167.

14 S Wilkinson 'Standards of proof in international humanitarian and human rights fact-finding and inquiry missions' 17, https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Standards%20of%20Proof%20in%20Fact-Finding.pdf (accessed 24 July 2023).

15 Green (n 6) 167.

'clear and irresistible', among other similar phrases.[16] This standard has had application at the domestic level on the African continent. For example, the Kenyan Supreme Court has determined that in all election petitions in the country, 'an intermediate standard of proof, one beyond the ordinary civil litigation standard of proof on a balance of probabilities, but below the criminal standard of beyond reasonable doubt, is applied'.[17] The Supreme Court in the same case justified this intermediate standard as follows:[18]

> The rationale for this higher standard of proof is based on the notion that an election petition is not an ordinary suit concerning the two or more parties to it but involves the entire electorate in a ward, constituency, county or, in the case of a presidential petition, the entire nation.

In the civil legal tradition, the standard is not based on probabilities or dependent on whether the matter is civil or criminal. The standard is a subjective one and the threshold is 'the conviction of the judge, based on the evidence submitted'.[19] This civil law approach has also been described as one where 'the judge is required to have a conviction or belief regarding the truth of the fact in issue'.[20] Some authors describe (in French) this level of conviction as *l'intime conviction du juge*[21] or 'an inner, deep-seated, personal conviction of the judge'.[22] In a nutshell, if a judge in the civil law system considers that they are persuaded by an argument, then the standard of proof has been met.[23]

To conclude, the reviewed literature points out that international courts and tribunals usually do not articulate in detail the standard of proof applied in assessing evidence.[24] Related to this, there are propositions that 'the international regime appears to reflect the civil law tradition, in which all that is needed is that the court be persuaded, without reference to a specific standard'.[25] As will be demonstrated in this article, the African Court has adopted a hybrid approach by administratively identifying the applicable standard of proof (preponderance of evidence) but in practice flexibly determining the degree of persuasion required without express reference to any specific standard of proof. This reality, as the article will show, potentially complicates adjudication of human rights claims at the Court and is a cause for concern as inappropriate application of a high standard

16 KM Clermont 'Procedure's magical number three psychological bases for standards of decision' (1986-1987) 72 *Cornell Law Review* 1115, 1119.

17 *Raila Amolo Odinga & Another v Independent Electoral and Boundaries Commission & 2 Others* [2017] eKLR (*Odinga* case) para 148.

18 *Odinga* case (n 17) para 150.

19 Amerasinghe (n 3) 233.

20 J Sladič & A Uzelac 'Assessment of evidence' in Ve Rijavec, T Keresteš & T Ivanc (eds) *Dimensions of evidence in European civil procedure* (2016) 119.

21 A Riddell & B Plant *Evidence before the International Court of Justice* (2009) 125.

22 KM Clermont & E Sherwin 'A comparative view of standards of proof' (2002) 50 *American Journal of Comparative Law* 243, 246.

23 Riddell & Plant (n 21) 125.

24 Amerasinghe (n 3) 232.

25 EV Ospina 'Evidence before the International Court of Justice' (1999) 1 *Journal of the International Law Association* 203.

makes the African Court less accessible or leads to dismissal of arguably valid claims. However, before problematising this flexible approach to the question of standards of proof at the African Court, the next part provides an overview of international practices on the same.

3 INTERNATIONAL PRACTICES ON STANDARDS OF PROOF

This part provides an overview of the approaches to standards of proof by the International Court of Justice (ICJ), the European Court of Human Rights (ECtHR), the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) and the Human Rights Committee (HRC). I do this not for a comprehensive comparative analysis, which is beyond the scope of this article, but to place the practices of the African Court in the proper context of what generally transpires in peer adjudicative bodies. The discussion will provide a basis for (i) propositions that the African Court is acting consistently with practices in other international courts in certain respects but not in others; (ii) suggestions to emulate progressive approaches by other institutions; and (iii) arguments in favour of adopting unique practices given the Court's context.

Although in a strict sense the ICJ is not a human rights court and is mainly preoccupied with resolving inter-state disputes, its approaches to standards of proof is akin to human rights courts and bodies and, so, a brief scan of its practices is warranted. The ICJ articulates different standards of proof, even within one case, and some of the expressions that implicitly refer to the standard of proof in different cases include 'no room for reasonable doubt'; 'on the basis of a balance of evidence'; 'on a balance of probabilities'; 'with a high degree of probability'; 'beyond possibility of reasonable doubt'; 'free from any doubt'; 'not sufficient ... to constitute decisive legal proof'; 'falling short of conclusive proof'; among others.[26] Stirner suggests that the ICJ applies a 'contextualised standard of proof' and that the standard varies depending on specifics of each case.[27] He further notes that 'the applicable standard of proof correlates with the nature of the allegations made against the respondent state' which in practice means that alleged violations of the Genocide Convention, for example, are serious and require a high level of certainty.[28] One of the judges, however, has criticised the ICJ for a lack of clarity on applicable standard of proof in the following words:[29]

> Beyond a general agreement that the graver the charge the more confidence must there be in the evidence relied on, there is thus little to help parties appearing before the Court (who already will know they bear the burden of proof) as to what is

26 Del Mar (n 5) 99; Riddell & Plant (n 21) 125.

27 Stirner (n 1) 124-125.

28 Stirner (n 1) 125.

29 *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America)* ICJ (6 November 2003) (2003) ICJ Reports 2003, Separate opinion of Judge Higgins para 33.

> likely to satisfy the Court ... The principal judicial organ of the United Nations should ... make clear what standards of proof it requires to establish what sorts of facts.

The ECtHR articulated the applicable standard of proof at the Court for the first time in the case of *Ireland v United Kingdom* noting that 'the Court adopts the standard of proof beyond reasonable doubt but adds that such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumption of fact'.[30] Importantly, the Court has clarified that this standard is not similar to that applicable in criminal cases at the domestic level, the distinction being that:[31]

> Its role is not to rule on criminal guilt or civil liability but on Contracting States' responsibility under the Convention. The specificity of its task under Article 19 of the Convention – to ensure the observance by the Contracting States of their engagement to secure the fundamental rights enshrined in the Convention – conditions its approach to the issues of evidence and proof.

In the same case, and related to standard of proof, the ECtHR determined that the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion is 'intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made and the Convention right at stake'.[32] In this regard, it can be observed that the ICJ and ECtHR seem to concur on application of a contextualised standard of proof. Further, the ECtHR has observed that in its approach to evidence and proof there are 'no procedural barriers to the admissibility of evidence or pre-determined formulae for its assessment. It adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties' submissions.'[33]

Importantly, the European Court has also stated that in its determinations on proof it does take into account the difficulties that applicants may encounter in accessing evidence. In *Merabishvili v Georgia* the Court observed that 'it is sensitive to any potential evidentiary difficulties encountered by a party'.[34] In discussing practices at the African Court in part 4, I examine a similar commitment by the African Court and question the consistency of its application.

Turning to the IACtHR, the literature reveals a similarly flexible approach to application of standards of proof. Paúl has pointed out that the Court rarely refers to standard of proof and where it has explicitly done so, this is attributable to mistranslation of English versions of its judgments. He adds that lack of reference to standard of proof at the Inter-American Court is explained by the strong influence from civil

30 *Ireland v the United Kingdom* ECHR (18 January 1978) Application 5310/71 para 161.

31 *Nachova & Others v Bulgaria* ECHR (6 July 2005-GC) Applications 43577/98 and 43579/98 para 147.

32 As above.

33 *El-Masri v The Former Yugoslav Republic of Macedonia* ECHR (13 December 2012) Application 39630/09) para 151.

34 *Merabishvili v Georgia* ECHR (28 November 2017) Application 72508/13 para 315.

law tradition 'where this notion is largely absent'.[35] Discussions on standard of proof at the IACtHR often refer to the *Velásquez-Rodríguez* case where the Court appears to have articulated a distinct standard of 'proof in a convincing manner'.[36] The Court's standard has also been said to be somewhere between preponderance of evidence and proof beyond reasonable doubt.[37] Related to the applicable standard of proof, the Inter-American Court has determined that it also considers circumstantial evidence, indications and presumptions 'so long as they lead to conclusions consistent with the facts'.[38] Stirner notes that two important insights may be drawn from the *Velásquez-Rodríguez* case on the applicable standard of proof at the Court: first, that the Court avoids a rigid rule and retains some level of discretion; and, second, that this discretion is applied to modify the applicable standard of proof depending on the facts of each case.[39] Amerasinghe draws parallels between the ICJ and the IACtHR on the requirement of 'convincing evidence'. As regards the degree of certainty needed by both courts he observes that the evidence 'need not point to absolute certainty as such but must be convincing'.[40] It is important to note, however, that although the Court rejected a rigid approach in the *Velásquez-Rodríguez* case, it still found that it 'must determine what the standards of proof should be in the instant case'.[41] Arguably, the Court implicitly distinguished useful flexibility from being indeterminate on the question of standard of proof, which in my view is undesirable.

Regarding the African Commission, Murray has observed that the standard of proof is lower at the admissibility stage, that is, the claimant has to establish a *prima facie* case, although what constitutes this is not clear.[42] The Commission, however, has dismissed cases at the admissibility stage for failure to state violations suffered, being vague, incoherent or lacking specificity.[43] At the merits stage, Murray points out that the Commission invokes different standards such as that 'allegations be valid and logical', that there is 'concrete or compelling evidence' and that 'there is evidence from all appearances'.[44] By the fact that some communications are declared admissible and eventually dismissed at the merits stage, Murray concludes that this suggests that 'something more is required than a *prima facie* case' for a claimant to

35 Á Paúl 'In search of the standards of proof applied by the Inter-American Court of Human Rights' (2012) 55 *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 60.

36 Amerasinghe (n 3) 239; R Murray 'Evidence and fact-finding by the African Commission' in Evans & Murray (n 1) 161.

37 Amerasinghe (n 3) 239.

38 *Godínez Cruz v Honduras* IACHR (20 January 1989) Case 8,097 para 136.

39 Stirner (n 1) 138.

40 Amerasinghe (n 3) 241.

41 *Velásquez-Rodríguez v Honduras* IACHR (29 July 1988) Ser C 4 para 127.

42 Murray (n 1) 159.

43 As above.

44 Murray (n 1) 160.

succeed at the merits stage.[45] The issue of standard of proof at the admissibility stage was extensively argued upon in a communication before the Commission in the case of *Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad v Djibouti*. In its inquiry on compliance with the admissibility condition under article 56(2) of the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter) (that communications must be compatible with the Charter), the Commission determined that complainants only need to make out a *prima facie* case regarding 'compatibility *ratione materiae'*. This, according to the Commission, was because 'the alleged violations would be substantively revisited with more rigour at the merit stage'.[46] However, the Commission took the view that the complainant needed to 'conclusively substantiate' his case regarding 'compatibility *ratione temporis'*, 'compatibility *ratione personae',* and 'compatibility *ratione loci*'.[47] The threshold of proof here is clearly that of beyond reasonable doubt and the demerits of this raised standard of proof at the admissibility stage is further discussed in part 4.1 of this article.[48]

Lastly, the Human Rights Committee is said to apply 'something approximating to proof on a balance of probabilities rather than a beyond reasonable doubt standard' and further that 'there may be some flexibility within this standard depending on the seriousness of the allegations involved'.[49] Stirner observes that the Committee undertakes very limited fact-finding and a very high standard of proof would render the communication procedure ineffective and adds that it has refrained from adopting a specific standard but it does occasionally make reference to 'compelling evidence'.[50] A relevant observation here is that a similar criterion of 'compelling evidence' is applied as the standard of proof by the Working Group on Arbitrary Detention when it sits as a complaints body.[51]

A common thread from the international practices as seen above is discernible. International courts and treaty bodies do not favour a rigid approach to application of standards of proof. The nature of facts and allegations in a particular case determine the standard of proof applied.

45 As above; also see F Viljoen & C Odinkalu *The prohibition of torture and ill-treatment in the African human rights system: a handbook for victims and their advocates* (2014) 98, where the authors note that the Commission requires at the admissibility stage 'some prima facie evidence of an attempt to exhaust local remedies'. Other authors note that 'the author of the communication must definitively convince the Commission as to the veracity of the claims made therein'. For this, see SR Leteipan & M Kamunyu 'Litigating before the African Commission on Human and Peoples' Rights: a practice manual' (2017) *Equality Now Publication* 32.

46 *Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad v Djibouti* Communication 383/10, African Commission on Human and Peoples' Rights para 143.

47 *Al-Asad* (n 46) paras 144-146.

48 Highlighting of this decision does not, however, suggest that this is the established practice in all admissibility decisions by the Commission. Rather, it illustrates an instance when a higher standard of proof has been required.

49 D McGoldrick cited in Y Tyagi *The UN Human Rights Committee, practice and procedure* (2011) 543.

50 Stirner (n 1) 143, 147.

51 Viljoen (n 8) 77.

There are, nonetheless, notable distinguishing features. The ECtHR has adopted an often cited 'rule' on what the applicable standard is (beyond reasonable doubt) even while in practice insisting that the demanded standards of proof will vary depending on circumstances of each case. The IACtHR and the Human Rights Committee seem to have solidified an identifiable requirement for 'convincing evidence' even though this is not consistently required in all cases. The African Commission, for its part, does not seem to have one particular standard but rather a variety of terms used to refer to the applicable standard in each case. This article argues (see part 5 below) that there is value in determining what the applicable standard of proof is and this applies both to when a tribunal has a general or well-established rule on the standard to be applied and when standards are determined based on peculiarities of each case. With the above context in mind, the following part examines how the African Court applies standards of proof and how similar or different its practices are in view of the highlighted international practices.

4 PRACTICES ON STANDARD OF PROOF AT THE AFRICAN COURT

On the face of it, the issue of the applicable standard of proof at the African Court appears settled because the Court has identified this as the 'preponderance of evidence' in one of its publications.[52] However, the said publication only addresses the standard of proof in reparations claims and is silent on whether this standard is also applicable in admissibility and merits decisions. Further to this, a word search for the phrase 'preponderance of evidence' or its equivalent, namely, 'balance of probabilities' in the four available African Court Law Reports covering judgments and orders of the Court from 2009 to 2020 reveals that the Court has not expressly used these phrases in any case.[53] This is the same for all decisions of the Court from 2021 and 2022, and my conclusion is that the formally-declared or endorsed standard of proof at the African Court has not explicitly been referred to or analysed in the Court's case law. Instead, the Court has developed a practice of referring to some words and phrases that point to the Court determining the degree of persuasion expected, established or lacking in its analysis of evidence or expected proof. However, it is useful to note that some literature suggests that reference to terms such as 'sufficiency' and 'reasonableness' of evidence by international courts have been understood to indicate that the standard being applied is preponderance of evidence.[54] In practice, as the next parts will

52 African Court 'Fact sheet on filing reparation claims' (Revised October 2020), https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/10/FACT-SHEET-ON-FILING-REPARATION-CLAIMS-Revised-October-2020.pdf (accessed 24 July 2023).

53 The reports can be found at https://www.african-court.org/wpafc/african-court-law-reports/ (accessed 24 July 2023).

54 Wilkinson (n 14) 49.

demonstrate, the African Court not only uses such terms that allude to application of the preponderance of evidence standard but has also used others that suggest application of the higher standard of 'clear and convincing evidence' and even required what seems like absolute proof and therefore applied the beyond reasonable doubt standard. The article contends that applying a high standard of proof in the highlighted instances is detrimental to protection of human rights through the platform of the Court.

4.1 Admissibility decisions

The African Court's decisions on admissibility of cases is guided by article 56 of the African Charter which is restated in Rule 50 of the Court's Rules. Applications filed before the Court must comply with the following seven conditions: (1) indicate their authors; (2) be compatible with the Constitutive Act of the African Union and the African Charter; (3) not written in disparaging or insulting language; (4) not be based exclusively on news disseminated through the mass media; (5) be sent after exhausting local remedies, if any, unless it is obvious that this procedure is unduly prolonged; (6) be submitted within a reasonable period from the time local remedies are exhausted; and (7) not deal with cases that have been settled by the states involved. I demonstrate in this part that the Court applies more than one standard of proof. Admittedly, the seven admissibility conditions entail different complexities and the threshold of proof required to establish them may logically vary. However, the main proposition in this part is that it is undesirable for the Court to apply a very high standard of proof at this preliminary stage of adjudication. I get this point across through an analysis of selected cases.

In *Peter Joseph Chacha v Tanzania* the African Court seemed to have applied different standards of proof on two admissibility requirements, namely, compatibility with the AU Constitutive Act and the Charter and exhaustion of local remedies. On compatibility with the Act and Charter, the Court applied the *prima facie* standard by noting that the applicant's stated facts 'revealed a *prima facie* violation of his rights ... therefore, the requirements of article 3(1) of the Protocol and article 56 (2) of the Charter [had] been met'.[55] On the requirement to exhaust local remedies, the Court relied on the decision of the African Commission in *Anuak Justice Council v Ethiopia* where the Commission had faulted the complainant in that case for not having provided 'concrete evidence or demonstrated sufficiently' that his apprehensions on the effectiveness of local remedies constituted a barrier to exhausting these remedies and that he was simply 'casting

55 *Peter Joseph Chacha v Tanzania*, ACtHPR, Application 3/2012, Ruling (28 March 2014) para 123.

aspersions' based on 'isolated or past incidence'.[56] The Court has adopted this position by the Commission in other cases[57] and by reference to 'concrete evidence' or 'sufficiency' of evidence, it has arguably required something more than a *prima facie* threshold.

A second example of a case in which the Court applied the *prima facie* standard is *Leon Mugesera v Rwanda*. On the question of exhaustion of local remedies, the Court observed that when an applicant adduces *prima facie* evidence in support of claims of having exhausted local remedies, the burden of proof shifts to the respondent state. In the absence of evidence from the state to the contrary, the Court concluded that 'it [had] no reason to consider that the domestic remedies were not exhausted'.[58]

Turning to the Court's assessment of evidence where the respondent state contests admissibility on the ground of unreasonable delay before seizing the Court, the early *Nobert Zongo* case is instructive. The Court established the principle that 'the reasonableness of a time limit of seizure will depend on the particular circumstances of each case and should be determined on a case-by-case basis', a position adopted in subsequent cases.[59] In its earlier jurisprudence (2013-2018) and particularly in cases against Tanzania, the Court accepted certain explanations from applicants as sufficient to explain the delays in seizing the Court. In *Alex Thomas v Tanzania*, for example, the Court found a period of three years and five months before seizure of the Court not to constitute undue delay as the applicant was lay, indigent, incarcerated and had attempted to use extraordinary measures and that these reasons 'constitute sufficient grounds' to explain the time taken to submit his application.[60] In *Mohamed Abubakari v Tanzania* the Court found the period of three years and three months taken to file the case to be reasonable as the applicant was in prison, was indigent, could not afford a lawyer and had no legal representation in domestic courts, was illiterate and unaware of the existence of the Court. These circumstances, according to the Court, '[justified] some flexibility in assessing the reasonableness of the timeline for seizure of the Court'.[61] This approach has been adopted by

56 *Anuak Justice Council v Ethiopia* (2006) AHRLR 97 (ACHPR 2006) para 58, cited in *Peter Joseph Chacha v Tanzania* (n 55) para 144. This position was also adopted by the Court in *Diakite Couple v Mali*, ACtHPR, Application 9/2016, Ruling (28 September 2017) para 53; see also *Chacha* (n 55) para 143, citing *Kenyan Section of the International Commission of Jurists & Others v Kenya* (2004) AHRLR 71 (ACHPR 2004).

57 *Diakite Couple* (n 56) para 53; aee also *Chacha* (n 55) para 143, citing *Kenyan Section of the International Commission of Jurists* (n 56).

58 *Leon Mugesera v Rwanda*, ACtHPR, Application 12/2017, Judgment (27 November 2020) paras 33-34.

59 *Beneficiaries of the Late Norbert Zongo & Others v Burkina Faso* ACtHPR, Application 13/2011, Ruling on Preliminary Objections (21 June 2013) para 121. Other cases that have adopted this position include *Mohamed Abubakari v Tanzania*, Application 7/2013, Judgment (3 June 2016) para 91; *Alex Thomas v Tanzania* ACtHPR, Application 5/2013, Judgment (20 November 2015) para 73.

60 *Alex Thomas* (n 59) para 74.

61 *Mohamed Abubakari* (n 58) para 92.

the Court in other cases.[62] In terms of the standard of proof in considering the reasonableness of time taken to seize the Court, the *Kijiji Isiaga v Tanzania* case suggests that the plausibility test is applied, which some literature associates with the *prima facie* standard. Wolfrum suggests that when an international tribunal is applying the standard of *prima facie* evidence, it is in fact assessing 'whether the application meets a plausibility test on the basis of the evidence submitted in its support'.[63] In *Kijiji Isiaga* the Court accepted a period of two years and 11 months as reasonable because the applicant was 'a lay, indigent and incarcerated person without the benefit of legal education or assistance' and these circumstances made it 'plausible that the applicant may not have been aware of the Court's existence and how to access it'.[64]

However, in the more recent admissibility decisions by the Court (2019-2022), a stricter standard has been applied in assessing reasonableness of time. The Court now demands specific proof of the grounds it previously accepted as constituting good justifications to explain delays in approaching the Court. As an example, in *Godfred Anthony and Ifunda Kisite v Tanzania* it found that a delay of five years and four months was unreasonable, noting that 'although the applicants [were] also incarcerated and thus restricted in their movement, they [had] not asserted or provided any proof that they [were] illiterate, lay, or had no knowledge of the existence of the Court. The applicants [had] simply described themselves as indigent'.[65] Similarly, in *Livinus Daudi Manyuka v Tanzania* it found a delay of five years and six months to be unreasonable, pointing out that 'aside from the blanket assertion of indigence the applicant [had] not attempted to adduce evidence explaining why it took him five years and six months to file his application'.[66] Importantly, regarding standard of proof, the Court required what was a seemingly higher degree of persuasion (than, say, preponderance of evidence) by stating that 'in the absence of any *clear and compelling justification* for the lapse of five years and six months before the filing of the application, the Court finds that this application was not filed within a reasonable time'.[67] Similarly, in *Hamad Mohamed Lyambaka v Tanzania* the Court concluded that in the absence of 'clear and compelling' justification, the delay of five years and 11 months was unreasonable.[68]

62 *Kennedy Owino Onyachi & Charles John Mwanini Njoka v Tanzania* ACtHPR, Application 3/2015, Judgment (28 September 2017) para 67; *Christopher Jonas v Tanzania* ACtHPR, Application 11/2015, Judgment (28 September 2017) paras 53-54.

63 Wolfrum (n 7) 355.

64 *Kijiji Isiaga v Tanzania* ACtHPR, Application 32/2015, Judgment (21 March 2018) para 55.

65 *Godfred Anthony and Ifunda Kisite v Tanzania* ACtHPR, Application 15/2015, Ruling (26 September 2019) para 48.

66 *Livinus Daudi Manyuka v Tanzania* ACtHPR, Application 20/2015, Ruling (28 November 2019) para 54.

67 *Livinus Daudi Manyuka* (n 66) para 55 (my emphasis).

68 *Hamad Mohamed Lyambaka v Tanzania* ACtHPR, Application 10/2016, Ruling (25 September 2020) para 50.

To confirm that the Court indeed has in more recent times raised the standard of proof in assessing compliance with the admissibility condition of filing cases within reasonable time, three dissenting judges in *Igola Iguna v Tanzania* acknowledged the following:[69]

> The Court has taken into consideration circumstances such as imprisonment, being lay without the benefit of legal assistance, indigence, illiteracy, lack of awareness of the existence of the Court, intimidation and fear of reprisal and the use of extraordinary remedies as relevant factors to consider whether the delay of an applicant in seizing the Court is justified. *This approach has allowed the Court to employ some flexibility. However, the Court has also, albeit implicitly, adopted a strict standard of proof* to the effect that the longer an applicant delays to file his application, particularly for periods of over five (5) years, the stricter the Court's demand for justification with sufficient substantiation.

The application of a high standard of proof at the admissibility stage has also been a contentious issue at the African Commission. An *amicus* brief by the Centre for Human Rights in the case of *Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad v Djibouti* rightly rejected the Commission's application of the beyond reasonable doubt standard at the admissibility stage (instead of the *prima facie* standard) in inquiring whether alleged violations had taken place in the territory of the respondent state (compatibility *ratione loci*) while assessing compliance with article 56(2) of the Charter.[70] The higher standard of proof, it was argued, was especially unsuitable in an extraordinary rendition case where the state controlled the relevant evidentiary material.[71]

To conclude this part, it is evident from the above summary of cases that the African Court has in some instances required applicants to meet more than the *prima facie* standard of proof at the admissibility stage. From the overview of international practices on admissibility decisions, applying a high standard of proof at this stage as the African Court does in some cases is not jurisprudentially backed by practices in peer institutions. The appropriateness of this seemingly stricter standard of proof is, in my view, questionable for this preliminary stage of the adjudication and arguably makes the African Court less accessible to applicants, including the most vulnerable such as prisoners. A relevant observation here is that, just as the three dissenting judges note in the *Igola Iguna* case, another author who is based at the Court points out the emerging pattern where the Court finds periods above five years to constitute undue delay.[72] Based on these insiders' perspectives, one could argue that the Court instrumentally applies a higher standard of proof not necessarily for or only based on legal reasons but to also give effect to an unwritten

69 *Igola Iguna v Tanzania* ACtHPR, Application 20/2017 Judgment (1 December 2022), Joint Dissenting Opinion of Justices Ben Kioko, Dennis Dominic Adjei and Tujilane Rose Chizumila paras 16-17 (my emphasis).

70 *Amicus curiae* submission by the Centre for Human Rights, University of Pretoria and others in the case of *Al-Asad* (n 46) paras 17-19.

71 *Al-Asad* (n 46) para 19.

72 MJ Nkhata 'What counts as a "reasonable period"? An analytical survey of the jurisprudence of the African Court on Human and Peoples' Rights on reasonable time for filing applications' (2022) 6 *African Human Rights Yearbook* 151.

institutional policy to cap the period considered reasonable to seize the Court to five years after exhaustion of local remedies.

The next part examines what transpires in merits decisions and shows that application of fluctuating standards of proof is a reality here as well.

4.2 Merits decisions

To start with, in cases where respondent states do not submit responses to applications, the African Court has adopted the position that if the applicant adduces *prima facie* evidence of a violation, the claim will succeed.[73] Where both sides participate in the proceedings, the Court has used expressions regarding evidence and proof that suggest both the preponderance of evidence standard and a higher standard than this apply. Examples here include the need for applicants to 'substantiate' claims, 'sufficiency' of evidence and 'satisfactory' explanations. In *Alex Thomas v Tanzania* the Court established what can loosely be said to be the general rule regarding the threshold of proof needed to establish claims. It stated that 'general statements to the effect that a right has been violated is not enough. More substantiation is required.'[74] This has been repeatedly cited in other cases.[75] Related to this, claims by applicants have been dismissed because they were 'not adequately substantiated'.[76] It has also found that there was failure to 'satisfactorily explain' the claims.[77]

A common expression by the Court pointing to the required standard of proof is with regard to 'sufficiency' of the evidence.[78] I use three cases here to illustrate this. While rejecting a claim for violation of the right to a fair trial in the *Thobias Mang'ara Mango* case, the Court found that 'the applicants [had] not provided sufficient evidence to show that the procedures followed by the domestic courts ... violated their right to a fair trial'.[79] In *Kijiji Isiaga v Tanzania* it alluded both to the need to substantiate claims and sufficiency of evidence by pointing

73 *Mugesera* (n 58) para 44; *Armand Guehi v Tanzania* ACtHPR, Application 1/2015, Judgment (7 December 2018) paras 133-134.

74 *Alex Thomas* (n 59) para 140.

75 See similar holdings in the following cases: *Dismas Bunyerere v Tanzania* ACtHPR, Application 31/2015, Judgment (28 November 2019) para 79; *George Maili Kemboge v Tanzania* ACtHPR, Application 2/2016, Judgment (11 May 2018) para 51; *Mgosi Mwita Makungu v Tanzania* ACtHPR, Application 6/2016, Judgment (7 December 2018) para 70.

76 *Isiaga* (n 64) para 86; *Majid Goa alias Vedastus v Tanzania*, Application 25/2015, Judgment (26 September 2019) para 78.

77 *Amiri Ramadhani v Tanzania* ACtHPR, Application 10/2015, Judgment (11 May 2018) para 60.

78 *Wilfred Onyango Nganyi & 9 Others v Tanzania* ACtHPR, Application 6/2013, Judgment on Reparations (18 March 2016) para 52; *Thobias Mang'ara Mango & Shukurani Masegenya Mango v Tanzania* ACtHPR, Application 5/2015, Judgment (11 May 2018) para 95; *Sébastien Germain Marie Aïkoue Ajavon v Benin* ACtHPR, Application 62/2019, Judgment (4 December 2020) para 203; *Isiaga* (n 64) para 90.

79 *Mango* (n 78) para 95.

out that 'the mere allegation that the Court of Appeal did not properly examine the evidence supporting his conviction is not sufficient to find a violation of his right not to be discriminated against. The applicant should have furnished evidence substantiating his contention.'[80] As a final example, the Court in *Komi Koutche v Benin* noted that 'the applicant challenges the efficiency of the entire judicial system of the respondent state without providing sufficient information to prove it'.[81] I observe here that the African Court has not elaborated what 'substantiation' or 'sufficiency' of evidence entails. However, this is not limited to the African Court as Buergenthal J in his Separate Opinion in the *Oil Platforms* case at the ICJ noted as follows:[82]

> One might ask, moreover, where the test of 'insufficient' evidence comes from ...and by reference to what standards the Court applies it? What is meant by 'insufficient' evidence? Does the evidence have to be 'convincing', 'preponderant', 'overwhelming' or 'beyond a reasonable doubt' to be sufficient? The Court never spells out what the relevant standard of proof is.

One way to explain the different expressions used by the Court to indicate the required standard of proof is that it uses varied language while assessing proof of facts specific to each case but all these phrases speak to one overall standard of proof that must be met for a party to ultimately succeed in their claims. For a majority of the decisions on merits, the Court appears to be applying the preponderance of evidence standard given the choice of words and the context in which the different expressions highlighted above are used. As earlier mentioned, use of terms such as 'sufficiency' of evidence has generally been understood to imply application of the preponderance of evidence standard.

However, there are instances where the Court seems to require a higher standard of proof and one instance that I highlight in this regard is where applicants before the African Court allege that judges in national courts were biased. In *Alfred Agbesi Woyome v Ghana*, for example, the Court established the principle that 'the impartiality of a judge is presumed and *undisputable evidence* is required to refute this presumption'.[83] On a similar claim in the case of *Sébastien Germain Marie Aïkoue Ajavon v Benin*, the Court stated that 'the impartiality of a judge is presumed and ... *compelling evidence* is needed to rebut this presumption'.[84] In another case, *Fidele Mulindahabi v Rwanda*, the applicant had claimed that two judges of Rwanda's Supreme Court were not impartial and the Court took the view that such claims 'must be

80 *Isiaga* (n 63) para 86; *Majid Goa* (n 76) para 90.

81 *Komi Koutche v Benin* ACtHPR, Application 20/2019, Ruling (25 June 2021) para 93.

82 *Oil Platforms* case (n 29) Separate opinion of Judge Buergenthal 286 para 41.

83 *Alfred Agbesi Woyome v Ghana* ACtHPR, Application 1/2017, Judgment (28 June 2019) para 128 (my emphasis). Justice Niyungeko in his dissenting opinion in this case thought the majority expected the applicant to adduce impossible proof since 'he cannot access the deliberations of the Court which occur naturally in private session and are covered by the principle of confidentiality'; see para 18 of Dissenting Opinion of Judge Gerard Niyungeko.

84 *Sébastien Germain Marie Aïkoue Ajavon v Benin* Application 62/2019, Judgment (4 December 2020) para 293 (my emphasis).

irrefutably proven by the party alleging it'.[85] Closely related to this, the Court has also held that an applicant who claimed that Mali's Electoral Management Body had not compiled the electoral list in a transparent manner was required to adduce evidence 'corroborated by *irrefutable proof*'.[86]

Given the above choice of words, my argument is that the African Court in these instances was applying a higher standard of proof than preponderance of evidence. Use of phrases such as 'indisputable evidence', 'compelling evidence' and 'irrefutable proof' in my view suggest application of a standard proximate to the beyond reasonable doubt standard. The alternative view is that at the very least, these phrases suggest application of the intermediate standard of 'clear and convincing evidence', meaning a lower threshold than the beyond reasonable doubt standard but certainly something more than the preponderance of evidence applies. In an interview with a judge of the Court, I asked whether the Court raises or lowers the standard of proof depending on the issue before the Court. The judge acknowledged that 'the standard possibly fluctuates' but added that the general understanding at the Court is that the applicable standard of proof is the balance of probabilities because matters before the Court are civil in nature (and not criminal).[87] This, however, is not a shared view among all judges. Another judge I interviewed took the view that the Court's standard of proof oscillated 'between preponderance of evidence and convincing proof' and that the standard applied 'depends on what the issue is, the claimed violations as well as what is prayed for by the applicants'.[88]As with admissibility decisions, the Court seems to apply more than one standard of proof in merits decisions and this was confirmed by feedback from my interviews at the Court. It is also clear that the Court applies a stricter standard when it considers claims to be more consequential in their nature or perhaps politically sensitive, such as allegations of a biased domestic court or electoral management body as seen above. This proposition is supported by the observation made by the Court in the *Alfred Agbesi Woyome* case where it stated that 'whenever an allegation of bias or a reasonable apprehension of bias is made, the adjudicative integrity not only of an individual judge but the entire administration of justice is called into question. The Court must, therefore, consider the matter very carefully before making a finding.'[89]

While requiring more cogent proof for what it considers to be more 'serious' claims is reasonable and consistent with international

85 *Fidele Mulindahabi v Rwanda* ACtHPR, Application 4/2017, Judgment (26 June 2020) para 70 (my emphasis).

86 *Oumar Mariko v Mali* Application 29/2018, Judgment (24 March 2022) para 153 (my emphasis).

87 Interview with a judge of the African Court on Human and Peoples' Rights (Arusha, 22 March 2022).

88 Interview with a judge of the African Court on Human and Peoples' Rights (Arusha, 24 March 2022).

89 *Woyome* (n 83) para 128. The Court was citing C Okpaluba & L Juma 'The problems of proving actual or apparent bias: an analysis of contemporary developments in South Africa' (2011) 14(7) *Potchefstroom Electronic Law Journal* 261.

practice, I suggest that it would be helpful to litigants if the Court was more explicit on when it raises the standard of proof and for what types of claims, even if this is done within the facts of each decision. Related to this, part of its case management should entail a routine of asking for additional evidence where such claims are made, before a final determination on whether the cogent proof anticipated establishes the claim. I elaborate on this suggestion further in part 5. Finally, the next part looks at the standards of proof applied in reparation claims.

4.3 Reparations claims

While the African Court is not explicit on the applicable standard of proof in other stages of its proceedings, this is not the case with reparations. The Court's Fact Sheet on Filing Reparations stipulates that the applicable standard of proof is 'the preponderance of evidence' in considering reparations claims.[90] According to this publication, this means that 'the applicant carries the burden of providing proof to show that what has occurred is more probable than not'.[91] The Fact Sheet further clarifies that the African Court, as a human rights court, 'is not bound to apply the standard strictly, but like other regional human rights courts may remain flexible, allowing for the circumstances of each case to be considered and remaining sensitive to victim conditions of vulnerability affecting their access to evidence'.[92] I suggest that the flexibility promised by the Court here is one meant to allow the Court latitude to apply a lower (not a higher) standard than the identified preponderance of evidence standard. However, as will be shown in this section, in some instances the Court applies a high standard and the negative impact of this is inappropriate dismissal of more reparations claims.

Besides the above-mentioned Fact Sheet, a comparative study commissioned by the Court on the law and practice of reparations for human rights violations also addresses the issue of standard of proof. The study found that some international criminal courts and human rights courts have found that 'the standard of proof required during the reparations phase is one of preponderance of the evidence'.[93]

The study further clarifies that application of this standard means victims must show that it is more probable than not that they are entitled to reparations requested and that 'all aspects of reparations claims, including the victims' identities, the harm suffered, and causation, are subject to this standard'.[94] The study concludes, after a review of practices in a number of courts, that 'institutions with the

90 Fact Sheet on Filing Reparation Claims (n 52) 6.

91 As above.

92 As above.

93 African Court 'Comparative study on the law and practice of reparations for human rights violations' (2019) 32, https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/11/Comparative-Study-on-the-Law-and-Practice-of-Reparations-for-Human-Rights-Violations.pdf (accessed 24 July 2023).

94 African Court (n 93) 32.

power to impose binding judgments on reparations generally adopt one of two approaches with respect to the standard of proof, applying either a preponderance of the evidence standard or a flexible case-by-case approach'.[95] The discussions in this part show that the case-by-case approach has resulted in some inconsistencies. Additionally, with a generally strict approach to evidence in reparations decisions as I will demonstrate, the Court also misses some opportunities to take into account difficulties of accessing documentary evidence associated with reparations claims.

The Court has adopted distinct approaches to proof of moral and material prejudice in reparations claims. On moral prejudice, the Court's position is that 'the requirement of proof is not as rigid rather the Court can make assumptions in the applicant's favour'.[96] The practice of the Court therefore has been to presume moral prejudice when a violation is established and award moral damages without requiring specific proof. An applicant is nonetheless required to do slightly more in terms of evidence when claiming moral damages for indirect victims. In *Mohamed Abubakari v Tanzania* it held that determination of moral damages to those closest to the applicant is on a case-by-case basis and further that 'before the Court can order reparations for moral damage to these persons, there must be proof of affiliation between them and the applicant'.[97]

In contrast to the above approach on moral damages, the Court strictly requires specific proof before awarding damages for material prejudice. In claims for loss of income for example, the Court has found that a business contract, business licence or delivery notes are not sufficient proof and that applicants ought to also submit further evidence such as bank statements or tax certificates to prove income earned from business.[98] In the *Wilfred Onyango Nganyi* case the Court rejected the applicants' reasons for not availing required evidence, namely, that 'receipts were misplaced due to long passage of time'. The Court found that 'the explanation provided is not sufficient proof'.[99] Makunya suggests that the Court should review its approach to standards of proof in reparations claims. He observes:[100]

> The unsuccessful claims for reparation, however, may be a call for the Court to relax its standards of proof for material damages or the filial link between the indirect victim and the applicant. After several years behind bars, it may be impracticable to certain applicants to adduce documentary proof. The Court may resort to a case-by-case analysis of reparation claims in each case taking into account the particularities of the case and the situation of the complainant.

95 African Court (n 93) 33.

96 *Majid Goa* (n 76) para 84.

97 *Mohamed Abubakari v Tanzania* ACtHPR, Application 7/2013, Judgment on Reparations (3 June 2016) paras 59-60.

98 *Nganyi* (n 78) paras 30-43.

99 *Nganyi* (n 78) para 52.

100 TM Makunya 'Decisions of the African Court on Human and Peoples' Rights during 2020: trends and lessons' (2021) 21 *African Human Rights Law Journal* 1246.

While the Court's publication provides that the preponderance of evidence is the applicable standard in determining reparations claims, its practices point to the fact that it generally applies a higher standard. The *Wilfred Onyango Nganyi* case mentioned above illustrates this. My contention is that if the Court was guided by the measure that a fact is established if it is 'more probable than not' it should have found that the applicant who presented a business contract, licence and delivery notes as evidence was more likely than not earning income from it. This is especially the case because the applicant made the plausible argument that he lost evidence owing to his long stay in prison. By rejecting the applicant's claim for loss of income in these circumstances and being very particular on required documentary proof, the Court was either applying the higher 'clear and convincing' standard or the 'beyond reasonable doubt' standard by demanding conclusive proof. Data from my fieldwork at the Court aligns with this conclusion. One of the judges I interviewed held the view that, in practice, the Court expects applicants to meet a higher standard of proof but it 'has not defined what kind of higher standard it is'. This, according to the judge, is particularly the case because 'unless there is a document, the Court tends to say there is no proof'.[101]

A similarly higher standard of proof seems to be applied by the Court in cases where the applicant prays for release from prison as part of their reparations claims. In *Alex Thomas v Tanzania* the Court observed that 'an order for the applicant's release from prison can be made only under very specific and/or compelling circumstances'.[102] This position was restated in *Mohamed Abubakari v Tanzania*, where the Court again declined to grant an order for release of the applicant from prison, stating that 'such a measure could be ordered by the Court itself only in special and compelling circumstances'.[103] In an interview with an officer of the Court, I asked why the Court did not order release of applicants in these cases and the response was that 'the Court thought it would have been going too far to order a release'.[104] This perhaps shows the convergence of legal and extra-legal considerations in determining what standard of proof to apply. Notably, the Court has in more recent decisions ordered release of applicants having found that they had established the 'special and compelling' circumstances such as detention for six years after conclusion of prison term[105] and failure to avail certified copies of proceedings that prevented an applicant from lodging an appeal for 20 years.[106] From the decisions, it is clear that for an applicant to be successful in some types of reparations claims, they must prepare to meet the 'clear and convincing evidence' standard and which essentially entails providing extraordinary circumstances. There is little doubt, in my view, that the

101 Interview with a judge of the African Court (Arusha, 22 March 2022).

102 *Thomas* (n 59) para 157.

103 *Abubakari* (n 59) para 234.

104 Interview with an officer of the African Court (Arusha, 12 April 2022).

105 *Robert John Penessis v Tanzania* ACtHPR, Application 013/2015, Judgment (28 November 2019) paras 163-164.

106 *Makungu* (n 75) paras 84-86.

Court in such circumstances employs a higher standard than what it declares is applicable for reparations, namely, preponderance of evidence.

The above conclusion must however be nuanced by pointing out that the Court is not always as strict in requiring proof of reparations claims. It has in some instances awarded damages in equity, even where evidence is unavailable. In the *Konate* case, for example, the Court accepted the claim for loss of income despite noting that the applicant '[had] not produced documentary evidence' to support his claim. It nonetheless held that 'it [was] more appropriate to consider the matter in terms of equity' and awarded the applicant.[107] The Court's position on the implications of inaccessible, unavailable or lost evidence on reparations claims was best articulated in *Anudo Ochieng Anudo v Tanzania* (Judgment on Reparations) where it held:[108]

> In deciding whether supporting documents are required with respect to particular claims for damages, human rights bodies and courts must proceed on a case by case basis and are especially sensitive to the difficulty victims may face in obtaining evidence in support of their claim due to the destruction or the unavailability of evidence in the relevant circumstances ... Where evidence is unavailable or limited for any of these reasons, courts frequently look to 'the internal consistency, the level of detail, and the plausibility of the applications vis-à-vis the evidence as a whole'. It is also common to award some reparations in fairness, even where documentation of damages is incomplete or non-existent, particularly where it is logical that at least some damages would have been incurred as a direct result of the violations established.

While the respondent state in this case had challenged the claim for loss of income on grounds that the applicant had not provided balance sheets, accounting and bank transaction records (consistent with what the Court has previously required), the Court excused the applicant from providing such. It held that 'taking into consideration the circumstances in which he was expelled from the territory, the normal standard of material evidence cannot be applied to him strictly'.[109] The dissenting judges in the *Anudo Ochieng Anudo* case while contrasting the finding of the Court in the *Wilfred Onyango Nganyi* case (discussed above) faulted the majority decision for appreciating difficulties in producing evidence in *Anudo* and not in *Wilfred*. They further observed that 'this example only goes to confirm that the Court is inconsistent in its rulings on reparations awarded for the alleged loss of income'.[110]

I note in conclusion that the African Court in theory (as provided in its publication) informs that it applies the preponderance of evidence standard in reparation claims. However, in practice it in most cases applies a higher or stricter but unarticulated standard. In other cases, it is more flexible and invokes equity and fairness to avoid demanding for specific evidence in support of reparations claims. This fluidity,

107 *Lohé Issa Konaté v Burkina Faso* ACtHPR, Application 4/2013 Judgment on Reparations, 5 December 2014 para 96, paras 42-43.

108 *Anudo Ochieng Anudo v Tanzania* ACtHPR, Application 12/2015, Judgment on Reparations, 2 December 2021 paras 31-32.

109 *Anudo* (n 108) para 44.

110 *Anudo* (n 108) paras 24-26.

however, has a downside to it as the Court struggles to remain consistent even when faced with similar facts as seen above. In general, more often than not, the applicant who does not support a reparation claim for material prejudice with specific documents fails on the basis of lack of (sufficient) evidence. Bensaoula Chafika J has expressed a minority view which, if adopted by the Court, could mitigate against dismissal of a majority of reparations claims. In *Joseph John v Tanzania* she held as follows:[111]

> The Court dismissed the request for reparation on the ground that the applicant did not prove his relationship with the alleged victims. It is for this reason that I make this Opinion which restates my consistent position as regards the issue of evidence not filed by the parties, especially the applicant. It is my position that the Court must always compel the parties to file documents in support of the alleged violation of rights, instead of simply dismissing the request without first trying to use its power to have the parties file the documents.

Chafika J essentially is calling for a more proactive African Court on the question of evidence, which would translate to the Court exhausting its administrative mechanisms in management of cases (to request for more evidence) before dismissing claims for lack of evidence or failure to adduce sufficient evidence. If this minority view becomes a consistent reality at the Court in the future as I suggest it should, more reparation claims would be determined on the basis of evidence rather than lack of evidence. This is particularly the case where applicants can produce the evidence required by the Court, if directed to do so, and in the process avoid dismissing claims for lack of evidence.

5 WHAT COULD A DIFFERENT EVIDENTIARY APPROACH LOOK LIKE?

With the above discussion of the African Court's practices on standards of proof in the different stages of adjudication, this part sums up some propositions on why clarity on applicable standards of proof at the Court matters. I also suggest three ways in which this clarity and fairness (particularly from the applicant's standpoint) in applying standards of proof can be enhanced and in a more coherent and principled approach. As the African Commission has observed, 'pitching the appropriate standard of proof is germane to the validity of the conclusion to be derived'.[112] The reviewed literature equally supports the need for clarity on the issue. Wolfrum notes that while being explicit on the standard of proof does not rid judgments of subjectivity, 'identifying the standard of proof and explaining why a particular conclusion was reached provides for more transparency and forces the adjudicating body to deal with this point intensively in its deliberations'.[113] Roberts has observed that the flexibility favoured by

111 *Joseph John v Tanzania* ACtHPR, Application 5/2018, Dissenting Opinion (22 September 2022) paras 1-2. As the judge rightly points out, Rules 51 and 55 of the Court's Rules allow the Court to be proactive in requiring evidence from parties.

112 *Al-Asad* (n 46) para 142.

113 Wolfrum (n 7) 355.

international human rights courts on questions of the burden and standard of proof is a welcomed feature because it allows them to 'adjust their standards to the distinctive features of each individual case' and therefore avoid dismissing cases on formal technicalities. However, he adds that lack of clarity on applicable standards makes it possible for 'claims to be inappropriately dismissed, should the deciding body not take fully into account externally-imposed limitations on the evidence a claimant is able to bring forward'.[114] In his view, greater clarity would avoid 'more disparate range of results' from these courts and 'ensure fairer and more consistent outcomes'.[115] In view of the above arguments, with which I agree, I have some suggestions that the African Court could consider as relates to application of standards of proof.

First, I propose that the Court should consistently take into account difficulties applicants face in accessing evidence, especially in reparations claims, and calibrate the applicable standard of proof accordingly. As feedback from my interviews with some judges at the Court showed, a strict approach to evidence applies in reparations claims and in most cases applicants without supporting documents are unsuccessful in their claims. Practices at the Inter-American Court where flexibility has, for example, extended to awarding reparations on condition that missing evidence is provided to relevant authorities *after* the judgment can inspire the African Court.[116] To the Court's credit, it has exercised flexibility in some reparations decisions where applicants had difficulties accessing evidence.[117] However, inconsistencies in this regard still require the Court's attention.

Second, I suggest that the Court should resolve the divided loyalty to common law and civil law traditions as sources of influence on how it applies standards of proof. For example, while the Court is clear that *one* standard (preponderance of evidence) applies in determining reparations claims, its case law and views from some judges show this and a higher but undefined standard are implicitly applied. The strict insistence on documentary proof in reparations claims (even with plausible explanations for why evidence is missing in some cases) arguably reveals a bench that seeks an 'inner, personal conviction' of the judges or to be persuaded as to the truth of the claims made and without a predetermined standard as a guide, an approach typical in civil law legal systems. The African Commission has attempted to settle the uncertainty (in admissibility decisions) by holding that 'there cannot be adopted a single standard of proof that can be applied uniformly regardless of the admissibility condition and the

114 Roberts (n 1) 3.

115 Roberts (n 1) 15.

116 *Case of the Caracazo v Venezuela* IACHR, Reparations and Costs (29 August 2002) para 73; *Case of Gomes Lund & Others ('Guerrilha Do Araguaia') v Brazil* IACHR, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (24 November 2010) para 120.

117 *Mgosi Mwita Makungu v Tanzania* ACtHPR, Application 6/2016, Judgment on Reparations (23 June 2023) para 32; *Anudo* (n 108) para 44.

circumstances of the case at hand'.[118] I propose that the Court should similarly clarify its approach in its publications and case law, but with the understanding, in my view, that requiring applicants to meet a higher standard than the preponderance of evidence in human rights adjudication should be exceptional and buttressed by cogent justifications.

Finally, I submit that the Court should clearly communicate its evidence requirements in each case to make it possible for applicants to prepare to meet the fluctuating standards of proof, whether this is with regard to a particular stage of adjudication or specific claims in a case. In this respect, the minority view by Chafika J, as discussed earlier, is a sound one and should perhaps be mainstreamed at the Court. Rule 51 of the Court's Rules provides that 'during the course of the proceedings and at any other time the Court deems it appropriate, call upon the parties to file any pertinent document or to provide any relevant explanation'. I suggest that given the existence of this Rule, a pro-human rights approach for the Court should be to call for more or specific evidence in every case before it is dismissed for lack of (sufficient) evidence. Commendably, the Court does this[119] and the challenge is for it to be consistent in this approach. To conclude, the three suggestions made here are by no means exhaustive nor are they the ultimate fix for the difficult, contentious and subjective dynamics associated with applying standards of proof in adjudication at the African Court or indeed any other court. They could, however, be a useful starting point to fairer and more consistent jurisprudence from the Court.

6 CONCLUSION

This article set out to examine the practices of the African Court on standards of proof as a contribution to the relatively under researched area of evidentiary practices in international human rights adjudication. It has shown that while the Court identifies the preponderance of evidence as the applicable standard (expressly stating so regarding reparations claims), in practice the Court implicitly applies varying standards and which have to be 'read in' from the various expressions used by the Court. Placed in the context of international practices, the article has demonstrated that the African Court's approaches are by and large consistent with practices in peer institutions where facts and allegations in each case determine the standard to be applied. However, this reality contradicts the legal fiction that a particular standard applies as depicted in a publication by the Court and in the views of some of the judges interviewed. The article has highlighted practical implications of the Court's fluidity in applying standards of proof, including making it less accessible when a high standard is inappropriately applied in admissibility decisions. Further,

118 *Al-Asad* (n 46) para 143.

119 See, eg, *Anaclet Paulo v Tanzania* ACtHPR, Application 20/2016, Judgment on Merits and Reparations para 16; *Mango* (n 78) para 8.

there is uncertainty as to the threshold of proof that will suffice for some claims where the Court implicitly applies a higher standard with demands for more cogent proof. Additionally, more reparations claims are dismissed where specific documentary proof is not adduced and this is in line with a general consensus among judges interviewed who acknowledge existence of a particularly strict approach to evidence (or a higher standard of proof) in reparations claims. To address some of these negative implications, the article has suggested three ways in which the African Court can retain the current fluidity in application of standards of proof that is evidently the rule of thumb internationally, but to proceed in a more principled way. In this respect, I have suggested that in applying standards of proof, the Court should consider exercising greater sensitivity to the difficulties that some applicants have in accessing evidence, resolve the conflicting common law and civil law influences on its practices on standards of proof and clearly communicate its evidentiary requirements to the parties in the course of proceedings. These proposals, while not being the ultimate solution to the challenges identified, hold the promise of fairer and more consistent decisions from the Court.

Sexual minorities and African human rights mechanisms: reflections on contexts and considerations for addressing discrimination

*Lawrence M Mute**
https://orcid.org/0000000288044301

ABSTRACT: This article uses the *Eric Gitari* cases as springboard for reflecting on the contexts and considerations that African human rights mechanisms should keep in mind as they seek to ensure non-discrimination for sexual minorities, which has faced significant pushbacks. The article explores how human rights mechanisms can establish pragmatic approaches towards ensuring non-discrimination for sexual minorities. It concludes that these mechanisms must not legitimise discrimination against sexual minorities. Sexual minorities must not be urged or expected to give up their agency by shelving or drawing back from making rights-claims on society. Yet, backlash evidenced in the past decade suggests the need for continuous reflection on how they should frame their rights claims.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS:

Minorités sexuelles et mécanismes africains de protection des droits de l'homme: réflexions sur les contextes et considérations pour lutter contre la discrimination

RÉSUMÉ: Cette contribution part des affaires *Eric Gitari* pour réfléchir aux contextes et aux considérations que les mécanismes africains de protection des droits de l'homme devraient garder à l'esprit lorsqu'ils cherchent à garantir le droit des minorités sexuelles à la non-discrimination, un droit qui a fait l'objet d'importants obstacles. La contribution explore la manière dont les mécanismes des droits de l'homme peuvent établir des approches pragmatiques pour garantir la non-discrimination des minorités sexuelles. Elle conclut que ces mécanismes ne doivent pas légitimer la discrimination à l'encontre des minorités sexuelles. Les minorités sexuelles ne doivent pas être incitées à renoncer à leur pouvoir d'action en s'abstenant de revendiquer le respect de leurs droits par la société. Cependant, les réactions négatives observées au cours de la dernière décennie suggèrent la nécessité d'une réflexion permanente sur la manière dont elles devraient formuler les revendications de leurs droits.

KEY WORDS: non-discrimination, sexual minorities, African human rights mechanisms, backlash

CONTENT:

1 Introduction 184
2 Implications of the *Gitari* decisions 187
3 Revisiting the conceptual and normative dialectic for protecting sexual minorities from discrimination 190
3.1 Human rights as claims on society 190
3.2 The liberal/communitarian dichotomy 191
3.3 The universalist-relativist discourse of human rights 192

* LLB (Nairobi), LLM (Warwick); Lecturer, Faculty of Law, University of Nairobi; lmute@uonbi.ac.ke

LM Mute 'Sexual minorities and African human rights mechanisms: reflections on contexts and considerations for addressing discrimination'
(2023) 7 *African Human Rights Yearbook* 183-207
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a9

3.4 The case for respecting difference 194
3.5 The African Charter 195
4 Towards non-discrimination for sexual minorities – some strategic and operational considerations 196
4.1 To litigate or not to litigate 197
4.2 To cherry-pick or not – by operation of the principle of anti-subordination 198
4.3 The power of rhetoric 199
4.4 Vagaries of addressing claims on sexual minorities in multimember institutions 200
4.5 'Otherness' narratives 201
4.6 African Commission Resolution 275 and its significance 201
4.7 The dialectic around the grant of observer status of the Coalition of African Lesbians 203
4.8 The value of high-level convenings 205
5 Conclusion 206

1 INTRODUCTION

Ensuring non-discrimination for sexual minorities in Africa remains mired in policies and laws characterised by extreme social prejudice and stigma. The dangers inherent in arguing against the discrimination of sexual minorities were paradoxically accentuated in February 2023 when Kenya's Supreme Court, in *NGOs Co-ordination Board v EG & 4 Others*[1] determined that limiting persons from associating purely on the basis of their sexual orientation was unconstitutional, and that the prohibition on discrimination in the Constitution of Kenya covers all persons, whether heterosexual, gay, lesbian or intersex. The Supreme Court's decision supported the findings of the Court of Appeal[2] and the High Court,[3] cases to which this article refers collectively as the *Gitari* cases.

The decisions in the *Gitari* cases, which are steeped in the Lockean liberal understanding that equality and autonomy of the individual is universal,[4] prompted a whirlwind of condemnation and recrimination against the Supreme Court and the gay and lesbian community. President Ruto commented that he respected the Court's decision, 'but our culture and religion does not allow same-sex marriages'.[5] The Speaker of the National Assembly remarked that Kenya was deeply religious and that all institutions, including the judiciary, had the duty to uphold, defend and protect public morals.[6] Leaders of various faiths

1 *NGOs Co-ordination Board v EG & 4 Others; Katiba Institute (Amicus Curiae)* [2023] KESC 17 (KLR), http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/252450/ (accessed 14 July 2023).

2 NGOs *Co-Ordination Board v EG & 5 Others* [2019] eKLR, http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/170057/ (accessed 14 July 2023).

3 *EG v NGOs Co-ordination Board & 4 Others* [2015] eKLR.

4 See an explanation of Locke's liberal approach in N Kahn-Fogel 'African law and the rights of sexual minorities: Western universalism and African resistance' in M Ndulo and C Emeziem (eds) *The Routledge handbook of African law* (2022) 407.

5 E Musandi 'Kenya's President criticises court ruling on LGBTQ group' *AP News* 2 March 2023.

6 I Mwangi 'Wetangula says Supreme Court ruling on LGBTQ will lead to unintended consequences' *Capital News* 27 February 2023.

expressed disenchantment,[7] and an application was filed for the Supreme Court to review its decision.[8] Draconian anti-gay legislation was even contemplated, akin to the law most recently enacted in Uganda.[9] At the same time, reports indicated increased threats of or actual violence perpetrated on individuals known as or assumed to be gay or lesbian.[10]

Despite the backlash it raised, the decision of the Supreme Court resonated with judicial determinations in other African states, including Botswana, where the Court of Appeal declared that gay persons had the right to assemble and associate, and that Botswana's refusal to register the Lesbians, Gays and Bisexuals of Botswana (LEGABIBO) as a non-governmental organisation (NGO) was an unjustifiable limitation of its members' rights.[11] The Supreme Court of Eswatini also returned a verdict favouring the registration of Eswatini Sexual and Gender Minorities (ESGM) as a non-profit organisation.[12] African domestic courts also made other determinations protecting lesbian, gay, bisexual, transgender, intersex and queer (LGBTIQ) persons from discrimination.[13]

In this article I use the *Gitari* cases as a springboard for reflecting on some of the contexts and considerations that African human rights mechanisms, such as the African Commission on Human and Peoples'

7 Eg, see response by Christ is the Answer Ministries (CITAM).

8 In September 2023 the Supreme Court dismissed an application for review of its decision, determining that the application was a disguised appeal from the Court's judgment (Application E011 of 2023).

9 Uganda's Anti-Homosexuality Act 2023 creates offences, including that of homosexuality, punishable by life imprisonment (sec 2); and aggravated homosexuality, punishable by the death penalty (sec 3), https://www.parliament.go.ug/sites/default/files/The%20Anti-Homosexuality%20Act%2C%202023.pdf (accessed 7 September 2023).

10 Eg, NGLHRC reported that abuses against LGBTIQ individuals increased from 78 in January 2023 to 117 in February and 367 in March; A Mersie 'For LGBTQ Kenyans, court win prompts backlash as threats escalate' *Reuters* 20 April 2023.

11 *Attorney General of Botswana v Thuto Rammoge & 19 Others* Civil Appeal CACGB-128-14, https://www.law.utoronto.ca/sites/default/files/documents/reprohealth/lg-botswana_2016_appeal.pdf (accessed 1 August 2023).

12 See 'Supreme Court of Eswatini unanimously finds Registrar's decision on LGBTIQ+organisationunconstitutional', https://www.southernafricalitigationcentre.org/2023/06/16/supreme-court-of-eswatini-unanimously-finds-registrars-decision-on-lgbtiq-organisation-unconstitutional/ (accessed 1 August 2023).

13 In Botswana the Court of Appeal determined that the criminalisation of gay homosexual sex was unconstitutional (*Attorney General v Letsweletse Motshidiemang* Civil Appeal CACGB-157-19), https://www.humandignitytrust.org/wp-content/uploads/resources/2021.11.29-AG-Botswana-v-Motshidiemang.pdf (accessed 1 August 2023). Kenya's Court of Appeal determined that the use of evidence obtained through anal examination of an accused is unconstitutional (*COI & Another v Chief Magistrate Ukunda Law Courts & 4 Others* [2018] eKLR), http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/171200/ (accessed 1 August 2023). Most recently, in October 2023, the Supreme Court of Mauritius declared sec 250 of the Criminal Code, which criminalised same-sex conduct, as discriminatory and unconstitutional (*Abdool Ridwan Firaas Ah Seek v State of Mauritius*), https://www.humandignitytrust.org/wp-content/uploads/2023/10/Judgment-AH-SEEK-.pdf (accessed 23 October 2023); F Viljoen 'Mauritius is the latest nation to decriminalise same-sex relations in a divided continent' *The Conversation* (12 October 2023).

Rights (African Commission), should keep in mind as they seek to ensure non-discrimination for sexual minorities on a continent that stakes claim to essentialist communitarian ideals. I draw on the fact that ensuring non-discrimination for sexual minorities has faced significant pushbacks, manifested most recently in November 2022, when the African Commission, at its 73rd ordinary session, stated that sexual and gender minority rights are not protected in the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter).[14] Paradoxically, the Guidelines on the Protection of all Persons from Enforced Disappearances in Africa, which the Commission launched during the same session,[15] restate the Commission's long-standing unambiguous affirmation of non-discrimination for LGBTIQ persons. Guideline 2.6 obligates states to ensure that the rights of victims of enforced disappearance are upheld on a non-discriminatory basis, irrespective of grounds including sexual orientation and gender identity.[16]

My reflections address how human rights mechanisms can establish pragmatic approaches towards ensuring non-discrimination for sexual minorities. To the above ends, I agree with Kahn-Fogel that while advocates for African sexual minorities must not abandon their liberal commitments, they should nuance and deploy their arguments more cannily, and sometimes they may need to employ forbearance rather than conspicuous advocacy.[17] My ultimate thesis, however, is that continental (as indeed domestic) human rights mechanisms must not abet compromise to justify discrimination for sexual minorities.

The reflections in this article draw on the insights I gained over a decade as a commissioner at the Kenya National Commission on Human Rights (KNCHR), and as a commissioner for six years at the African Commission. During that time I worked extensively on the rights of LGBTIQ persons, including participating in the preparation of the Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity,[18] using opportunities offered by the Universal Periodic Review (UPR) to

14 Final Communiqué of the 73rd ordinary session of the African Commission on Human and Peoples' Rights 18 November 2022 para 58, https://achpr.au.int/index.php/en/news/final-communiques/2022-11-18/final-communique-73rd-ordinary-session (accessed 14 September 2023); see also F Viljoen 'LGBTQ+ rights: African Union watchdog goes back on its own word' *The Conversation* 20 March 2023, https://theconversation.com/lgbtq-rights-african-union-watch dog-goes-back-on-its-own-word-197555 (accessed 14 September 2023).

15 Final Communiqué (n 14) para 42.

16 Guidelines on the protection of all persons from enforced disappearances in Africa https://achpr.au.int/en/documents/2022-10-25/guidelines-protection-persons-enforced-disappearances-africa (accessed 1 September 2023).

17 Kahn-Fogel (n 4).

18 'Yogyakarta principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity' November 2006, https://www.refworld.org/pdfid/48244e602.pdf (accessed 25 October 2023).

recommend the decriminalisation of homosexual sex in Kenya,[19] spearheading the adoption of African Commission 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',[20] as well as the high points and low points at the African Commission when it first issued and then later withdrew the NGO observer status of the Coalition of African Lesbians (CAL).[21]

The scope of this article is limited to sexual minorities, understood to include lesbian, gay and bisexual (LGB) persons, as distinct from transgender or intersex persons. While the case I am making resonates in many respects as much for transgender and intersex persons as for LGB persons, the realities and priorities of specific subcategories under the LGBTIQ umbrella vary, and overly-generalised and un-nuanced analyses may undermine an understanding of the meaning and essence of anti-discrimination for subcategories covered under the term.

Part 2 of the article draws meanings from the *Gitari* cases for ensuring non-discrimination on sexual minorities at the continental level. Part 3 revisits the conceptual and normative arguments which have been made for and against protecting sexual minorities from discrimination. Part 4 suggests strategic and operational considerations which human rights mechanisms should keep in mind as they endeavour to ensure non-discrimination for sexual minorities. Part 5 concludes the article.

2 IMPLICATIONS OF THE *GITARI* DECISIONS

The genesis of the *Gitari* cases was the refusal of the NGO Coordination Board to reserve names towards the registration of the National Gay and Lesbian Human Rights Commission (NGLHRC), an NGO that would advocate for the rights of sexual minorities.[22] The essence of the determinations in the *Gitari* cases in the High Court, Court of Appeal and Supreme Court[23] were twofold.

19 See 'Accounting for human rights protection under the Universal Periodic Review mechanism: the difference that Kenya's stakeholders made' KNCHR 2011, https://www.knchr.org/Portals/0/InternationalObligationsReports/Accounting_For_Human_Rights_Protection_Under_the_UPR.pdf?ver=2013-02-21-150102-893 (accessed 25 October 2023).

20 See part 4.6 of the article.

21 See part 4.7 of the article.

22 Eg, see A Kirui & A Okoth 'Defending the wretched of the earth: Supreme Court Petition No 16 of 2019; *Non-governmental Co-ordinations Board vs Eric Gitari and others*' *The Platform* Issue 89 June 2023, https://theplatform.co.ke/defending-the-wretched-of-the-earth-supreme-courtpetition-no-16-of-2019-non-governmental-organisations-co-ordination-board-vs-eric-gitari-others/ (accessed 23 October 2023).

23 *Gitari* cases (nn 1, 2 & 3).

First, the right of LGBTIQ persons, as indeed other persons, to associate was guaranteed under article 36 of the Constitution,[24] and the criminalisation of sex against the order of nature in sections 162, 163 and 165 of the Penal Code[25] did not limit the rights of LGBTIQ persons to associate. Their right to associate included the right to form an association regardless of their sexual orientation.[26]

Second, the decision of the NGOs Coordination Board not to reserve the names for the proposed NGO was discriminatory and violated article 27(4) of the Constitution. Specifically, the use of the word 'sex' under article 27(4) of the Constitution referred to the sexual orientation of any gender, whether heterosexual, lesbian, gay, intersex or otherwise. The word 'including' in sub-article 4 was only illustrative, and would also comprise freedom from discrimination based on a person's sexual orientation. Interpretation of non-discrimination that excluded people based on their sexual orientation conflicted with the constitutional principles of human dignity, inclusiveness, equality, human rights and non-discrimination.[27]

The ebb and flow of arguments in support of and opposition to the registration of NGLHRC highlight a number of matters relevant to the proceeding reflections.

First, it is patent that courts have become the vanguard for protecting sexual minorities from discrimination. This was noted in the Court of Appeal, when one judge remarked, *obiter* (in passing), on the need for 'the peoples' representatives' in parliament, the executive, county assemblies, religious organisations, the media, and the general populace, 'to engage in honest and open discussions over these human beings'.[28] This reality exists despite pushbacks from public opinion; and is hardly surprising in light of the constitutional rationales for establishing and providing mandates to courts. In the words of the South African Constitutional Court:[29]

> Public opinion ... is no substitute for the duty vested in the Courts to interpret the Constitution and to uphold its provisions without fear or favour ... The very reason for ... vesting the power of judicial review of all legislation in the courts, was to protect the rights of minorities and others who cannot protect their rights adequately through the democratic process. Those who are entitled to claim this protection include the social outcasts and marginalised people of our society. It is only if there is a willingness to protect the worst and the weakest amongst us, that all of us can be secure that our own rights will be protected.

Second, though, a question arising is whether or the extent to which bearing that mantle exposes domestic courts and, by extension continental human rights mechanisms, to backlash, and whether that is a hazard of the job which all concerned have to take in their stride, or

24 Constitution of Kenya 2010, Const2010 (kenyalaw.org) (accessed 23 October 2023).

25 Penal Code Cap 63, CAP. 63 (kenyalaw.org) (accessed 23 October 2023).

26 *Gitari* case (n 1) paras 64-65, 72.

27 *Gitari* case (n 1) para 79.

28 *Gitari* case (n 2) judgment of Waki JA.

29 *State v T Makwanyane and M Mchumu* CCT3/94, http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html (accessed 6 September 2023).

whether countermeasures exist that all involved may take. At the continental level, genuine concerns have been raised that the ability of the African Commission to function independently in the performance of its mandate has become the target of political backlash, notably from states, the Permanent Representatives Committee (PRC) and the Executive Council.[30]

Third, one of the contentions in the minority determinations in the Court of Appeal posited that rights crystallise only when Parliament enacts legislation: that discrimination on account of sexual orientation has not crystallised into a right in favour of the respondent, and that this may happen only when that right was entrenched into the Constitution or legislated.[31] This contention is a conundrum that supporters of antigay discrimination must keep exploring. Still, the case I am making is that the relevance of the crystallisation argument may not justify the discrimination of segments of society. In any case, no realistic initiative exists to codify protection of LGB persons from discrimination in an international human rights instrument let alone a regional one, and human rights mechanisms including the African Commission have fallen back on soft law instruments to affirm the rights of sexual minorities.

Fourth, the majority and minority opinions in the Supreme Court diverged on the cusp of the living constitutionalism versus originalism theories, that is, on the question of whether to interpret the Constitution as a living and dynamic instrument or whether to see it as a static unadaptable instrument bound by the express intentions of the original drafters.[32] One may, in fact, not overplay this divergence since it is the original drafters of the Constitution that allowed open-ended prohibited grounds of discrimination in article 27 of the Constitution. In any case, the African human rights mechanisms have on multiple occasions used soft-law instruments to interpret human rights instruments such as the African Charter as living instruments.

30 J Biegon 'The rise and rise of political backlash: African Union Executive Council's decision to review the mandate and working methods of the African Commission' 2 August 2018, https://www.ejiltalk.org/the-rise-and-rise-of-political-backlash-african-union-executive-councils-decision-to-review-the-mandate-and-working-methods-of-the-african-commission/ (accessed 14 September 2023).

31 *Gitari* case (n 2), judgment of Nambuye JA.

32 Eg, see *Gitari* case (n 1), judgment of Ibrahim SCJ paras 122, 123; judgment of Ouko SCJ para 218.

3 REVISITING THE CONCEPTUAL AND NORMATIVE DIALECTIC FOR PROTECTING SEXUAL MINORITIES FROM DISCRIMINATION

3.1 Human rights as claims on society

The reflections throughout this article are anchored on a pragmatic, as distinct from abstract, understanding that locates human rights as claims that an individual makes upon society on account of being a human being (the universality principle).[33] This understanding does not undermine the important philosophical principles at the heart of human rights, as articulated with utmost solemnity in the Universal Declaration of Human Rights.[34] Yet, advocacy on sexual minorities has to contend with the welcome fact that the history of human rights is a history of rights claims on society, rights contestations with society and rights conferred by society. This indeed was the case in respect of marginalised groups like women, for example in England, who propelled themselves from chattels in the nineteenth century to people with equal suffrage rights in the twentieth century. Similarly, black South Africans eventually succeeded in their claims against discrimination on the basis of race.[35]

In the above regard, the challenge that confronts activism in Africa is one of closing the circle. While continental and domestic mechanisms and judiciaries gradually recognise LGB persons as rights claimants and rights holders, the letter of the law invariably remains unsupportive of LGB rights – at best providing ambiguous affirmation of their rights while, at worst, specifically denying legal autonomy to them. A consequent often-raised question used to critique anti-discrimination initiatives is whether social norms must precede legal change or whether legal change may spur greater public support for equal LGB rights. One study concludes that ensuring the removal of

33 L Henkin 'Rights here and there' (1981) 8 *Columbia Law Review* 1582. In a similar vein, the concept of the 'struggle approach' of human rights contends that human rights claims may be backed by self-help, and that the notion of universal human rights may justify legitimate resistance to claim those rights; see eg C Heyns 'A "struggle approach" to human rights' in C Heyns & K Stefiszyn (eds) *Human rights, peace and justice in Africa: a reader* (2006) 15.

34 Universal Declaration of Human Rights United Nations 1948 art 1, https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf (accessed 25 October 2023).

35 This is illustrated by the following statement by Bishop Desmond Tutu, explaining his support for the rights of sexual minorities: 'For me this struggle is a seamless robe. Opposing apartheid was a matter of justice. Opposing discrimination against women is a matter of justice. Opposing discrimination on the basis of sexual orientation is a matter of justice.' 'It is also a matter of love … We all must be allowed to love each other with honour. Yet all over the world, lesbian, gay, bisexual, and transgender people are persecuted. We treat them as pariahs and push them outside our communities. We make them doubt that they too are children of God. This must be nearly the ultimate blasphemy. We blame them for what they are.' DM Tutu *God is not a Christian and other provocations* (2011).

discriminatory laws and the enactment of equal rights for sexual minorities calls for change both in the law as well as in social values, but either legal change or people's beliefs may precede the other.[36] The study cites South Africa of which the Constitution[37] guaranteed equal rights, including for sexual minorities, before the public had accepted the equality of LGB individuals.[38]

3.2 The liberal/communitarian dichotomy

Some critics of the rights of LGB persons argue against the liberal discourse which locates human rights in the individual. Rather, they favour the communitarian discourse that requires the individual to defer to the community.[39] The liberal discourse frames individual rights and liberties, at their simplest, in commanding terms that broach no compromise; while communitarian positions insist that collective social wellbeing trumps individual liberties.[40] Yet, the liberal/communitarian dialectic is not that un-nuanced, and it may be better understood as a continuum in which individuals and communities may be at different points of the spectrum. In fact, contemporary African philosophers, including Mogobe Ramose, Kwasi Wiredu and Kwame Gyekye,[41] generally agree that the continent's cultures evidenced, and to a significant degree still evidence a communitarian or communal character underpinned by a particular view of morality. These philosophers also generally agree that the individual can define personhood by membership of the community only partly, and hence the welfare of the community is as important as the welfare of the individual.[42]

I agree that the libertarian-communitarian divide should not be framed in un-nuanced essentialist terms that broach no bridging possibilities. As Uwazuruike explains,[43] communitarian philosophies hold the middle-ground between the extremes of libertarianism and authoritarianism. It seeks to protect the needs of the community from 'radical individualists' focused on absolute fulfilment of individual rights. It recognises individual human dignity as well as the 'social dimension' of human existence and proposes an agenda to advance commonly held social values without unduly compromising individual rights.[44]

36 J Heymann, A Sprague & A Raub *Advancing equality: how constitutional rights can make a difference worldwide* (2020) ch 6.

37 Constitution of the Republic of South Africa 1996, Government of South Africa, https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996 (accessed 25 October 2023).

38 Heymann and others (n 36).

39 See generally the analysis in Kahn-Fogel (n 4).

40 As above.

41 B Hallen *A short history of African philosophy* (2009) 138-143.

42 As above.

43 A Uwazuruike *Human rights under the African Charter* (2020) ch 2.

44 As above.

3.3 The universalist-relativist discourse of human rights

A particular premise for discounting the rights claims of sexual minorities is based on assertions about the particularities of African values, as articulated in the universalist-relativist debate. Universalists contend that human rights are universal and that they apply to each person by virtue of being human irrespective of culture, while relativists contend that purported universal rights are in fact conceptions anchored on Western values.[45]

Mudimbe cites many African values: the idea of community, the principle of harmony between evolving humans and changing nature, and the vision of a unitary universe.[46] Although these values may seem abstract, they formed the basis for canons, for example, of sexual offences in traditional African societies, including adultery, fornication, incest, rape, seduction, homosexual relations, sleeping with a forbidden relative or domestic animal, intimacy between relatives, and children looking at the genitals of their parents.[47] Still, this reflection of one author, writing about traditional Kikuyu culture, is overly-general:[48]

> Any form of sexual intercourse other than the natural form, between men and women acting in a normal way, is out of the question. It is considered taboo even to have sexual intercourse with a woman in any position except the regular one, face to face ... Owing to these restrictions, the practice of homosexuality is unknown among the Gikuyu. The freedom of intercourse allowed between young people of opposite sex makes it unnecessary, and encourages them to acquire experience which will be useful in married life.

Strict cultural relativists insist that belief systems are culturally specific and incomprehensible to one another, and that the notion of universal human rights is a mere ruse for imperialist assertion of Western hegemony. [49] They eschew same-sex relations as an unacceptable form of cultural imperialism.[50] Yet, as Uwazuruike has pointed out, it is telling that many African constitutions are generally modelled after Western constitutions instead of adopting the often-touted African traditional communitarian system.[51] Indeed, the again often-repeated paradox is that African states such as Kenya turned the criminalisation of homosexual sex from a law received from England into an indigenous norm appropriated as the cultural *status quo*.[52]

45 J Donnelly 'Cultural relativism and universal human rights' reprinted in Heyns and Stefiszyn (n 33).

46 VY Mudimbe *The invention of Africa: gnosis, philosophy, and the order of knowledge* (1988) 106.

47 JS Mbiti *African religions and philosophy* (1969) 147-148.

48 J Kenyatta *Facing Mount Kenya* International and Pan-American Copyright Conventions 155-156.

49 D Etone *The Human Rights Council: the impact of the Universal Periodic Review in Africa* (2020) 9.

50 As above.

51 Uwazuruike (n 43).

52 CM Silungwe 'On "African" *legal theory: a possibility, an impossibility or mere conundrum?*' in O Onazi (ed) *African legal theory and contemporary problems* (2014) 17.

This is the context within which moderate cultural relativists contend that culture is amenable to reform and influence and that it is, therefore, possible to attain a common culture of universal human rights.[53] Moderate relativists seek to use culture as a tool for formulating rights in a way that bodes acceptance and implementation.[54] Etone argues that cross-cultural dialogue can in this context be harnessed 'to socialise African states through a process of acculturation, by formulating certain rights which are culturally "radioactive", such as gay rights, in a way that would be more acceptable and incrementally implemented within the African society'.[55]

This approach resonates with Ibhawoh, who makes the case for using the notion of vernacularizing human rights to bridge the universalism-relativism debate. Vernacularising human rights describes 'the process by which universal human rights norms become grounded in local communities ... the interaction between established international human rights principles and local norms to produce hybridised legal and normative frameworks for human rights protection'.[56] It is 'a deliberate process of investing universal rights with local meanings that can potentially strengthen human rights protection and contribute to the normative application of global human rights'.[57] As I have noted elsewhere, human rights research and advocacy should investigate how the vernacularisation of human rights may be made operational to mediate contentious issues such as the rights of sexual minorities.[58]

No doubt, the quest for what An-Na'im refers to as 'decolonising human rights'[59] is important. Yet, as he explains, that deconstruction cannot be a justification for violating the rights of some individuals: the decolonisation of human rights should reverse the colonial domination of the norms, institutions and processes for protecting human rights so that all aspects of the system conform with the rationale of equality of all human beings in dignity and rights.[60] While approving the universality of human rights, he challenges the understanding of the universality of human rights as the uniformity of human rights: he sees the international human rights system as inherently neo-colonial because it is premised on the uniformity of a set of norms and institutions proclaimed by a self-select group of colonial powers that presume to speak for humanity on a global scale.[61] I agree with An-

53 Etone (n 49) 10.

54 As above.

55 Etone (n 49) 11.

56 B Ibhawoh *Human rights in Africa* (2018) 225-226.

57 As above.

58 L Mute 'Protecting the mandate and autonomy of the African Commission on Human and Peoples' Rights: leveraging the roles of national human rights institutions' CIAC 2021, https://achprindependence.org/wp-content/uploads/2021/07/NHRIs-ACHPR_EN.pdf (accessed 14 September 2023).

59 AA An-Na'im *Decolonising human rights* (2021) 20.

60 An-Na'im (n 59) 20-21.

61 As above.

Na'im that the protection of human rights is a means to the end of ensuring respect for the dignity of each and every human being without any requirement or qualification other than being human.[62]

3.4 The case for respecting difference

Masolo[63] has essayed on the duplicity of agents of traditional values who in the instance of sexuality and identity dismiss gay and lesbian rights as against African values and traditions. He highlights the subjectivity of intolerance for beliefs and practices different from our own, explaining that difference and discord or similarity and agreement are representations of a very normal world. He makes the case that reason is a better way than violence to settle disputes in respect of political justice and individual morality. He queries why any person should want another one to be locked up for any amount of time or have their other entitlements unequally given to them, let alone be killed, based only on the fact that they are different. He concludes that customary norms and practices

> can be re-evaluated and subsequently modified, replaced, or discarded altogether if it is found that the values they served can be achieved differently or that the costs associated with them (such as the physical pain associated with different customary rituals) are either no longer necessary or cannot be effectively minimized at a (historically later) time when elimination or at least the minimization of pain has become a value.[64]

It is in this sense that morality is derived from people's customs, values and traditions. Morals, therefore, vary from community to community and from time to time,[65] and states must be wary of enforcing moral codes by law as unimpeachable and immutable African truths. That is why in fact the law does not criminalise all conduct that is perceived as immoral. Ngwena has indeed questioned the majoritarian political, cultural and religious voices on the continent which employ unfair democratic terms to vilify the morality of sexual minorities and to judge and sanction them. He queries the 'injustice of a dominant cultural narrative on sexuality, which is officially privileged and denies the legitimacy of benign alternative sexualities ... (which) disenfranchises sexual minorities of equal citizenship but also sets them up as just targets for oppression, vilification and harm'.[66]

62 An-Na'im (n 59) 21.

63 DA Masolo *Self and community in a changing world* (2010) ch 4.

64 As above.

65 It has indeed been pointed out that African morality has in contemporary times become compromised by loss of communal living and values in preference to values of individualism and capitalism where the household has replaced the family as known in African traditional society (PO Olapegba & O Ayandele 'African identity, morality and wellbeing' in E Chitando & E Kamaara (eds) *Values, identity and sustainable development in Africa* (2022) 99).

66 C Ngwena *What is Africanness? Contesting nativism in race, culture and sexuality* (2018) ch 6.

3.5 The African Charter

On the face of it, testament to the enduring value of the norms established in the African Charter[67] in relation to sexual minorities can be inferred from instances where domestic courts have cited the Charter while making determinations on the rights of LGB persons.[68] At a more fundamental level, how does the universalist-relativist debate play out in the African Charter? What is the spirit behind the letter of the Charter?

The eminent Gambian jurist, Hassan B Jallow, recalls the wisdom that one of the fathers of the African Charter, President Leopold Sedar Senghor of Senegal, imparted on the drafters of the Charter: that the Charter be not one for the 'right of the African man'; that mankind was one and indivisible and the basic needs of man were similar everywhere; that there was neither frontier nor race when the freedoms and rights attached to human beings were to be protected; that Africa should not give up thinking for itself; that Africans should neither copy nor strive for originality for the sake of originality; that effectiveness and imagination needed to be shown; and that Africa needed to be inspired by its beautiful and positive traditions.[69]

Jallow's account of the drafting of the African Charter, in which he participated, is quite insightful. Regarding contestation around the drafting of one preambular paragraph, he recalls that there was general consensus that human rights and freedoms were universal and that caution should be exercised to avoid extracting the African from that universal setting. Yet, there were nonetheless certain aspects of human rights which were closely culture-bound, and it was important to place rights in the context of African values and traditions.[70] Jallow explains that this was the basis on which the following preambular paragraph was agreed: 'Considering the virtues of their historical traditions and the African values of civilisation which must inspire and characterise their reflections on the conception of human rights'.[71] Following more contestation, this further paragraph was agreed: 'Recognising on the one hand that fundamental human rights stem from the attributes of human beings, which justifies their international protection and on the other hand that the reality and respect of peoples' rights should necessarily guarantee human rights'.[72] Jallow then concludes that while the inherent nature of fundamental rights was recognized, it was

67 African Charter on Human and Peoples' Rights OAU 1981, https://au.int/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights (accessed 24 October 2023).

68 This is so in the instance of the *Gitari* cases where the High Court cited art 10 of the African Charter on the right to association (n 3) paras 79-80.

69 HB Jallow *The law of the African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights (1988-2002)* (2007).

70 As above.

71 African Charter Preamble.

72 As above.

acknowledged that the reality of collective rights must necessarily involve a guarantee of fundamental human rights.[73]

I agree that this is the context within which provisions in the African Charter on the duties of individuals should be understood. As Kahn-Fogel points out, the Charter showcases African communitarian norms that, unlike other international human rights instruments, qualifies the rights it enunciates with duties which individuals owe to their families, communities and state.[74] It indeed is significant that the Charter qualifies two of the duties it establishes with a requirement for tolerance. First, it establishes that individuals have the duty to 'preserve and strengthen positive African cultural values' in their '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'.[75] Second, the Charter affirms that individuals have the duty to respect and consider their fellow beings without discrimination, and to maintain relations aimed at promoting, safeguarding and reinforcing mutual respect and tolerance.[76] As well, the Preamble to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (African Women's Protocol) recognises that women have a crucial role in preserving African values, based on the principles of equality, peace, freedom, dignity, justice, solidarity and democracy.[77] This means positive African values must be consistent with international human rights standards, for example, on the basis of which states are mandated to end harmful traditional practices that negatively affect human rights.[78]

Ultimately, Africans both at the continental and domestic levels must do a far better job of figuring what African values entail at the normative level and how they fit into the dynamic of non-discrimination for LGB persons.

4 TOWARDS NON-DISCRIMINATION FOR SEXUAL MINORITIES – SOME STRATEGIC AND OPERATIONAL CONSIDERATIONS

This part suggests strategic and operational considerations that continental human rights mechanisms should keep in mind as they endeavour to ensure non-discrimination for sexual minorities. In

73 Jallow (n 69).

74 Kahn-Fogel (n 4).

75 African Charter art 29(7).

76 African Charter art 28.

77 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, AU 2003, https://au.int/en/treaties/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-rights-women-africa (accessed 15 September 2023).

78 A Johnson 'Article 17: Right to a positive cultural context' in A Rudman, C Musembi & T Makunya (eds) *The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa: a commentary* (2023) 365.

framing my arguments, I do not for one moment presume that I can provide watertight or holistic solutions since that in fact is not possible.

4.1 To litigate or not to litigate

As already highlighted, LGB activists have lodged anti-discrimination claims in a number of domestic courts across Africa.[79] At the continental level, only one opportunity to determine matters on LGB rights has come before the African Commission. In *Courson v Zimbabwe*[80] the author alleged violations in relation to the criminalisation of consensual adult homosexual sex in Zimbabwe, which was being enforced with the encouragement of the President and the Minister for Home Affairs. However, this communication was not considered on the merits since it was withdrawn by the author.[81]

In this regard, a fundamental question arising is whether LGB rights claimants should be constrained to wait, as it were, in the lobbies of domestic or continental human rights tribunals, while society acclimatises itself to receive their claims. A recent edited volume uses the term 'law-fare' as an analytical concept describing long-term battles over heated social and political issues, where actors on different sides employ strategies using rights, law and courts as tools and arenas.[82] This term has, however, also been used by some to connote negativity and disapproval – that an LGB or other individual would deign to participate in 'law-fare' – the way one should not become a warmonger by instigating warfare. In that sense, the question that is thrust in the face of sexual minority activism is scornful that they dare to claim their rights through litigation in the courts; and that, in any case, such litigation, even where successful, simply invites or exacerbates backlash.[83]

The question of if and when sexual minorities may institute legal proceedings to affirm their rights or push back against violations is a complex one. Following promulgation of Kenya's 2010 Constitution, LGB groups and their allies reflected deeply on whether and when to litigate. Achieving consensus was difficult, and some organisations struck out on their own to the deep chagrin of some of their peers who were apprehensive about backlash from litigation.[84] Writing about Canada, Porter aptly articulates the difficult choices that poor (or

79 See part 1 of the article.

80 *Courson v Zimbabwe* (2000) AHRLR 335 (ACHPR 1995).

81 As above.

82 A Jjuuko and others (eds) *Queer lawfare in Africa* (2022) 1.

83 G Warigi 'Taking gay activism to the streets could have a boomerang effect' *Nation* 22 February 2014.

84 For analysis on the use of lawfare to advance the rights of LGBTIQ persons in Kenya, see NW Orago, S Gloppen & M Gichohi 'Queer lawfare in Kenya: shifting opportunities for rights realisation' in Jjuuko and others (n 82) 107.

vulnerable) people have to make in using litigation to lodge social rights claims, when he wrote the following:[85]

> For most other groups and individuals in society, it is taken for granted that when serious infringements of human dignity occur, it is legitimate to look to the courts for redress ... The discrimination that poor people suffer ... is viewed as the product of individual moral failure or of legitimate political decision-making ... A double burden is thus imposed on poor people as rights claimants, under which they must first defend a claim to occupy adjudicative space before their rights claims will be given a meaningful hearing. Entrenched discriminatory attitudes towards poor people reinforce the notion that they ought not to be in court in the first place, and that they inappropriately apply a human rights framework to issues of personal or moral failure, complex social policy, 'legitimate' democratic choice, or governmental largesse.

It is, I suggest, far too easy to offer oversimplified critiques that LGB litigants should not go to court since their success or indeed lack of success invites more dangers upon the community. Ultimately, I suggest, there is no good time not to go to court: How long may one wait? What guarantees must one have before they litigate? Could one ever bank a guarantee cast in the iron of a homophobe or perpetrator? In this sense, backlash from successful litigation should be contextualised as part of the necessary ongoing contestations that rights claimants experience from time to time.

4.2 To cherry-pick or not – by operation of the principle of anti-subordination

Quite often, one encounters professional colleagues who, while acknowledging that human rights are universal and unimpeachable, at the same time dismiss or denigrate the rights of LGB individuals, as I wrote in a poem, 'in a rippling puff of haze'.[86] Speaking in 2010, Mutua borrowed from the principle of anti-subordination to argue that it is futile and hypocritical for a human rights advocate to fight against one form of discrimination while at the same time supporting another.[87] Human rights activists, he noted, should stand against all forms of oppression: one may not fight sexism while supporting homophobia or racism. Human rights actors, he said, may also borrow from an instrumentalist approach by recognising that it is in their interests to protect against all human rights violations because the moment one oppressed group is vanquished the oppressor will seek out the next group, 'and this could be you'.[88]

It would be unconscionable if, say, a women's rights activist advocated for the criminalisation of homosexual sexual conduct on the

85 B Porter 'Claiming adjudicative space: social rights, equality and citizenship' in M Young and others (eds) *Poverty, rights, social citizenship and legal activism UBC Press* 2007, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2470368 (accessed 15 September 2023).

86 LM Mute 'Coming out yet?' in LM Mute *Under the rubble lies my love* (2011).

87 Drawn from summary of lectures by Prof Makau Mutua on 16 February 2010 at the Palacina Conference Centre and the Alliance Française (on file with author).

88 As above. Also see M Mutua 'Sexual orientation and human rights: putting homophobia on trial' in S Tamale (ed) *African sexualities: a reader* (2011) 452.

basis of moral-based definitions while on the contrary advocating rape or defilement to be criminalised on the basis of consent-based definitions. In 2012, when KNCHR published the report of its public inquiry on sexual and reproductive health rights,[89] I recall how a leading women's rights organisation invited a member of the Commission to introduce the publication, but with the caveat that she should not speak about the inquiry's findings on sexual minorities.[90]

4.3 The power of rhetoric

Rhetoric can push back on the worst manifestations and impacts of heteronormativity. Heteronormativity focuses on the cultural, social and political institutions that codify, privilege and reward monogamous marital heterosexuality and gender conformity, and vilify and punish non-heterosexualities and perceived gender transgression.[91] The heteronormative paradigm pervasive on the continent is an uncompromising ideology that employs the 'sexual hierarchy' to typify heterosexual sex as good and homosexual sex as bad.[92] This ideology has deployed multiple tools to protect the 'norm' (read sameness) and vanquish the 'abnormal' (read difference).

Rhetoric is a double-edged sword: it has the power to affirm; it too holds the power to negate. Rhetoric can deliver sage messages; but it can also communicate crass messages that dis-inform and disempower the already vulnerable. Victims of human rights violations have to live with the consequences of the rhetoric expressed by members of tribunals before which they seek justice. Hence, human rights tribunals need to deploy rhetoric with sagacity: to affirm the most vulnerable in society – whether they be sexual minorities, persons with disabilities or indeed women.

Canny employment of wit can communicate contentious messaging more effectively than more conventional prose. Take this quite witty introduction of one of the majority opinions in the *Gitari* Court of Appeal decision, providing an eloquent summation of the arguments that anti-LGB rights opponents make:[93]

> Shorn of the scary apparitions and postulates put forward by the appellant and its supporters in the event this appeal is not allowed, such as: 'homosexuality will be legalised'; 'decadence, immorality and disease will strike our nation'; 'same sex marriages will be the order of the day'; 'sexual abuse of young people will dramatically increase'; 'murderers and other miscreants in society will be at liberty to register Associations'; 'floodgates will be opened for paedophiles'; 'Christian and

89 'Realising sexual and reproductive health rights in Kenya: a myth or reality?' KNCHR 2011, http://www.knchr.org/portals/0/reports/reproductive_health_report.pdf (accessed 12 September 2023).

90 Drawn from author's recollections.

91 Cited in A Currier & JM Cruz 'Civil society and sexual struggles in Africa' in E Obadare (ed) *The handbook of civil society in Africa* (2014) 337.

92 BK Twinomugisha 'Beyond juridical approaches: what role can the gender perspective play in interrogating the right to health in Africa?' in F Viljoen (ed) *Beyond the law: multidisciplinary perspectives on human rights* (2012) 60.

93 *Gitari* case (n 2) judgment of Waki JA.

> Islamic values will be obliterated'; 'societal moral values will be shredded'; 'cultural rights will be trampled upon'; 'there is an international conspiracy to promote gay rights'; this appeal is really about the place of our Constitution in our lives.

4.4 Vagaries of addressing claims on sexual minorities in multimember institutions

Multimember institutions tend not to confront difficult or contentious subjects head-on: they would rather prevaricate and defer difficult discussions instead of addressing them with candour, for fear of tempting institutional rapture. This indeed was my experience, both at KNCHR and the African Commission. At KNCHR, commissioners would choose the subjects they preferred to engage with, and would keep mum or stay away when otherwise unpalatable conversations were taking place. Approaches were no different at the African Commission where an air of hesitancy prevailed each time members had to address their minds on the rights of LGBTIQ persons. On a particularly memorable occasion at the 26th extraordinary session of the Commission held in 2019, commissioners sat spellbound while a number of intersex persons made a powerful and compelling case explaining the human rights violations they faced on an ongoing basis. Members of the Commission were genuinely appreciative of the information and context that the speakers provided. Still, commissioners declined to adopt a tabled resolution on the rights of intersex persons, and indeed it took at least three more years before the Commission adopted Resolution 552: Resolution on the promotion and protection of the rights of intersex persons in Africa in March 2023.[94]

Obviously, KNCHR and the African Commission were staffed by colleges of colleagues drawn from diverse ideological and regional backgrounds. Yet, statute and the human rights calling demanded that human rights should act as the lowest common denominator for commissioners and staff. This is how we explained the phenomenon in our reflective publication on a decade of KNCHR's work (2003-2011):[95]

> The Commission experienced deep internal struggles relating to its identity. At one level, commissioners and staff were in a sense supposed to be detached from their personal subjective value considerations so as to execute objectively on the institution's programmes. The truth of the matter of course was that at the end of the day, commissioners and staff were human beings with families, constituencies and personal convictions. How the institutional sphere might be balanced with the private sphere remained a matter of great pertinence ... the Commission's engagement with the rights of sexual minorities was particularly difficult because of arising moral considerations or religious persuasions. Colleagues had to keep reminding each other to remain faithful to a minimum human rights agenda and not to specific personal agendas. Then again, the law that established the

94 Res 552 'Resolution on the promotion and protection of the rights of intersex persons' ACHPR 2023, https://achpr.au.int/en/adopted-resolutions/resolution-promotion-and-protection-rights-intersex-persons (accessed 16 September 2023).

95 'It's hard to be good: the work, the wins and challenges of the Kenya National Commission on Human Rights (July 2003-August 2011)' KNCHR 2012, https://www.knchr.org/Portals/0/GeneralReports/Its_Hard_to_be_Good.pdf?ver=2013-02-21-152535-707 (accessed 15 September 2023).

Commission required that commissioners should be recruited from the broadest diversities of the country. Did this mean that each commissioner should carry the agenda from his or her diversity and insist on it? Subsequently, a fair dose of pragmatism was needed to temper the idealism which on its own could never have facilitated protection and promotion of human rights.

4.5 'Otherness' narratives

Members of human rights mechanisms have quite often used 'otherness' narratives, expressed or implied in formal and informal discussions. In my experience, it was not uncommon for colleagues to fall back onto the narrative of 'the other', with phrases such as 'those people' and 'they think' or 'they want' peppering contributions on mandate-execution in relation to LGB persons.

'Otherness' narratives dismiss differences and seek to assimilate the powerless and vulnerable 'other'. As I noted in an address to a regional colloquium of judges: 'Human rights tribunals must eschew "otherness" narratives. Otherness narratives concretise heteronormative (or indeed sexist or ablest) values that disempower and dehumanise the most vulnerable in society by inviting them to agree to become assimilated by the "normal" majority.'[96]

4.6 African Commission Resolution 275 and its significance

In 2014, at the 55th ordinary session of the African Commission held in Luanda, I recall careful edits and reedits of what became 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').[97] I also recall long tense minutes when I presented the Resolution and argued for its adoption, and I was never so elated as when the Resolution was adopted unanimously, since after all I was a neophyte who had just recently joined the Commission.

Why did we adopt Resolution 275 when ordinarily the Commission was quite reticent to speak about sexual orientation and gender identity? Certainly, prior to and after 2014, the Commission raised concerns on the rights of sexual and gender minorities. Indeed, it is my argument that the African Commission has on a number of significant occasions been judicious in employing its general comments,

96 L Mute 'Justice for sexual minorities matters: keynote address at regional judicial colloquium on protection against discrimination on the basis of sexual orientation, gender identity, expression and sex characteristics and eradication of harmful SOGIE-conversion practices in Eastern and Southern Africa' Cape Town 25-27 April 2023.

97 African Commission 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', https://achpr.au.int/en/adopted-resolutions/275-resolution-protection-against-violence-and-other-human-rights-violations (accessed 14 September 2023).

guidelines, resolutions, studies, statements, communications and constructive dialogues with states towards ensuring non-discrimination for LGBTIQ persons. It affirmed that LGBTIQ persons are protected from discrimination under the African Charter in respect of their rights: to be free from torture or ill-treatment;[98] the right to redress;[99] to be protected from HIV;[100] to form associations and to assemble;[101] to exercise their right to freedom of expression and access to information;[102] to exercise economic, social and cultural rights including the right to access water;[103] the rights of intersex persons;[104] and so forth.

The inexorable hand of history, including advocacy by LGBTIQ activists,[105] had guided the Commission to the point of adopting Resolution 275. For a few Commissioners, the resolution provided the segue to enable the Commission to address human rights violations of LGBTIQ persons directly under the African Charter. This was particularly significant for me in my capacity as the Chairperson of one of the Commission's Special Mechanisms, the Committee for the Prevention of Torture in Africa.[106] Relatedly, while some commissioners were not inclined to affirm the general rights of

98 As above.

99 General Comment 4: The right to redress for victims of torture and other cruel, inhuman or degrading punishment or treatment (article 5) ACHPR 2017 para 20, https://achpr.au.int/index.php/en/node/893 (accessed 15 September 2023). Indeed, in January 2023 the Country Rapporteur of Kenya issued a statement on the death of a queer activist whose killing appeared to be a hate crime, stressing everyone's entitlement to protection of life and the integrity of person regardless of their actual or imputed sexual orientation or gender identity, https://achpr.au.int/en/news/press-releases/2023-01-07/press-statement-tragic-murder-edwin-chiloba-kenya (accessed 14 September 2023).

100 General Comment 1 on arts 14(1)(d) and (e) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa 2012 para 4, https://achpr.au.int/en/node/855 (accessed 15 September 2023).

101 'Guidelines on freedom of association and assembly in Africa' ACHPR 2017 guideline 80 https://achpr.au.int/index.php/en/soft-law/guidelines-freedom-association-and-assembly-africa (accessed 15 September 2023); 'Guidelines for the policing of assemblies by law-enforcement officials in Africa' ACHPR 2017 Guideline 7.2.8, https://achpr.au.int/en/soft-law/guidelines-policing-assemblies-law-enforcement-officials-africa (accessed 15 September 2023).

102 'Declaration on principles of freedom of expression and access to information in Africa' ACHPR 2019, https://achpr.au.int/en/node/902#:~:text=The%20Declaration%20establishes%20or%20affirms,to%20express%20and%20disseminate%20information (accessed 1 September 2023).

103 'Guidelines on the right to water in Africa' ACHPR 2019 Guideline 5.2, https://achpr.au.int/en/node/904#:~:text=The%20objective%20of%20the%20Guidelines,reports%20to%20the%20African%20Commission (accessed 15 September 2023).

104 Resolution 275 (n 94).

105 See BD Nibogora 'Advancing the rights of sexual and gender minorities under the African Charter on Human and Peoples' Rights: the journey to Resolution 275' in E Durojaye, G Murugi-Mukundi & C Ngwena (eds) *Advancing sexual and reproductive health and rights in Africa* (2021) 171.

106 For an analysis on the work of the Committee for the Prevention of Torture in Africa, see LM Mute 'Ensuring freedom from torture under the African human rights system' in M Evans & J Modvig (eds) *Research handbook on torture: legal and medical perspectives on prohibition and prevention* (2020) 227.

LGBTIQ persons under the Charter, they recognised the intersectional character of human rights as established in the Charter; and they found it acceptable to affirm, for example, that the Charter prohibited torture under all circumstances, even where it happened to LGBTIQ individuals;[107] and that states should end all acts of violence and abuse, whether committed by state or non-state actors.[108]

Did Resolution 275 make a difference in the exercise of rights by sexual and gender minorities? While the scope of this article does not allow for in-depth reflections, one of my more rewarding moments as a member of the Bureau of the African Commission, from 2017 to 2019, was when our Secretariat intimated to us that a state, Malawi, had requested the inclusion on the agenda of the 65th ordinary session of the Commission a panel on Resolution 275. The panel included representatives from the government of Malawi and the Malawi Human Rights Commission, and it discussed progress and challenges of implementing Resolution 275. Resolution 275 expectedly is also the harbinger for many more soft law instruments on LGBTIQ rights, now including Resolution 552 on the rights of intersex persons which the Commission adopted in 2023.

4.7 The dialectic around the grant of observer status of the Coalition of African Lesbians

In April 2015, at its 56th ordinary session, the African Commission (exceptionally by vote) that the Chairperson (again exceptionally) called in a public session, granted observer status to the Coalition of African Lesbians (CAL).[109] Later, in June, the Executive Council of the AU requested the Commission

> to withdraw the observer status granted to NGOs who may attempt to impose values contrary to the African values; in this regard, REQUESTS the ACHPR to review its criteria for granting Observer Status to NGOs and to withdraw the observer status granted to the Organisation called CAL, in line with those African values.[110]

As I have explained elsewhere,[111] the Commission deflected the withdrawal request from 2015 to 2018, reporting severally to the policy

107 Drawn from personal notes of the author.

108 Resolution 275 (n 97).

109 Exceptionally, during that grant of observer status, commissioners voted in a closed meeting by majority in favour of the grant. Yet, the Chairperson, Kayitesi Sylvie Zainabo, called another vote in a public session, which again confirmed the grant by majority vote. Later, commissioners expressed deep dissatisfaction in the unconventional way the Bureau had handled the process, which had vitiated collective responsibility and also invited undue and unnecessary public recrimination on some commissioners. Minutes of closed meeting of 2 May 2015 (on file with author).

110 Decision on the 38th Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights Doc.EX.CL/921(XXVII) para 7 Decisions and Recommendation of the 27th ordinary session of the Executive Council (7-12 June 2015, Johannesburg, South Africa) Doc. EX.CL/Dec.873-897(XXVII), https://au.int/en/decisions-0 (accessed 8 August 2023).

111 Mute (n 58).

organs of the AU that the matter was *sub judice* since two NGOs (CAL and the Centre for Human Rights) had applied for an advisory opinion on the matter before the African Court on Human and Peoples' Rights.[112] In June 2018 the Commission and the PRC undertook a joint retreat to resolve matters of mutual concern between the Commission, the PRC and states.[113] Robust and constructive engagements over two days resulted in decisions for the better execution of the Commission's human rights mandate.[114] The retreat, however, also became a forum for the PRC's leadership to browbeat the Commission specifically into withdrawing CAL's NGO observer status, and it was to the great credit of commissioners that they did not baulk in the course of the retreat under that unrelenting pressure. The Commission finally caved in when the policy organs effectively issued an ultimatum: that the withdrawal should happen no later than 31 December 2018.[115]

Ultimately, a confluence of factors resulted in the withdrawal of CAL's observer status. Internally, some of the actions by the Commission were based on the need to proceed on the basis of consensus: my sense as a member of the Bureau was that a vote on the status of CAL, such as that the Commission should call the Executive Council's bluff by not withdrawing the grant of observer status, whether won or lost, would be pyrrhic, that it would amount to a vote of confidence in the Bureau. It was a lost opportunity that the Commission did not itself file a request for an advisory opinion before the African Court, as it could have done. As a matter of strategy, the Commission did not even file submissions before the Court on the Advisory Opinion sought by the Centre for Human Rights and CAL.

112 In due course, the Court declined to issue the requested opinion, for want of jurisdiction. It is also possible that the Court did not wish to become embroiled in the minefield of expressing an opinion on an organisation covering the question of lesbian persons. See African Court on Human and Peoples' Rights *Request for Advisory Opinion by Centre for Human Rights and Coalition of African Lesbians* 002 2015 Advisory Opinion, 28 September 2017, http://www.african-court.org/en/images/Cases/Judgment/002-2015-African%20Lesbians-%20Advisory%20Opinion-28%20September%202017.pdf (accessed 14 September 2023).

113 Decision on the African Commission on Human and Peoples' Rights Doc. EX.CL/1058(XXXII) para 4, Decisions of the 32nd ordinary session of the Executive Council (25-26 January 2018, Addis Ababa, Ethiopia) EX.CL/ Dec.986-1007(XXXII), https://au.int/en/decisions/decisions-thirty-second-ordinary-session-executive-council (accessed 8 August 2023).

114 'Conclusions of the joint retreat of the Permanent Representatives' Committee of the African Union and the African Commission on Human and Peoples' Rights 4-5 June 2018, Nairobi, Kenya' (on file with author).

115 Decision on the 45th Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights.Doc. EX.CL/1127(XXXIV) para 2, Decisions of the 34th ordinary session of the Executive Council (7-8 February 2019, Addis Ababa, Ethiopia) EX.CL/Dec.1031-1056(XXXIV), https://au.int/en/decisions/decisions-thirty-fourth-ordinary-session-executive-council (accessed 8 August 2023).

Despite the gravity of this setback, the Commission had already affirmed the rights of LGBTIQ persons in its 43rd Activity Report to the Policy Organs,[116] and Commissioner Soyata Maiga, the Chairperson, had made eloquent oral responses at the 35th ordinary session of the Permanent Representatives' Committee in January 2018 on the protection of the rights of sexual *and gender* minorities under the Charter. My hope was that these affirmations would be important for foiling immediate violations while also setting the stage for actions in posterity.

Finally, on this matter, I should note that African advocates and allies for LGBTIQ rights quite often do not fully appreciate the delicate nuance that human rights bodies navigate as they seek to affirm the rights of sexual minorities. I indeed had long, difficult conversations with senior officials of international organisations expressing to us in the Bureau their great disappointment on the withdrawal of CAL's NGO observer status.

4.8 The value of high-level convenings

Finally, the value of high-level inter-institutional interactions on generic or thematic human rights issues cannot be gainsaid as forums for knowledge sharing and problem solving.[117] The African Commission participated in two trilateral thematic dialogues on sexual orientation, gender identity and intersex related issues. The other participants of the convenings were the Inter-American Commission on Human Rights (IAHRC) and United Nations (UN) human rights mechanisms. The first dialogue was hosted by the Commission in

116 The Commission indicated and clarified the following: (1) The decision on the grant of observer status was properly taken in terms of the Commission's established processes and criteria. (2) The Commission was mandated to give effect to the African Charter under which everyone is entitled to the rights and subject to the duties spelt out in the Charter, and the Commission had the duty to protect those rights in line with the mandate entrusted to it under article 45 of the Charter, without any discrimination because of status or other circumstances. (3) While fulfilling this mandate, the Commission remained alive to and mindful of the imperative not to encroach on domestic policy matters that fall outside its purview. (4) The Commission would continue to scrutinise the notion of 'African Values' within the framework of its mandate to interpret the African Charter; 43rd Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights June-November 2018 submitted to the AU policy organs in accordance with article 54 of the African Charter, https://achpr.au.int/en/documents/activity-reports (accessed 11 September 2023).

117 Engagements between the African Commission and the United Nations Special Procedures were concretised in 2012 under the Addis Ababa Roadmap; see 'Dialogue between Special Procedures Mandate Holders and of the UN Human Rights Council and the African Commission on Human and Peoples' Rights Roadmap' 17-18 January 2012, Addis Ababa, Ethiopia, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/SP/SP_UNHRC_ACHPRRoad_Map.pdf (accessed 12 September 2023).

Banjul in November 2015,[118] and the second was hosted by the IACHR in Washington DC in March 2018.[119] The two dialogues offered safe spaces where participating commissioners, special procedures mandate holders, and members of treaty bodies could discuss and share good practices on the quite-often difficult content and process issues they encountered in their human rights endeavours in relation to sexual and gender minorities.

The second trilateral dialogue agreed on the imperative of eradicating violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, and that the principle of universality was best implemented when the universal perspective was included in regional work. It explored the intersection of sexual orientation and gender identity and expression with other human rights concerns such as violence against women, the situation of human rights defenders, the rights of children, prevention of torture, killings, deprivation of liberty, freedom of expression, and economic, social and cultural rights.[120] This intersectional approach was consonant with the African Commission's approach of finding non-contentious segues for addressing human rights violations and abuses of sexual and gender minorities.

5 CONCLUSION

The case I have made in this article is that Africa cannot by dint of philosophy or law sustain an essentialist approach that insists on denying the humanity of LGB persons, an approach that disavows and disempowers some of its citizens. I have argued that African human rights mechanisms should use the continent's normative and institutional wherewithal to chart a course that protects all persons from discrimination. Moving forward, this discourse requires the African Commission to fortify its anti-discrimination framework that it has been erecting using soft law instruments and other strategies. I have shown that progressive continental and domestic human rights tribunals have had to navigate difficulties, sometimes unsuccessfully, in their bids to ensure the rights of LGB persons. I have argued that the human rights indignities and dehumanisation that LGB individuals face is the diminution of their agency as human beings. Sexual minorities must not be urged or expected to give up their agency by shelving or drawing back from making rights claims on society. Yet,

118 See 'Ending violence and other human rights violations based on sexual orientation and gender identity: a joint dialogue of the African Commission on Human and Peoples' Rights, Inter-American Commission on Human Rights and United Nations' (2016), https://www.pulp.up.ac.za/legal-dialogues/ending-violence-and-other-human-rights-violations-based-on-sexual-orientation-and-gender-identity-a-joint-dialogue-of-the-african-commission-on-human-and-peoples-rights-inter-american-commission-on-human-rights-and-united-nations (accessed 10 September 2023).

119 See 'Joint thematic dialogue on sexual orientation, gender identity and intersex related issues final report and annexes' 26-28 March 2018, Washington DC.

120 As above.

backlash evidenced in the past decade suggests the need for continuous reflection on how LGB persons should frame their rights claims.

La participation du Conseil de surveillance de Meta à la protection de la liberté d'expression en ligne en Afrique: vers une «privatisation» de la protection des droits fondamentaux dans l'espace numérique?

Jimmy Kamunga Ngalula *
https://orcid.org/0009-0009-6187-1962

RÉSUMÉ: L'essor du secteur numérique a, grâce à internet, facilité l'exercice de la liberté d'expression. Quiconque peut, n'importe où, librement, communiquer notamment par Facebook et Instagram, appartenant à l'entreprise privée américaine Meta Platforms Inc. Les contenus susceptibles de violer les standards de la communauté et les valeurs de Meta sont soumis à sa politique de modération, intégrant les normes internationales des droits de l'homme. Les décisions prises dans ce cadre sont susceptibles d'appel auprès du Conseil de surveillance (Conseil), un organe privé «*sui generis*» de protection de la liberté d'expression en ligne à travers le monde. S'appuyant sur la dogmatique et la casuistique, cette étude souligne que le Conseil est un mécanisme de réclamation non judiciaire qui ne se substitue pas ni moins se greffe aux organes quasi juridictionnels et juridictionnels africains de protection des droits de l'homme ainsi qu'aux juridictions étatiques, lesquels restent compétents pour les violations de droits de l'homme commises en ligne. Démontrant les incidences du traitement automatisé des contenus par Meta sur la liberté d'expression des utilisateurs, cette étude invite les États africains à adopter, à l'instar de ceux de l'Union européenne (UE), un cadre réglementaire approprié avec les entreprises privées du numérique et à prendre des mesures législatives nationales encadrant la diffusion des réseaux sociaux virtuels sur leurs territoires. Vu la déterritorialisation des effets de décisions du Conseil, ceci aura le privilège de concilier davantage la responsabilité de ces entreprises de respecter les droits de l'homme, intégrant les valeurs démocratiques et culturelles de l'histoire africaine, avec la mise en œuvre des obligations étatiques positives de respecter et de protéger les droits de l'homme face aux défis nés de l'utilisation d'internet.

* Candidat au doctorat (*PhD Candidate*) à la Faculté de Droit et de Criminologie de l'Université catholique de Louvain (UCLouvain, Belgique) et titulaire de trois Masters de spécialisation (LLM) en droits de l'homme (UCLouvain, UNamur et USL-B), en droit international (ULB) et en approche interdisciplinaire des droits de l'enfant (ULB, UCLouvain, ULg, UNamur et USL-B), l'auteur est enseignant et chercheur dans le domaine du droit international et des droits humains. Il remercie vivement le Professeur Dr Trésor Muhindo Makunya pour son aimable et inestimable soutien et Maître Justin Tshidimba Ilunga pour ses observations averties, et dédie cette contribution à la mémoire du feu Professeur émérite Gaston Kalambay Lumpungu, qui a fait 50 ans de carrière professorale à l'Université de Kinshasa (UNIKIN) et dont la triste nouvelle de son passage de vie à trépas dans la matinée du vendredi 4 août 2023 a surpris l'auteur en train de finaliser cette redaction; kamungangalula@gmail.com

JK Ngalula 'La participation du Conseil de surveillance de Meta à la protection de la liberté d'expression en ligne en Afrique: vers une «privatisation» de la protection des droits fondamentaux dans l'espace numérique?' (2023) 7 *Annuaire africain des droits de l'homme* 208-233
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a10

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The participation of the Meta's Oversight Board in the protection of online freedom of expression in Africa: towards a 'privatisation' of the protection of fundamental rights in the digital space?

ABSTRACT: The growth of the digital sector has, thanks to the internet, facilitated the exercise of freedom of expression. Anyone, anywhere, can communicate freely, particularly via Facebook and Instagram, owned by the private American company Meta Platforms Inc. The content likely to violate Meta's community standards and values is subject to its moderation policy, which incorporates international human rights standards. Decisions taken within this framework may be appealed to the Oversight Board (Board), a private *sui generis* body for the protection of online freedom of expression throughout the world. Drawing on the doctrinal legal method, this study emphasises that the Board is a non-judicial complaints mechanism that does not replace or graft itself onto African quasi-judicial and judicial human rights protection bodies and state courts, which remain competent for human rights violations committed online. Demonstrating the impact of Meta's automated processing of content on users' freedom of expression, this article calls on African states to adopt, like those of the European Union (EU), an appropriate regulatory framework with private digital companies and to take national legislative measures to regulate the distribution of virtual social networks on their territories. Given the deterritorialisation of the effects of the Board's decisions, this will have the advantage of better reconciling the responsibility of these companies to respect human rights, incorporating the democratic and cultural values of African history, with the implementation of positive state obligations to respect and protect human rights in the face of the challenges arising from the use of the internet.

MOTS-CLÉS: Conseil de surveillance de Meta, entreprises privées du numérique, liberté d'expression en ligne, modération des contenus, droits de l'homme, Afrique

SOMMAIRE:

1 Introduction 209
2 Le conseil de surveillance de Meta, UN mécanisme privé transnational en marge du système africain des droits de l'homme 215
2.1 Structure organique et pouvoirs du Conseil 216
2.2 Nature juridique du Conseil 221
3 L'activité du conseil de surveillance de Meta dans la protection de la liberté d'expression en ligne en Afrique 222
3.1 Procédure et cadre de référence des décisions du Conseil: une «juridictionnalisation» d'un organe privé de Meta 222
3.2 Les précédents du Conseil en Afrique: palliatif aux incidences des décisions de modération de Meta sur le respect des droits de l'homme en ligne 226
4 Conclusion 232

1 INTRODUCTION

Le développement des technologies de l'information et de la communication marque l'essor spectaculaire du secteur numérique dont le point de départ est la création d'internet, réseau des réseaux[1] et outil extraordinaire, comme moyen «privilégié»[2] d'échanger

1 P Amblard *Régulation de l'internet: L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif* (2004) 4.

2 S Carneroli *Les aspects juridiques des réseaux sociaux* (2013) 3.

librement, instantanément et gratuitement des informations.[3] Ayant déclenché une véritable révolution, l'internet est devenu, sans aucun doute, un outil indispensable, et ce, à la grandeur de la planète. Son utilisation actuelle, partout dans le monde et par tous les âges, et sa présence dans pratiquement tous les aspects de la vie humaine moderne sont sans précédent.[4] Certains affirment même qu'internet a désormais acquis «valeur de service public»,[5] car des milliards de personnes, des communautés, des institutions et des organismes tant publics que privés y recourent pour leurs activités. En 2023, près de cinq milliards de personnes ont activement utilisé internet[6] grâce à des réseaux sociaux virtuels.[7]

Apparus au début des années 2000,[8] ces réseaux, ayant une vocation principalement récréative ou informative,[9] contrôlent les principaux canaux d'utilisation de l'internet. Ils sont toutes ces plateformes de communication en ligne (sites internet ou applications mobiles) qui favorisent les interactions sociales entre différents utilisateurs et permettent à des personnes de se constituer des réseaux de connaissances ayant des intérêts communs,[10] avec la possibilité non seulement de créer et de publier des informations (textes, photographies, vidéos, musiques, audios), mais aussi de commenter et de partager les contenus publiés par d'autres utilisateurs[11] sans considération des frontières. Sur le plan juridique, c'est le Règlement européen sur les marchés numériques[12] qui définit, à son article 2(7), le réseau social virtuel comme «une plateforme permettant aux

3 J Andriantsimbazovina et al (dirs) *Dictionnaire des droits de l'homme* (2008) 537.

4 Conseil des droits de l'homme *Tendances et défis concernant le droit de tous les individus de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toutes sortes par le biais d'internet* A/HRC/17/27 (16 mai 2011) para 2.

5 Conseil de l'Europe *Recommandation CM/Rec(2014)6 du Comité des ministres aux États membres sur un Guide des droits de l'homme pour les utilisateurs d'internet* (adoptée le 16 avril 2014) para 3.

6 T Coëffé 'Chiffres réseaux sociaux' *Blog du modérateur* (4 août 2023), https://www.blogdumoderateur.com/chiffres-reseaux-sociaux/ (consulté le 25 novembre 2023).

7 Le terme 'virtuel', au sens commun, est souvent opposé à 'réel'. En les qualifiant de réseaux, l'on fait référence au caractère immatériel des rapports et des échanges dont ils sont le support via internet. La nature de l'internet est autre que matérielle, car les contenus qui y circulent sont insaisissables, du fait de leur nature numérique. Lire P Amblard (n 1) 7.

8 'MySpace', site web de réseautage social, fut créé aux États-Unis d'Amérique le 1er août 2003. Conseil d'État France *Les réseaux sociaux: enjeux et opportunités pour la puissance publique* (2022) 29-31.

9 V Ndior 'Le Conseil de surveillance de Facebook et la protection des libertés' (2022) 23 *Revue des droits et libertés fondamentaux* 1.

10 Carneroli (n 2) 13.

11 R Rissoan *Réseaux sociaux – Comprendre et maîtriser ces nouveaux outils de communication* (2018) 37-38.

12 Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques ou *Digital Markets Act* dit *DMA*) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *Journal officiel de l'Union européenne*, L 265, 12 octobre 2022.

utilisateurs finaux de se connecter ainsi que de communiquer entre eux, de partager des contenus et de découvrir d'autres utilisateurs et d'autres contenus, sur plusieurs appareils et, en particulier, au moyen de conversations en ligne (chats), de publications (posts), de vidéos et de recommandations». Le Conseil d'État français souligne que cette définition a l'avantage d'être assez large et présente donc le mérite d'être minimaliste et englobante.[13]

Ces réseaux offrent de nouveaux canaux de communication propices aux échanges personnalisés, à l'écoute et au partage d'idées,[14] consacrent donc la rencontre entre les relations humaines et la technologie[15] et constituent une représentation du réseau social réel dans un univers virtuel représenté principalement par internet.[16] Ils sont partout, revêtent diverses formes et ont pris une place dans notre vie quotidienne et dans notre société.[17] Leurs utilisateurs se rencontrent et satisfont, du moins en apparence, d'importants besoins relationnels et existentiels.[18] Toutefois, ce sont des espaces privés ouverts au public où les sphères personnelles, relationnelles et professionnelles se chevauchent bien souvent. Ceci révèle toute l'importance d'internet en tant que «puissant facilitateur» des droits de l'homme et des peuples en Afrique.[19]

En effet, ces réseaux appartiennent aux entreprises du secteur privé desquelles dépendent les infrastructures de technologie numérique. Parmi elles, l'entreprise multinationale privée américaine «Meta Platforms Inc».[20] (Meta), spécialisée dans les prestations de services de réseautage social en ligne, est la première avec cinq plateformes incontournables au monde: Facebook, Instagram, Messenger, WhatsApp et Oculus. Parmi ceux-ci, Facebook, né le 4 février 2004 d'un système de discussion entre étudiants sur le campus d'Harvard University,[21] comptait plus de trois milliards d'utilisateurs actifs au 4 août 2023,[22] ce qui en fait le réseau social virtuel pérenne et le plus utilisé à travers le monde; Instagram, né aux États-Unis d'Amérique le 6 octobre 2010, comptait aussi plus de deux milliards d'utilisateurs

13 Conseil d'État France (n 8) 38-40.

14 Carneroli (n 2) 13.

15 Rissoan (n 11) 16.

16 Rissoan (n 11) 27-33.

17 F Ernotte *Droit des réseaux sociaux* (2014) 11-14.

18 M Salmon (dir) *Les réseaux sociaux et le droit* (2014) 8.

19 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission africaine) Résolution sur le droit à la liberté d'information et d'expression sur internet en Afrique CADHP/RES.362 (LIX) 2016 (adoptée à Banjul (Gambie) 4 novembre 2016) préambule, 8e considérant.

20 Le groupe 'Meta Platforms Inc' est une entreprise technologique américaine créée officiellement le 21 octobre 2021 afin de dissocier le réseau social *Facebook* de sa maison-mère qui avait alors le même nom.

21 M Zachary Seward 'Judge expresses skepticism about facebook lawsuit' *The Wall Street Journal* (25 juillet 2007), https://www.wsj.com/articles/SB118539991204578084 (consulté le 13 juin 2023).

22 Coëffé (n 6).

actifs à la même date et est classé en quatrième position, après YouTube et WhatsApp.[23]

L'impact de ces plateformes sur le comportement de leurs utilisateurs n'est pas à nier. Les uns les considèrent comme un moyen pour garder le contact avec leurs proches, de passer du temps et de partager avec eux des données personnelles (club privé), et les autres les considèrent comme une source d'information et de communication où ils peuvent lire et partager des contenus textuels et/ou multimédias (espace public). Ceci traduit l'importance fondamentale et le caractère central du droit à la liberté d'expression, c'est-à-dire la faculté de rechercher, de recevoir et de diffuser ou de communiquer librement des informations et des idées,[24] en ligne ou hors ligne, qui, en tant qu'élément indispensable à la démocratie[25] et droit humain fondamental et inaliénable,[26] est garantie aux individus et protégée par l'article 9 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples[27] (Charte africaine) ainsi que d'autres normes internationales des droits de l'homme.[28]

L'exercice de la liberté d'expression par le moyen d'internet étant au centre de la jouissance d'autres droits,[29] Facebook et Instagram s'avèrent parfois des milieux virtuels fertiles aux propos discriminatoires, appels à la haine ou à la violence, de dénigrements, de diffamations, des atteintes à la vie privée, de désinformations, entre autres, qui vont à l'encontre du respect des droits d'autrui, et par extension, à l'ordre public. Pareils contenus inadmissibles ont conduit Meta à développer des outils de modération automatisés, allant des filtres par mots-clefs à la détection des spams, aux algorithmes de *hash-matching* et au traitement du langage nature.[30] Toutefois, les millions de décisions sur l'approbation ou la suppression de contenus, prises chaque semaine, par les équipes de modération et/ou les algorithmes, ont des impacts importants sur les droits des utilisateurs.

23 *Ibid.*

24 V Eteka Yemet *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Étude comparative* (1996) 96-97.

25 Y Lécuyer et F Lemaire *Cours de droits humains et libertés* (2022) 380-381.

26 Commission africaine Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique (adoptée à Banjul (Gambie) et entrée en vigueur le 17 avril 2020) principe 9.

27 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte africaine), adoptée à Nairobi (Kenya) le 27 juin 1987 et entrée en vigueur le 21 octobre 1986. Lire à ce sujet: L Burgorgue-Larsen 'Commentaire de l'article 9(1)' et O de Frouville 'Commentaire de l'article 9(2)' in M Kamto (dir) *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article* (2011) 220-264.

28 Art 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), 10 de la Convention européenne de des droits de l'homme (CEDH), 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) et 13 de la Convention américaine des droits de l'homme (CAmDH). Voir: Commission africaine (n 26) principes 1 et 5.

29 Commission africaine (n 26) préambule, 17e considérant.

30 Centre for Democracy and Technology *Mixed messages? The limits of automated media content analysis* (2017) 9.

Pour se conformer davantage aux Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme[31] (PDNU) faisant autorité[32] et établissant des normes mondiales de pratique[33] et de conduite générale que toutes les entreprises sont désormais censées appliquer dans toutes leurs activités, où qu'elles opèrent, pour prévenir et atténuer des incidences négatives sur les droits de l'homme[34] liés à leurs activités, et clarifiant leur responsabilité en matière des droits de l'homme,[35] Meta a, depuis 2020, créé le Conseil de surveillance (Conseil) (*Oversight Board*). L'objectif de Meta est d'améliorer la façon dont elle traite ses utilisateurs en appliquant les normes de contenu publié sur Facebook et Instagram, et ce de manière à faire valoir la liberté d'information et d'expression de chacun ainsi que les normes pertinentes des droits de l'homme.[36]

Depuis sa création en 2020 jusqu'au 31 juillet 2023 inclus,[37] plusieurs décisions prises par Meta ont été soumises au Conseil pour aider l'entreprise à répondre aux questions les plus complexes en matière de liberté d'expression en ligne: quels contenus supprimer? Quels contenus laisser en ligne? Et pourquoi? Le Conseil a rendu 43 décisions, dont huit concernent le continent africain. Cet organe privé vise à garantir le respect de la liberté d'expression en ligne au moyen d'un jugement indépendant, lequel jouit d'une solide protection juridique dans l'ensemble du système régional africain de protection des droits de l'homme. Ceci suscite une interrogation. Comment les décisions du Conseil dans la protection du droit à la liberté d'expression à l'ère du numérique en Afrique conduiraient-elles à une «privatisation» de la protection des droits fondamentaux dans l'espace numérique?

Deux thèses s'affrontent. La première, il y a privatisation du fait qu'un organe créé par une entreprise privée décide sur l'exercice des libertés civiles et politiques en ligne et produit des décisions aux effets extraterritoriaux concernant la liberté d'expression d'utilisateurs africains de Facebook et Instagram, cela comme un organe concurrent à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

31 Conseil des droits de l'homme Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme A/HRC/17/31 (21 mars 2011) principes directeurs 11-13, 16-19 et 23.

32 Conseil des droits de l'homme Modalités d'application concrète des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme aux activités des entreprises technologiques A/HRC/50/56 (21 avril 2022) para 8.

33 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme – Guide interprétatif* (2012) 1.

34 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (n 33) 19. Une 'incidence négative sur les droits de l'homme' se produit lorsqu'une action ôte ou limite la capacité d'un individu à jouir des droits de l'homme qui sont les siens.

35 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (n 33) 2.

36 Meta's Oversight Board *Rapport annuel 2021 du Conseil de surveillance* (2022) 2.

37 Les recherches réalisées s'étendent sur cette période dont cette date butoir marque le délai de rigueur pour la soumission du projet de la présente contribution au comité scientifique en vue de sa publication dans le volume 7 de l'Annuaire africain des droits de l'homme/African Human Rights Yearbook (AADH/AHRY) dont la parution est prévue en décembre 2023.

(Commission africaine)[38] et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour africaine),[39] deux organes de traités du système régional africain de protection des droits de l'homme. La seconde, il n'y a pas de privatisation car, malgré les caractéristiques quasi-juridictionnelles apparentes que présente le Conseil, celui-ci ne peut se substituer ni moins se greffer aucunement aux juridictions étatiques africaines ni aux organes du système régional africain de protection des droits de l'homme et son contrôle sur les décisions de modération de Meta n'altère en rien la compétence de ces derniers; et, par sa fonction juridictionnelle imparfaite, il contribue au renforcement du rôle des États africains dans leurs obligations positives de respecter et de protéger les droits de l'homme, particulièrement la liberté d'expression face aux défis nés de l'utilisation d'internet, en rendant des décisions uniquement opposables à Meta et aux utilisateurs contractuels de Facebook et Instagram à travers l'Afrique.

Pour mener à bien cette recherche, le processus méthodologique invite à recourir à la méthode juridique, s'appuyant sur la dogmatique et la casuistique, soutenues par une analyse doctrinale à la fois pragmatique et comparative afin d'appréhender la nature, la structure, le fonctionnement ainsi que la valeur des décisions du Conseil par rapport aux mécanismes (la Commission et la Cour africaines) institués par la Charte africaine, principal instrument de protection «traduisant la vision africaine des droits de l'homme»,[40] en matière de liberté d'expression, y compris en ligne.[41]

C'est pourquoi, outre ces lignes introductives (1), cette étude, se limitant à l'action du Conseil en Afrique depuis sa création, proposera un aperçu sur la structure et les spécificités propres au Conseil, ce qui permet d'interroger sa capacité à protéger les droits de l'homme et des peuples africains en ligne en marge des organes du système régional africain de protection des droits de l'homme (2), avant d'analyser de manière sommaire ses décisions en faveur du renforcement du respect et de la protection de la liberté d'expression et d'autres droits de l'homme en ligne sur le continent africain (3). Ce qui nous permettra d'émettre certaines considérations conclusives (4).

38 Créée aux termes de l'article 30 de la Charte africaine avec la mission de promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique.

39 Organe conventionnel créé par le Protocole de Ouagadougou (Burkina Faso) du 9 juin 1998 (entré en vigueur le 25 janvier 2004) pour compléter et renforcer la mission de la Commission.

40 CV Nouazi Kemkeng *La protection des droits de l'homme en Afrique. L'interaction entre Commission et Cour africaines des droits de l'homme et des peuples* (2020) 28.

41 Commission africaine (n 26) Introduction.

2 LE CONSEIL DE SURVEILLANCE DE META, UN MÉCANISME PRIVÉ TRANSNATIONAL EN MARGE DU SYSTÈME AFRICAIN DES DROITS DE L'HOMME

L'entreprise Meta s'étant engagée à prévenir et atténuer des incidences négatives sur les droits de l'homme liés à ses activités, un cadre à la fois rigoureux et proportionné de modération des contenus[42] publiés sur Facebook et Instagram devrait être créé pour éviter les risques d'atteinte à la liberté d'expression des utilisateurs en l'absence de supervision et de contrôle des activités de modération.[43] Pour Mark Zuckerberg, dirigeant de Meta, ce cadre serait une «Cour suprême»[44] dont l'ambition est de garantir la liberté d'expression aux utilisateurs face aux censures opérées par les équipes de modération.[45] À la suite d'une consultation mondiale lancée en avril 2019[46] et dont les conclusions ont été publiées dans un rapport en juin 2019,[47] le Conseil fut créé et a officiellement commencé ses activités le 22 octobre 2020.[48] Sa création est la conséquence indirecte de la pression exercée par les pouvoirs publics[49] pour que Meta revoie sa politique de modération des contenus, laquelle se rapporte à l'encadrement sur ses réseaux des règles concernant les formes d'expression autorisées et interdites et à leur mise en œuvre.[50] Cela peut comprendre des actions telles que la détection, le déréférencement, l'invisibilisation des contenus problématiques et la suppression des contenus qui bafouent les règles de la plateforme.[51]

42 Ndior (n 9) 1.

43 M Zuckerberg 'A blueprint for content governance and enforcement' *Facebook* (15 novembre 2018), https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634/ (consulté le 30 avril 2023).

44 A Piquard 'La "cour supreme" de Facebook va commencer à recevoir des réclamations d'utilisateurs' *Le Monde*? (22 octobre 2020), https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/10/22/la-cour-supreme-de-facebook-va-commencer-a-recevoir-des-reclamations-des-utilisateurs6057009440899 6.html (consulté le 7 février 2022).

45 V Ndior 'Les premières décisions du Conseil de surveillance de Facebook' (2021) *Droit et numérique*, https://enetter.fr/les-premieres-decisions-du-conseil-de-surveillance-de-facebook/ (consulté le 23 avril 2023).

46 A Boero 'Facebook lance une consultation publique afin de créer son Conseil de surveillance' *Clubic* (3 avril 2019), https://www.clubic.com/internet/facebook/actualite-853337-facebook-consultation-publique-conseil-surveillance.html (consulté le 12 mars 2022).

47 https://fr.wikipedia.org/wiki/Conseildesurveillance (Facebook) (consulté le 18 mai 2022).

48 Piquard (n 44).

49 Commission africaine (n 26) principe 39(3) et (6).

50 R Badouard 'Modérer la parole sur les réseaux sociaux. Politiques des plateformes et régulation des contenus' (2021/1) 25 *Réseaux* 87-120.

51 Badouard (n 50).

Le Conseil relève donc des mesures adaptées de prévention, d'atténuation des effets et, le cas échéant, de réparation prises par Meta pour pallier aux incidences négatives de ses activités, produits ou services sur les droits de l'homme.[52] En tant qu'organe sans précédent, il convient d'appréhender son ossature structurelle et ses pouvoirs (2.1) à travers sa Charte et ses Statuts, avant de cerner sa nature juridique (2.2).

2.1 Structure organique et pouvoirs du Conseil

À la différence de la Commission et de la Cour africaines qui sont des organes créés par les États africains à travers des traités internationaux en vue de promouvoir et de protéger les droits de l'homme en Afrique, le Conseil est né de la volonté délibérée de Meta dans l'objectif de l'aider dans sa responsabilité de respecter les droits de l'homme pour remédier aux incidences pouvant résulter de ses activités, produits ou services.[53] Il est administré par une LLC (*limited liability company*), société à responsabilité limitée, établie par fiducie, et a des organes dotés des pouvoirs définis dans sa Charte[54] et ses Statuts.[55]

2.1.1 Structure organique et fonctionnement du Conseil

Le Conseil est constitué de trois organes interdépendants, à savoir: la Fiducie, l'Administration et les membres du Conseil.

Pour ce qui est de la Fiducie (*Trust*), une LLC créée par la fiducie a reçu et gère une somme de 130 millions de dollars allouée par Meta au Conseil pour une durée de six ans (article 2, section 1.3.1 Statuts) afin de financer les frais d'exploitation: location des bureaux, frais de voyages et rémunération du personnel (membres du Conseil et administratifs). C'est un fonds fiduciaire irrévocable. Ses membres (*Trustees*), au minimum trois et au maximum onze, nommés et révoqués par Meta, n'ont aucun rôle dans l'examen des cas, agissent suivant leurs obligations fiduciaires et sont responsables de la protection de l'indépendance et du bon fonctionnement du Conseil (articles 5, section 2 Charte et 4, sections 1.1 et 1.2 Statuts). Celui-ci soumet son budget annuel de fonctionnement aux fiduciaires pour approbation (article 4, section 2 Statuts). La création d'une fiducie a permis d'établir une barrière entre le patrimoine financier de Meta et celui du Conseil.

52 Conseil des droits de l'homme (n 31) principe directeur 11; Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en* œuvre *du cadre de référence 'protéger, respecter et réparer' des Nations Unies* (2011) 15.

53 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (n 52) 15.

54 Meta's Oversight Board Charter (February 2023) 3.

55 Meta's Oversight Board Bylaws (January 2022).

Quant à l'Administration, elle est constituée d'un personnel administratif à temps plein, employé par la LLC créée par la fiducie, qui appuie quotidiennement les activités du Conseil dans l'examen des cas soumis et la coordination des recherches et des commentaires publics pour des cas soumis (article 1er, section 2.1 Statuts) avec des missions variées. Leur travail permet aux membres du Conseil d'examiner les cas, de rendre des décisions et recommandations, de publier des décisions et de publier des rapports (article 3, section 1 Charte).

S'agissant des membres du Conseil, si la Commission et la Cour africaines sont respectivement composées de onze membres, dont les candidatures sont présentées par les États parties, élus par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine (UA),[56] pour remplir leur mission, le Conseil est actuellement composé de vingt-deux membres nommés par la Fiducie et, avec le temps, comptera au plus quarante membres, avec possibilité d'augmenter ou de diminuer l'effectif (articles 1er, section 1 Charte et 1, section 1.4 Statuts). Pour la formation initiale du Conseil, Meta a procédé à la sélection de quatre coprésidents[57] qui sont chargés d'assurer la liaison avec l'Administration du Conseil, diriger des comités et assumer des responsabilités de gestion, telles que la sélection de cas et la sélection des autres membres du Conseil avec Meta (articles 1er, sections 7 et 8 Charte et 1, section 1.2.2 para 2 Statuts). Les coprésidents ultérieurs seront nommés par la Fiducie sur recommandations de ceux sortants (article 4, section 2.1.3 Statuts).

Le Conseil dispose de trois comités: comité de sélection des cas, comité d'adhésion et comité d'implémentation. Dans le comité de sélection, les membres et les co-présidents siègent et dirigent respectivement pour une durée de trois mois à tour de rôle (article 1, section 1.2.1 Statuts). Le comité d'adhésion est chargé du processus de recrutement des membres du Conseil et ceux qui y siègent à tour de rôle ont un mandat annuel (article 1, section 1.2.2 Statuts). Depuis juillet 2021, le Conseil a créé un comité d'implémentation et de surveillance des cas, lequel est actuellement constitué de cinq membres du Conseil, qui siège aux côtés des comités de sélection des cas et d'adhésion, surveille et évalue les réponses et les actions de Meta, afin de comprendre l'impact de recommandations du Conseil sur les utilisateurs de Facebook et Instagram.[58] Cet organe dérivé résulte de la volonté délibérée de placer l'implémentation au même niveau que les autres fonctions stratégiques du Conseil et exerce une pression sur Meta de fournir une plus grande transparence concernant ses procédures visant à identifier dans des contextes parallèles des contenus identiques à ceux ayant fait l'objet des décisions et à agir par rapport à ceux-ci.[59]

56 Arts 31, 33 et 34 de la Charte africaine, et 11, 12 et 14 du Protocole de Ouagadougou.

57 Deux femmes, Catalina Botero-Marino et Helle Thorning-Schmidt, et deux hommes, Jamal Greene et Michael McConnell.

58 Meta's Oversight Board (n 36) 63.

59 Meta's Oversight Board (n 36) 38.

Tout le monde peut proposer sa candidature ou recommander d'autres personnes pour devenir membre(s) du Conseil via le portail de recommandations sur son site web[60] et les vingt premiers membres ont été annoncés le 6 mai 2020. On y retrouve plusieurs nationaux d'un même État, notamment des États-Unis d'Amérique, contrairement aux organes du système africain où ne peut siéger plus d'un membre d'une même nationalité.[61] Alors que les membres de la Commission et de la Cour sont élus pour un mandat de six ans renouvelables[62] (une seule fois), chaque membre du Conseil à un mandat de trois ans, pour un maximum de trois mandats pouvant être exercés consécutivement ou non tant que le total d'exercice ne dépasse pas neuf ans (article 1, section 1.4.2 Statuts). Leur nomination est échelonnée sur une période de trois ans pour assurer la continuité et permettre la nomination des membres au fil du temps. Les fiduciaires supervisent l'approbation des renouvellements de mandat (article 1, section 3 Charte et article 1, section 1.4.3 Statuts).

Contrairement aux membres de la Commission et de la Cour africaines qui doivent être des juristes, ou avoir une expérience en matière de droit, et obligatoirement les ressortissants des États africains,[63] les membres du Conseil proviennent d'horizons culturels et professionnels variés à travers sept régions du monde (article 1, section 1.4.1 Statuts) afin de garantir une perspective internationale et refléter l'équilibre géographique traduisant la diversité des utilisateurs de Facebook et Instagram. Dotés d'une expertise en matière de problématiques complexes, y compris celles des droits de l'homme, leurs profils représentent un ensemble diversifié de disciplines et de parcours: avocats, anciens juges, journalistes, militants, professeurs, personnalités politiques, titulaires de mandats des Nations Unies et d'organismes régionaux de protection des droits de l'homme notamment, amenés à manier des raisonnements syllogistiques.[64] Cette diversité de profils est justifiée par la particularité et les exigences du domaine numérique et d'internet.

Les membres du Conseil ne doivent pas avoir de conflits d'intérêts pouvant compromettre leur indépendance de jugement et de prise de décision (article 1er, section 2 Charte). Forts de leur expérience dans la délibération réfléchie et collégiale, ils sont choisis, car ils sont qualifiés pour prendre et expliquer des décisions basées sur un ensemble de règles et disposent de connaissances en matière de contenu numérique et de gouvernance. Les profils des membres sont disponibles sur le portail du Conseil.

60 https://communications.oversightboard.com/bm/member-recommendation-portal (consulté le 18 mai 2022).

61 Art 32 de la Charte africaine et 11, para 2, du Protocole de Ouagadougou.

62 Art 36 de la Charte africaine et 15, para 1, du Protocole de Ouagadougou.

63 Art 31 de la Charte africaine et 11, para 1, du Protocole de Ouagadougou.

64 Ndior (n 9) 3.

Par cette structure organique, le Conseil est une institution privée «*sui generis*» qui institue un mécanisme de régulation propre, en vue de protéger les droits de l'homme sur les plateformes numériques de Meta. Il dispose des pouvoirs qui lui sont propres.

2.1.2 Pouvoirs institutionnels du Conseil

Habilité à exercer un jugement indépendant sur des décisions prises par des équipes de modération de Meta concernant les contenus publiés sur Facebook et Instagram, le Conseil permet aux utilisateurs, estimant que leurs publications ont été censurées à tort, ou au contraire qu'une publication aurait dû être censurée,[65] et n'ayant pas eu gain de cause auprès de Meta, de pouvoir faire appel de ces décisions les plus délicates et les plus contestées[66] prises par Meta.

Le Conseil n'est pas une simple extension de la procédure d'examen des contenus, laquelle procédure existe déjà sur Facebook et Instagram; il dispose des pouvoirs expressément définis à l'article 1er, section 4, de sa Charte. Concernant les contenus lui soumis pour examen, le Conseil dispose notamment du pouvoir de requérir à Meta des informations nécessaires pour ses délibérations, d'interpréter les standards de la communauté de Facebook et les autres politiques pertinentes de contenu à la lumière des valeurs de Meta, de demander à celle-ci d'autoriser ou de supprimer du contenu, etc. Les membres du Conseil s'acquittent des obligations énoncées dans leurs contrats et le code de conduite afin de préserver l'indépendance, l'intégrité, la confidentialité et la réputation professionnelle du Conseil. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils collaborent à la prise de décision pour favoriser un environnement de collégialité, et rendent des décisions de principe, des recommandations et des avis consultatifs sur les politiques de modération de contenu (article 1er, section 4, alinéa 2; article 3, section 7.3 et article 5, section 1 Charte) en utilisant un raisonnement articulé. En plus, ils contribuent à la construction d'un Conseil qui, en tant qu'institution indépendante, soutient et fait progresser la liberté d'expression en ligne. Ils ont aussi l'obligation de protéger la vie privée des utilisateurs de Meta et de ne pas divulguer des informations confidentielles des personnes ou de Meta, sauf s'il y a eu un consentement préalable de la part de Meta et du Conseil (article 1er, section 6 Charte).

Lors d'une interview, Mark Zuckerberg déclarait être «*optimiste*» à propos du rôle du Conseil en estimant qu' '*it's very important that we create more independent governance*' et ajoutait qu'en '*assuming the model works as planned, I hope to either expand its role or add other formal governance to more aspects of our content policies and enforcement over time*'.[67] Meta prévoit donc améliorer davantage

65 Ndior (n 45) 2.

66 Boero (n 46).

67 A Heath et M Di Stefano 'Facebook's oversight board for content won't play role in November election' *The Information* (22 octobre 2020), https://www. theinformation.com/articles/facebooks-oversight-board-for-content-wont-play-role-in-november-election (consulté le 14 juillet 2023).

l'effectif des membres et les pouvoirs du Conseil afin de l'aider dans sa responsabilité de respecter la liberté d'expression en ligne et d'autres droits de l'homme, laquelle responsabilité constitue une norme mondiale de conduite attendue de Meta dans toutes les situations.[68]

Sur quarante-trois décisions prises et trois avis consultatifs rendus,[69] le Conseil n'a pas fait preuve de ménagement à l'égard de son créateur.[70] Ce travail réalisé nous amène à nous interroger sur le statut juridique de cette structure externe, mais liée à Meta.

2.2 Nature juridique du Conseil

Le Conseil a été créé par la volonté d'une personne morale de droit privé américain, l'entreprise Meta, afin de prendre des décisions indépendantes et raisonnées sur des principes concernant des éléments de contenu importants publiés sur Facebook et Instagram, ainsi que d'émettre des recommandations et des avis consultatifs sur la politique de modération de contenu, lesquels incitent Meta à améliorer ses règles et à agir de façon raisonnée et transparente, et ce de manière à faire valoir la liberté d'expression de chacun ainsi que les normes pertinentes des droits de l'homme.[71] S'exerçant exclusivement sur les plateformes en ligne de Meta, cette mission complexe s'apparente à celle «de promouvoir et de protéger les droits humains», dévolue à la Commission et à la Cour en Afrique.[72]

S'apparentant à première vue à une sorte d'ovni juridique, le Conseil évolue dans les zones grises de qualifications juridiques[73] du fait que les caractéristiques et principes marquant la gouvernance de son activité l'identifient, d'une part, comme un organe privé *sui generis* de contrôle ou de compliance et, d'autre part, comme un mécanisme privé transnational d'essence «quasi juridictionnelle», chargé de protéger la liberté d'expression en ligne.

En tant qu'institution de compliance, le Conseil est l'un des organes de modération des contenus mis en place par Meta afin qu'il s'assure de la conformité de ses activités, produits ou services aux normes juridiques internationales des droits de l'homme qui lui sont applicables.[74] L'objectif est ici la conciliation des politiques de modération de Meta avec ses engagements pris en matière de respect des droits de l'homme tels que protégés par des textes internationaux, conventionnels ou non (article 7 Charte).

68 Conseil des droits de l'homme (n 31) principe directeur 12; Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (n 33) 15-16.

69 Les décisions rendues et avis consultatifs donnés par le Conseil de Meta sont accessibles sur https://www.oversightboard.com/decision/ (consulté le 18 mai 2022).

70 Ndior (n 45) 2.

71 Meta's Oversight Board (n 36) 2.

72 Art 30 de la Charte africaine et 2 du Protocole de Ouagadougou.

73 Ndior (n 9) 2.

74 Voir aussi: A Gaudemet 'Qu'est-ce que la *compliance*?' (2019/1) 165 *Commentaire* 109-114.

À la lecture de l'article 1er de la Charte, le Conseil affiche certaines caractéristiques marquant ses activités: neutralité, indépendance et impartialité, mais n'est pas une juridiction et n'a pas été conçu comme tel. Suivant les PDNU, le Conseil est par ses caractéristiques et sa finalité un «*mécanisme de réclamation opérationnel et non judiciaire*»[75] et contribue à renforcer la mise en œuvre de l'obligation de diligence raisonnable de Meta en matière des droits de l'homme.[76] Les utilisateurs de Meta ont participé à l'initiative de sa création et connaissent son existence.[77] À l'instar de la Commission et la Cour africaines,[78] le Conseil ne peut être saisi qu'après épuisement des voies de recours auprès de Meta (article 2, section 1 Charte). C'est à cette condition qu'il peut, face à une décision de modération de contenu prise par Meta, exercer son activité.

3 L'ACTIVITÉ DU CONSEIL DE SURVEILLANCE DE META DANS LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN LIGNE EN AFRIQUE

Sur Facebook et Instagram, n'importe qui s'exprime librement en diffusant des informations ou en émettant des opinions et des critiques qui peuvent être relayées, sans filtres et sans aucune autre forme d'intermédiation, au-delà de frontières territoriales, en temps réel avec un effet multiplicateur, jusqu'à être, parfois, à l'origine de véritables tempêtes médiatiques. Surfant dans le monde virtuel, certains utilisateurs en Afrique se sentent protégés et s'expriment sans limites jusqu'à porter atteinte aux droits de tiers, notamment les droits de la personnalité.[79] Ce triste constat va à l'encontre de l'appel fait par la Commission aux citoyens africains d'exercer leur droit à la liberté d'information et d'expression de manière responsable[80] sur internet.

L'objectif assigné au Conseil par Meta étant de garantir la liberté d'expression par la prise des décisions raisonnées et indépendantes concernant les contenus publiés sur Facebook et Instagram, ainsi que l'émission des recommandations visant à améliorer les règles et

75 Conseil des droits de l'homme (n 31) principes directeurs 28, 29 et 31; Conseil de surveillance, 28 janvier 2021, *Allégations sur un remède au COVID*, décision, 2020-006-FB-FBR, pt 8.3.

76 Conseil des droits de l'homme (n 31) principe directeur 17; Conseil des droits de l'homme (n 32) para 32.

77 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (n 52) 39.

78 Art 55 et 56(6) de la Charte africaine ainsi que 5(3) et 6(2) du Protocole de Ouagadougou.

79 Il s'agit de l'ensemble des droits reconnus par la loi à toute personne, en ce qu'ils sont des attributs inséparables de sa personnalité tels que le droit à la vie et à l'intégrité corporelle, le droit à l'honneur et à l'image, le droit au respect de la présomption d'innocence qui sont des droits extrapatrimoniaux, dotés d'une opposabilité absolue. T Debard et D Guinchard (coords) *Lexique des termes juridiques* (2012) 305.

80 Commission africaine (n 19).

politiques relatives aux contenus[81] (article 5, section 1 Charte), nous présenterons les décisions rendues sur les cas lui soumis en Afrique en démontrant leur contribution à la protection de la liberté d'expression et d'autres droits de l'homme en ligne (3.2) et, avant cela, il sied d'exposer le cadre de référence des décisions et la procédure devant le Conseil (3.1).

3.1 Procédure et cadre de référence des décisions du Conseil: une «juridictionnalisation» d'un organe privé de Meta

La Charte et les Statuts permettent aux utilisateurs de Facebook et Instagram ainsi qu'à Meta elle-même de soumettre au Conseil une requête (3.1.1). À son tour, il rendra sa décision avec avis consultatif contenant des recommandations sur la politique de modération et les standards de communauté pertinents de Meta (3.1.2).

3.1.1 Procédure «juridictionnalisée» devant le Conseil

À la suite des contenus parfois complexes, le système Meta les soumet à sa politique de modération grâce à l'utilisation des algorithmes des systèmes IA pour détecter et supprimer les contenus nuisibles. Le recours à l'intelligence artificielle pour le traitement automatisé aide Meta à détecter dans quelques centièmes de secondes des contenus jugés moins recommandés qui fusent sur ses plateformes et à les transmettre aux modérateurs qui peuvent décider leur suppression. Ces décisions peuvent être contestées directement auprès de Meta par les auteurs concernés et, après une décision non satisfaisante, auprès du Conseil suivant une procédure à étapes: appel, sélection du cas, annonce, délibération, décision, approbation, publication et réponse.[82]

Le Conseil a un mandat limité aux pouvoirs lui confié par sa Charte (article 1, section 4). Suivant l'article 6, section 2 de la Charte, les procédures devant le Conseil sont décrites dans ses règlements administratifs; sa Charte et ses Statuts servent de documents d'accompagnement.

Si Meta rejette l'appel d'un utilisateur sur un contenu ayant été modéré, l'utilisateur peut décider de faire appel du cas auprès du Conseil et, pour des cas problématiques et complexes, Meta peut également les soumettre elle-même au Conseil (article 2, section 1 Charte; articles 1, section 3.1, et 2, section 2.1 Statuts). Pour qu'un utilisateur puisse faire appel auprès du Conseil, il faut donc que son contenu ait été modéré par Facebook ou Instagram au préalable et qu'il ait épuisé tous les appels possibles auprès de Meta. Pour ce faire, il bénéficie d'un délai de quinze jours dès la décision finale de Meta pour lancer un recours (article 3, section 1.1 Statuts).

81 Meta's Oversight Board (n 36) 3.

82 Meta's Oversight Board (n 36) 10-11.

Le comité de sélection des cas, sous la direction d'un coprésident du Conseil et suivant les critères établis, sélectionne discrétionnairement un cas éligible, c'est-à-dire «le plus susceptible d'orienter les décisions et les politiques futures» de Meta (article 2, section 1 para 2 Charte). Ces décisions prises par un vote majoritaire des membres du comité peuvent être annulées par un vote majoritaire de l'ensemble des membres du Conseil (article 1, section 1.2.1 Statuts). Meta, l'utilisateur ayant initialement publié le contenu et l'utilisateur ayant soumis le cas au Conseil seront tous informés de la sélection du cas (article 2, section 1 para 3 Charte). Ce cas éligible sera ensuite assigné à un panel composé de cinq membres anonymes du Conseil, dont au moins un doit être originaire de la région ou du pays où a été publié le contenu litigieux (article 3, section 2 para 2 Charte et article 1, sections 1.4.1, 3.1.3 et 3.1.5 Statuts).

Une fois le cas assigné, il sera procédé à une annonce publiant un résumé du cas sur le site web du Conseil et, avant de prendre la décision, les panélistes invitent les individus et les organisations qui utilisent Facebook ou Instagram à s'exprimer sur l'affaire en question via un espace dédié aux commentaires publics. Ceux qui le souhaitent auront la possibilité d'être avertis à chaque nouveau cas examiné. Dès l'annonce de la sélection du cas, le Conseil doit rendre sa décision dans un délai de quatre-vingt-dix jours, sauf prorogation (article 1, section 3.1.2 Statuts).

Lors de la délibération, ce cas sera alors débattu par l'ensemble des membres du panel qui étudient conformément à la Charte si le contenu constitue une violation des politiques de contenu, des valeurs et des normes en matière des droits de l'homme de Meta (article 2, section 2 Charte et article 1, section 3.1.6 Statuts). Le panel examine les informations de l'utilisateur, de Meta, des experts externes et les commentaires publics (article 3, section 3 Charte). Il est procédé à l'analyse pour voir si Meta a agi de façon plus juste et raisonnée en respectant ses engagements pris en matière de droits de l'homme. Le Conseil procède par un raisonnement classique de la légalité, la légitimité ainsi que la nécessité et la proportionnalité des restrictions imposées par Meta.[83]

D'abord, quant au principe de la légalité, le Conseil examine si les règles sur lesquelles Meta se base pour prendre sa décision sont accessibles et suffisamment claires aux yeux des utilisateurs pour garantir leur compréhension et leur application, car il est essentiel que les règles soient claires de sorte que ceux et celles en charge de les appliquer puissent prendre des décisions justes et cohérentes. Ensuite, concernant le principe de la légitimité, le Conseil se penche sur les objectifs en matière de restriction de l'expression reconnus à l'article 19 du PIDCP pour évaluer si la règle sur laquelle une décision est fondée respecte un objectif compatible avec les droits en vigueur. Enfin, concernant le principe de nécessité et proportionnalité, le Conseil interroge si la suppression du contenu était le moyen le moins intrusif pour atteindre l'objectif légitime.

83 Meta's Oversight Board (n 36) 9.

Après cet examen, le panel parvient à une décision motivée quant à l'autorisation du contenu (article 1, section 3.1.7 Statuts). Il a la capacité d'annuler ou d'approuver la décision de Meta et ses intermédiaires (article 3, section 5 Charte) en tenant compte de l'intérêt public.[84] Aux fins de son approbation, une décision préliminaire est d'abord envoyée pour révision à tous les membres du Conseil pour avis (article 3, section 7.1 Charte et article 1, section 3.1.8 Statuts), car chaque verdict doit être approuvé par consensus ou à défaut, par un vote majoritaire des membres du Conseil (article 3, section 4 para 1 Charte). Le Conseil informe Meta et les personnes concernées de sa décision dans les trois jours ouvrables et dispose d'un délai de vingt-et-un jours pour traduire la décision dans les langues officielles de travail du Conseil avant sa publication et son archivage sur le site web du Conseil[85] (article 3, section 6 Charte et article 1, section 3.2 Statuts); cela, dans un souci de transparence.

La décision indépendante du Conseil explique la procédure et les raisons dans sa motivation (article 3, section 4 para 2 Charte). Meta a l'obligation d'exécuter la décision contraignante du Conseil (article 4 Charte) dans un délai de sept jours après sa publication (article 2, section 2.3.1 Statuts), même si la décision diffère des règles et politiques de ses plateformes en ligne, et de répondre à toutes les recommandations dans un délai de soixante jours (article 2, section 2.3.2 Statuts).

Il appert de ce qui précède que le Conseil est calqué sur le système judiciaire fédéral des États-Unis d'Amérique. Ses décisions ont valeur de «précédents» (article 2, section 2 para 2 Charte) et sont fondées sur les politiques et valeurs de Meta ainsi que sur les normes internationales des droits de l'homme, qui en constituent un cadre de référence.

3.1.2 Cadre de référence des décisions du Conseil

Si la Commission africaine s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples et prend aussi en considération des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit (articles 60 et 61 de la Charte africaine) et que la Cour africaine applique la Charte africaine et tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme ratifié par l'État concerné (article 7 du Protocole de Ouagadougou), la Charte n'autorise en revanche le Conseil à n'appliquer que les seuls *standards de la Communauté* incluant les *valeurs spécifiques de Meta* (authenticité, confidentialité, liberté d'expression, sécurité, etc) qui guident les politiques de modération des contenus (article 1, section 3.2 Statuts). À cette fin, le Conseil, lors de son examen des décisions contestées, «accorde une *attention particulière* à l'impact de la suppression de contenu au regard des *normes relatives aux droits de l'homme* protégeant la liberté

84 R van Loo 'Federal rules of platform procedure' (2021) 88(1) *University of Chicago Law Review* 14.

85 https://www.oversightboard.com/decision/ (consulté le 18 mai 2022).

d'expression» (article 2, section 2 Charte; nous soulignons) et s'assure que ses décisions sont conformes aux engagements de Meta en matière des droits de l'homme, à l'exclusion des droits nationaux (article 7 Charte) qui sont divergents et limités par rapport aux frontières illimitées d'internet.

Dans le préambule de sa *Corporate Human Rights Policy* adopté en mars 2021,[86] Meta décrit les principes et standards qu'elle s'engage à respecter dans le cadre de ses activités tout en énumérant quelques instruments de référence[87] qui fournissent un cadre universel pour la protection de la liberté d'expression et des autres droits humains.[88]

Organe de réclamation indépendante[89] conçu pour protéger la liberté d'expression en prenant des décisions indépendantes,[90] le Conseil consacre une partie de ses conclusions à l'identification et à l'application des normes internationales, intégrant une variété d'instruments conventionnels ou non de protection des droits de l'homme (PIDCP, PDNU et d'autres textes), la pratique des Comités conventionnels onusiens[91] en matière de protection des droits de l'homme, les travaux du Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection de la liberté d'opinion et d'expression. L'articulation de ces instruments avec les standards de la communauté et les valeurs de Meta laisse entrevoir la volonté du Conseil de soumettre l'entreprise aux droits de l'homme. Cette ambition apparaît d'autant plus singulière que ces règles sont ici exploitées pour souligner l'inintelligibilité des standards de la communauté de Meta et critiquer sa stratégie de modération. Le Conseil a déjà eu l'occasion de justifier cette approche méthodologique à laquelle il recourt dans un précédent en soulignant qu'

> en vertu des Principes directeurs des Nations Unies (PDNU), les entreprises devraient "respecter les droits de l'homme. Cela signifie qu'elles devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part" ... Les normes internationales relatives aux droits de l'homme sont définies par référence aux instruments des Nations unies, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) ... De plus, les PDNU précisent que les mécanismes de réclamation non judiciaires (tels que le Conseil de surveillance) doivent produire des résultats conformes aux droits de l'homme internationalement reconnus ... En expliquant les raisons qui l'ont poussé à supprimer le contenu, Facebook a reconnu l'applicabilité des PDNU et du PIDCP à sa décision de modération du contenu.[92]

86 https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/03/Facebooks-Corporate-Human-Rights-Policy.pdf (consulté le 13 juillet 2023).

87 https://humanrights.fb.com/fr/policy/ (consulté le 18 juillet 2023).

88 Meta's Oversight Board (n 36) 45.

89 Conseil de surveillance, 28 septembre 2021, *Insultes en Afrique du Sud*, décision, 2021-011-FB-UA, pt 3.

90 Conseil de surveillance, 14 décembre 2021, *Crimes présumés à Raya Kobo*, décision, 2021-014-FB-UA, pt 3.

91 L Hennebel et H Tigroudja *Traité de droit international des droits de l'homme* (2018) 281-300.

92 Conseil de surveillance, 28 janvier 2021, *Allégations sur un remède au COVID*, décision, 2020-006-FB-FBR, pt 8.3.

Relevons que l'inadéquation des techniques de modération employées par Meta est remise en cause par le Conseil dans chacune des décisions.[93] Ceci est révélateur de l'apport des décisions du Conseil dans le respect des droits de l'homme par Meta.

3.2 Les précédents du Conseil en Afrique: palliatif aux incidences des décisions de modération de Meta sur le respect des droits de l'homme en ligne

Suivant la jurisprudence française sur le caractère public ou privé d'un «mur», «page» ou «profil» Facebook,[94] Sandrine Carneroli affirme que les profils publiés sur Facebook comme sur d'autres réseaux sont considérés comme des espaces publics, sauf si le paramétrage du compte et l'accès sont limités aux «amis» «en très petit nombre» du titulaire du compte.[95] Ainsi, les contenus publiés ou partagés sur un «mur», une «page» ou un «profil» Facebook doivent être considérés comme étant des informations ou communications publiques.[96] Ceci a changé le mode de fonctionnement du débat public. À l'instar d'autres réseaux sociaux virtuels, Facebook et Instagram ont démultiplié les possibilités d'échanges individuels, ont permis à tout un chacun de faire entendre sa voix et favorisent en effet une forme de réalisation nouvelle des libertés d'opinion et d'expression voire du droit à l'information.[97]

Sur quarante-trois décisions déjà rendues par Meta, huit concernent des cas en Afrique et seront présentées sommairement (3.2.1) avant de relever leur contribution (3.2.2) à la protection des droits de l'homme sur le continent africain.

3.2.1 Commentaire sommaire des décisions du Conseil concernant les utilisateurs en Afrique

Parmi les huit décisions concernant les utilisateurs en Afrique, il y a quatre d'annulation et quatre d'approbation des décisions de modération de Meta. Long de dix à trente pages chacune, le condensé de chacune des décisions est présenté ici suivant leur ordre chronologique.

La première décision 2021-009-FB-UA datant du 14 septembre 2021 concerne une publication d'Al Jazeera Arabic partagée le 10 mai 2021 par un utilisateur sis en Égypte et ayant plus de quinze mille

93 Ndior (n 9) 4.

94 Cour d'Appel de Besançon, 15 novembre 2011, n°10/02642, *Comm com* éléctr, 2012, com 44 et obs. EA Caprioli; Cour d'Appel de Rouen (ch soc), 15 novembre 2011, *Comm com* éléctr, 2012, com 103 et obs. EA Caprioli; Cass. fr. (1re ch civ), 10 avril 2013, n° 344.

95 Carneroli (n 2) 15.

96 Carneroli (n 2) 14-15.

97 Conseil d'État France (n 8) 23.

abonné(e)s sur Facebook. Il s'agit d'un article de presse contenant un texte en arabe et une photo de deux hommes en uniforme militaire avec la figure masquée et un bandeau avec l'insigne des Brigades Izz al-Din al-Qassam, publiés initialement sur la page d'Al Jazeera Arabic. Suivant les standards de la communauté, Facebook a supprimé cette publication, car considérant ces dernières comme des personnes et organisations dangereuses avec leur porte-parole Abu-Ubaida. Après que l'utilisateur ait fait appel de cette décision au Conseil, Facebook a conclu avoir eu tort de supprimer le contenu puisqu'il ne formulait pas d'éloges, ni de soutien, ni de représentation des Brigades al-Qassam ou du Hamas, et l'a restauré alors même que la publication originale d'Al Jazeera n'avait jamais été supprimée de Facebook. Le Conseil a approuvé la décision de restaurer le contenu, en la concluant conforme à la valeur de «liberté d'expression» et non incohérente avec la valeur de «sécurité» de Meta; il a annulé la décision de suppression initiale estimant qu'elle n'était pas nécessaire et fondée, car elle n'a pas permis de réduire significativement la violence hors ligne. Cette décision contient un avis consultatif sur la politique avec quatre recommandations faites à Meta.

La seconde décision 2021-011-FB-UA du 28 septembre 2021 se rapporte aux insultes publiées (en anglais) en Afrique du Sud au mois de mai 2021 dans un groupe public Facebook dont l'objectif serait d'éveiller les esprits selon l'utilisateur. Cette publication, vue plus de mille fois et partagée plus de quarante fois, n'avait reçu que moins de cinq commentaires et bénéficié de plus de dix réactions, puis a été signalée par un utilisateur pour avoir enfreint le standard de la communauté sur les discours haineux. Facebook a supprimé ce contenu pour avoir enfreint sa politique interdisant l'utilisation d'insultes, interdites sur le marché subsaharien, envers des personnes sur la base de leur origine ethnique ou nationale, et a indiqué cela à l'utilisateur qui a fait un appel de la décision auprès de Facebook puis, après confirmation du caractère injurieux de sa publication, auprès du Conseil qui a confirmé la décision de Facebook en soutenant que l'insulte «*k***ir*» contribue à l'humiliation, à l'exclusion et à l'atteinte des personnes ciblées et est considérée comme le qualificatif le plus chargé d'Afrique du Sud, pays toujours aux prises avec l'héritage de l'apartheid. Dans un avis consultatif sur la politique, le Conseil a fait une recommandation à Facebook.

La troisième décision 2021-014-FB-UA rendue le 14 décembre 2021 concerne une publication en amharique (langue officielle du Tigré) faite sur Facebook en fin juillet 2021 par un utilisateur alléguant avoir reçu des informations selon lesquelles le Front de libération du peuple du Tigré (FLPT) avait tué et violé des femmes et des enfants, et pillé des propriétés de civils dans le district de Raya Kobo et dans d'autres villes de la région d'Amhara en Éthiopie. Il affirmait aussi que les civils tigréens avaient aidé le FLPT à perpétrer ces atrocités puis concluait en disant «nous assurerons notre liberté en nous battant». Grâce aux systèmes automatiques de langue amharique, sa publication a été signalée et un modérateur l'a supprimée en déterminant qu'elle enfreignait la politique de modération de Meta relative aux discours haineux. Après appel de cette décision auprès de Meta par l'utilisateur,

un second modérateur a confirmé que la publication enfreignait les standards de la communauté Facebook. À la suite de l'appel de la décision auprès du Conseil, Meta, considérant sa décision comme incorrecte, a restauré la publication le 27 août 2021 et informé cela à l'utilisateur le 30 septembre 2021. Le Conseil a approuvé la décision originale de suppression estimant que le contenu enfreignait le standard de la communauté Facebook en matière de violence et d'incitation, car il incluait des affirmations non fondées (rumeur invérifiable) dans le contexte d'une guerre civile et ethnique passionnée et en cours dans une région historiquement marquée par un conflit ethnique létal. Cette décision contient un avis consultatif sur la politique avec trois recommandations faites à Meta.

La quatrième décision 2022-002-FB-MR rendue le 13 juin 2022 se rapporte à une vidéo publiée par un utilisateur au Soudan, à la suite d'un coup d'État militaire survenu le 25 octobre 2021, montrant une personne civile allongée à proximité d'une voiture souffrant d'une blessure importante à la tête et d'un décollement visible de l'œil et dans laquelle vidéo on entendait des voix en arrière-plan en arabe disant que «quelqu'un a été abattu et laissé dans la rue». Une légende, également écrite en arabe, appelle à l'unité et à ne pas faire confiance aux militaires, avec des hashtags faisant référence aux infractions de l'armée et à la désobéissance civile. Vue moins de mille fois et non signalée, cette vidéo a été supprimée par un modérateur pour avoir enfreint le standard de la communauté Facebook relatif au contenu violent et explicite, et a été restaurée cinq semaines plus tard avec l'apposition d'un écran d'avertissement empêchant aux mineurs de voir le contenu. Le Conseil approuve cette décision et la confirme après que Meta lui ait soumis ce cas, estimant que la vidéo avait un contenu pertinent et d'intérêt public, car publiée afin de sensibiliser les personnes aux violations des droits de l'homme. Cette décision contient un avis consultatif sur la politique avec quatre recommandations faites à Meta.

La cinquième décision 2022-003-IG-UA rendue le 13 juin 2022 concerne une publication d'une série de photos au format carrousel faite sur Instagram en novembre 2021 avec une légende en arabe et en anglais expliquant que chaque image montre un mot différent pouvant être utilisée pour dénigrer les hommes au «*effeminate mannerisms*» (comportements efféminés) (membres de la communauté LGBTQIA+)[98] dans le monde arabophone (Maroc, Égypte, Liban), notamment les termes «zamel», «foufou» et «tante»/«tanta». Ce contenu a été consulté quelques neuf mille fois et a fait l'objet d'une trentaine de commentaires et d'environ deux mille réactions. L'utilisateur a expliqué que sa publication avait pour objectif «*to reclaim the power of such hurtful terms*» (de se réapproprier la force de ces mots blessants). Un autre utilisateur a signalé le contenu, dans les trois heures ayant suivi la publication, pour cause de nudité ou activités sexuelles d'adultes. Meta a supprimé ce contenu puis l'a

98 LGBTQIA+ signifie 'lesbiennes', 'gays', 'bisexuel(le)s', 'trans', 'queers', 'intersexué(e)s', 'asexuel(le)s' ou «aromantique(s)' et le + inclut les nombreux autres termes désignant les genres et les sexualités.

restaurée à la suite de l'appel de sa décision fait par l'utilisateur et, après un signalement ultérieur d'un autre utilisateur, l'a supprimée à nouveau pour violation de sa politique relative aux discours haineux. À la suite d'appel de la décision interjeté par l'utilisateur, le Conseil a annulé la décision initiale de Meta visant à supprimer le contenu estimant que bien que la publication contienne des insultes, le contenu est couvert par une exception accordée au discours utilisé «de manière autoréférentielle ou de manière valorisante», ainsi que par une exception qui permet de citer le discours haineux pour «le condamner ou sensibiliser les autres à son égard». Cette décision contient un avis consultatif sur la politique avec quatre recommandations faites à Meta.

La sixième décision 2022-006-FB-MR rendue le 4 octobre 2022 concerne une publication en amharique faite sur Facebook le 5 novembre 2021 par la page officielle du Bureau des affaires de communication de l'État régional du Tigré (TCAB). Vu plus de trois cent mille fois, le contenu évoque les pertes subies par les forces fédérales et encourage l'armée nationale à «retourner ses armes» contre le groupe d'Abiy Ahmed – Premier ministre éthiopien –, exhorte également les forces gouvernementales à se rendre et indique qu'elles mourront si elles refusent. Meta a, en date du 4 février 2022, saisi le Conseil qui a confirmé la décision de Meta de supprimer la publication de Facebook en estimant qu'elle constitue une restriction justifiable de la liberté d'expression, car le conflit en Éthiopie a été très marqué par la violence sectaire, et des violations du droit international et, dans ce contexte, il existait un risque élevé que la publication ait pu conduire à de nouvelles violences compte tenu du profil et de la couverture de la page. Cette décision contient un avis consultatif sur la politique avec deux recommandations faites à Meta.

La septième décision 2022-011-IG-UA rendue le 14 décembre 2022 se rapporte à une vidéo publiée le 5 juin 2022 par un utilisateur Instagram montrant des corps inanimés et ensanglantés allongés au sol après une attaque terroriste perpétrée dans une église dans le sud-ouest du Nigéria, où au moins quarante personnes ont été tuées et de nombreuses autres blessées. Les systèmes automatisés de Meta ont appliqué un écran d'avertissement sur le contenu après l'avoir examiné et, peu après, une «banque de remontée» de Meta identifie la vidéo avant de la supprimer en raison de sa violation des politiques sur le contenu violent et explicite, le harcèlement et l'intimidation, et les personnes et organisations dangereuses. Après un appel de la décision auprès de Meta ayant vu la suppression confirmée à la suite d'un examen manuel, l'utilisateur a fait appel auprès du Conseil qui a annulé la décision de Meta en estimant que la publication doit être restaurée sur la plateforme en l'accompagnant d'un écran d'avertissement «contenu dérangeant» sur lequel les utilisateurs devront cliquer pour voir la vidéo. Cette décision désapprouvée par un membre du Conseil est motivée par le fait que le gouvernement nigérian avait déjà censuré des reportages nationaux sur des attaques terroristes. Cette décision contient un avis consultatif sur la politique avec deux recommandations faites à Meta.

La huitième décision 2023-017-FB-UA rendue le 27 juin 2023 concerne un contenu textuel (poème) en français publié par un

utilisateur de Facebook commémorant le décès d'Amílar Cabral, penseur panafricain ayant mené avec succès un mouvement révolutionnaire contre la domination coloniale portugaise en Guinée-Bissau et au Cap-Vert, à l'occasion de l'anniversaire de son assassinat en 1973. Meta a d'abord supprimé la publication de Facebook en raison de sa politique relative aux personnes et organisations dangereuses, l'utilisateur a déclaré que ce poème célébrant Amíral Cabral pour sa lutte anticoloniale sur le continent africain, a été écrit en 1973 et paru dans une revue afro-asiatique. À la suite de l'appel de la décision de modération de Meta par l'utilisateur, le Conseil a annulé la décision initiale de Meta, soulignant que Cabral n'est pas une personne dangereuse.

3.2.2 Pour une protection renforcée des droits de l'homme en ligne dans les États africains

La lecture des décisions rendues concernant des cas en Afrique démontre bien la technicité des raisonnements suivis par les experts. Le Conseil a démontré sa capacité à pallier les incidences des activités de Meta sur la liberté d'expression et d'autres droits de l'homme en ligne en maniant une variété d'instruments juridiques internationaux de protection des droits de l'homme qu'il considère comme des référentiels du contrôle qui est opéré.[99] Dans chaque cas, les panélistes s'inspirent de la méthode de raisonnement classique développée par les organes conventionnels de protection des droits de l'homme, tels que la Commission et la Cour africaines, pour évaluer l'adéquation des restrictions à la liberté d'expression en recourant au «test en trois parties»[100] lequel analyse les critères de légalité, de but légitime, de nécessité et de proportionnalité[101] de décisions de modération prises par Meta.

Ayant déjà enregistré en moyenne 2.649 requêtes par jour,[102] le Conseil reçoit plusieurs millions de requêtes par année, mais n'accorde priorité qu'aux seuls cas significatifs et complexes présentant le potentiel d'avoir un impact considérable sur de nombreux utilisateurs à l'échelle internationale, qui ont été extrêmement importants dans le débat public ou qui ont soulevé des questions essentielles[103] et sont «les plus susceptibles d'orienter les décisions et les politiques futures» (article 2, section 1 para 2 Charte) de Meta.[104] Nous estimons que l'accroissement significatif du volume des appels de décisions prises par les équipes de modération de Meta est une indication importante que le Conseil est un mécanisme efficace de protection de la liberté

99 Ndior (n 9) 3.

100 Meta's Oversight Board (n 36) 9.

101 Commission africaine (n 26) principe 9.

102 Meta's Oversight Board (n 36) 15.

103 As above.

104 Voir par exemple: Conseil de surveillance, 28 janvier 2021, *Symptômes du cancer du sein et nudité*, décision, 2020-004-IG-UA; 28 janvier 2021, *Allégations sur un remède au COVID*, décision, 2020-006-FB-FBR; 5 mai 2021, *Suspension de l'ancien président américain Trump*, décision, 2021-001-FB-FBR.

d'expression et des droits de l'homme en ligne, qui fonctionne bien et inspire la confiance chez les utilisateurs de services et produits fournis par Meta.

L'ampleur de l'activité du Conseil en Afrique est considérable. Il sied de rappeler que celui-ci est la toute première expérience menée par un réseau social virtuel pour permettre une surveillance indépendante des décisions prises par les équipes de modération des contenus de Meta. Il promeut la liberté d'expression et les droits de l'homme en ligne. Conçu conformément aux critères d'efficacité des mécanismes opérationnels et non judiciaires de réclamation[105] prévus par les PDNU, ce mécanisme privé «*sui generis*» d'experts indépendants étudie le contenu litigieux, conformément aux standards de la communauté Facebook pertinents ou à la règle de la communauté Instagram associée, ainsi qu'à la lumière des valeurs de Meta. Ce faisant, il examine si ces principes avaient été appliqués de manière appropriée et avec cohérence, si les utilisateurs ont fait l'objet d'une notification et d'une procédure adaptées, et si les standards et les règles sont compatibles avec les normes internationales des droits de l'homme que Meta s'est elle-même engagée à respecter.

Cette activité du Conseil n'entrave aucunement l'exercice par les juridictions étatiques ainsi que les organes conventionnels africains de protection des droits de l'homme de leurs compétences naturelles en rapport avec les violations commises sur internet via les plateformes en ligne telles que Facebook et Instagram. Partant, le Conseil pallie les difficultés que soulève l'exercice de la compétence par les juridictions ordinaires face aux réalités complexes du monde numérique et aux disparités que présentent les règles applicables à l'internet. À travers les décisions rendues, le Conseil témoigne son engagement à responsabiliser Meta, en défendant les intérêts des utilisateurs et des communautés du monde entier, particulièrement de l'Afrique, et en redéfinissant l'approche en matière de modération de contenus en lien avec le respect des droits de l'homme. Si Meta manque à sa responsabilité de respecter les droits de l'homme, elle encourt des conséquences juridiques et financières, et met en danger sa réputation.[106] Au regard des réalités complexes du domaine numérique lequel échappe jusque-là au pouvoir étatique, le Conseil intervient pour protéger la liberté d'expression et les droits de l'homme en ligne face aux incidences des activités, produits ou services de Meta sur ces derniers à travers le monde, notamment en Afrique.

105 Conseil des droits de l'homme (n 32) paras 60-62.

106 Conseil des droits de l'homme (n 31) principe directeur 12.

4 CONCLUSION

L'exercice de la liberté d'expression et d'information en ligne doit pour beaucoup sa force au secteur privé, qui exerce un pouvoir considérable sur l'espace numérique, parce qu'il joue le rôle de portail d'information et d'intermédiaire de l'expression.[107] Face aux contenus scabreux, haineux, violents, choquants, dangereux voire traumatisants publiés à flux constant sur Facebook et Instagram, Meta recourt à la politique de modération des contenus dont l'enjeu est à la fois de protéger son modèle économique en conservant l'essentiel de son audience sur ses plateformes et d'éviter de s'exposer aux sanctions que pourraient lui infliger les autorités en cas de défaillance.[108]

Premier organe privé à utiliser un cadre juridique largement créé par les États pour des États afin de décrypter les responsabilités qu'une entreprise active dans le secteur des réseaux sociaux peut avoir vis-à-vis des droits de l'homme,[109] les décisions du Conseil affectent des personnes en Afrique et dans le monde entier, et permettent d'analyser la façon dont les normes internationales des droits de l'homme peuvent être utilisées pour définir la responsabilité de Meta dans ce domaine, lesquelles peuvent différer de celles applicables aux États. Dans sa modération des contenus, Meta agit en quelque sorte comme l'auxiliaire des législations nationales et le Conseil, par ses décisions, contribue au renforcement du rôle des États africains dans leurs obligations positives de respecter et de protéger les droits de l'homme face aux défis nés de l'utilisation d'internet.

Ainsi, les activités du Conseil n'entraînent aucunement une privatisation, donc une perte ou un transfert, de compétences reconnues tant aux juridictions étatiques qu'aux organes conventionnels chargés de la protection et de la promotion des droits fondamentaux de l'homme, en ligne ou hors ligne, à son profit. Le contrôle qu'il exerce sur les décisions de modération prises par Meta n'entrave en rien la compétence des juridictions étatiques en Afrique comme ailleurs ni moins celle des organes de traités, notamment ceux du système africain de protection des droits de l'homme.

À la suite de l'absence des frontières d'internet et de la déterritorialisation des effets de décisions du Conseil, les États africains doivent réévaluer leur pouvoir normatif dans les environnements numériques afin d'adopter des législations réglementant la diffusion de tous les réseaux sociaux virtuels sur leurs territoires et de concilier les objectifs économiques des entreprises privées du numérique avec la mise en œuvre des obligations étatiques positives de respect et de protection des droits de l'homme en ligne.[110] Ces législations permettront d'éviter l'instrumentalisation des libertés et droits de

107 Conseil des droits de l'homme *Liberté d'expression, États et secteur privé à l'ère du numérique* A/HRC/32/38 (11 mai 2016) paras 1-2.

108 Ndior (n 9) 1.

109 Meta's Oversight Board (n 36) 45.

110 Commission africaine (n 26) principe 39.

l'homme à des fins de marketing et de concilier l'utilisation des réseaux avec le respect des principes et valeurs démocratiques ainsi que les cultures africaines dans l'exercice de la liberté d'expression en ligne, laquelle est garantie et protégée tant dans le système régional africain de protection des droits de l'homme que dans la plupart de droits nationaux des États africains.

Pour y parvenir, à l'exemple des États membres de l'UE qui ont adopté un code de conduite pour les grandes entreprises du numérique, les États membres de l'UA ne devront-ils pas créer un partenariat avec ces dernières, notamment Meta, et élaborer un cadre réglementaire propre et spécifique afin de permettre un contrôle strict de mise en œuvre de leurs obligations en matière des droits de l'homme, avec une possibilité de sanctionner les réseaux dont les politiques et les règles ne sont pas conformes à la réglementation régionale africaine en matière des droits de l'homme et des peuples?

II

SPECIAL FOCUS ON THE AFRICAN UNION'S THEME FOR 2023: ACCELERATION OF AFRICAN CONTINENTAL FREE TRADE AREA (AfCFTA) IMPLEMENTATION

FOCUS SPÉCIAL SUR LE THEME DE L'UNION AFRICAINE POUR L'ANNÉE 2023: ACCÉLÉRATION DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA ZONE DE LIBRE-ÉCHANGE CONTINENTALE AFRICAINE (ZLECAf)

La protection des normes fondamentales du travail dans le droit de la zone de libre-échange continentale africaine: contribution à l'émergence du régionalisme social dans le commerce régional africain

*Christian Via Balole**
https://orcid.org/0009-0006-2880-5179

RÉSUMÉ: Les normes fondamentales du travail constituent le parent pauvre du droit de la zone de libre-échange continentale africaine, qui se contente de promouvoir la libéralisation du commerce tout en passant sous silence les dimensions sociales. Sur la base du principe d'intégration systémique, cette contribution démontre les mécanismes juridiques via lesquels ces normes peuvent tout de même être protégées dans ce droit. Considérant toutefois qu'il s'agit d'une protection par ricochet pouvant se révéler inefficace, cet article met en évidence le besoin criant d'un cadre juridique qui protège *expressis verbis* ces normes. Il s'agit d'un cadre juridique qui ne se contente pas de faire référence à des normes internationales du travail reconnues par l'Organisation internationale du Travail, mais qui prévoit aussi des systèmes de règlement des différends, des mécanismes de coopération en matière de travail, ainsi que des sanctions financières. Une telle approche est de nature à déboucher sur l'émergence du régionalisme social dans le commerce régional africain.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The protection of core labour standards in the African Continental Free Trade Area treaty: contribution to the emergence of social regionalism in African regional trade

ABSTRACT: The core labour standards are a poor side in the African free trade area treaty which focuses on the promotion of trade liberalisation while completely ignoring social dimensions. Based on the principle of systemic integration, this contribution demonstrates the legal mechanisms through which these standards can nonetheless be protected in this law. Considering, however, that this is an indirect protection that can prove ineffective, this article highlights the crying need for a legal framework that expressly protects these standards. This is a legal framework that not only refers to international labour standards recognised by the International Labour Organisation, but also provides for dispute settlement systems, labour cooperation mechanisms and financial penalties. Such an approach is likely to lead to the emergence of social regionalism in African regional trade.

* Doctorant en sciences juridiques de l'Université Catholique de Louvain – Centre de recherche interdisciplinaire Droit, Entreprise et Société (CRIDES) – Atelier de droit social (Belgique) et de l'Université Catholique de Bukavu (RD Congo), titulaire du diplôme de Master de spécialisation en droits humains de l'Université Catholique de Louvain et du diplôme de Licence en droit de l'Université Catholique de Bukavu. Boursier FRESH du FRS–FNRS; christian.viabalole@uclouvain.be; via.balole@ucbukavu.ac.cd

CV Balole 'La protection des normes fondamentales du travail dans le droit de la zone de libre-échange continentale africaine: contribution à l'émergence du régionalisme social dans le commerce régional africain'
(2023) 7 *Annuaire africain des droits de l'homme* 237-259
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a11

MOTS-CLÉS: protection, normes fondamentales du travail, zone de libre-échange continentale africaine, intégration systémique, moralité publique, régionalisme social

SOMMAIRE:

1 Introduction 238
2 La protection par ricochet des normes fondamentales du travail dans le droit de la ZLECAf 241
2.1 La protection des normes fondamentales du travail via les principes de la préservation des acquis et de prise en compte des meilleures pratiques 242
2.2 La protection des normes fondamentales du travail via le régime juridique des exceptions générales à l'Accord 243
2.3 La protection des normes fondamentales du travail au travers les règles d'interprétation applicables au règlement de différends 245
3 La protection expresse des normes fondamentales du travail dans le droit de la ZLECAf 248
3.1 Intérêt et fondement juridique de la protection expresse des normes fondamentales du travail dans le droit de la ZLECAf 248
3.2 Les mesures de protection des normes fondamentales du travail dans la ZLECAf 251
4 Conclusion 258

1 INTRODUCTION

L'idée prévalente selon laquelle «le travail est une affaire purement intérieure et que le niveau national est approprié à sa gouvernance» n'est qu'un nationalisme méthodologique.[1] En effet, comme le fait remarquer Adelle Blackett, la problématique du travail peut trouver des réponses puissantes dans le régionalisme social, car ce dernier «propose une autre vision de la gouvernance du travail dans le commerce régional, vision qui porte la justice distributive au-delà des frontières nationales».[2] Bien que la protection des normes du travail relève traditionnellement de l'État, qui a l'obligation de protéger les travailleurs sur son territoire, elle peut avoir également lieu dans un espace économique dépassant les frontières nationales dans le cadre de la libération des échanges. Dans cet espace où les activités économiques ont une base transnationale, les droits des travailleurs ne peuvent plus être envisagés uniquement dans le seul cadre étatique.[3] Le respect de ces droits dans cet espace transnational appelle donc une action globale, qui ne peut s'arrêter aux frontières des États.[4] A cet égard, le régionalisme social se présente comme un outil visant à renforcer la mise en œuvre des législations nationales du travail que chaque État doit respecter dans le cadre particulier de la libéralisation des échanges.

1 A Blackett 'Place du régionalisme social dans le droit transnational du travail' (2020) 4 *Revue internationale du Travail* 660 et 680.

2 Blackett (n 1) 660; T Régnier 'La protection internationale des travailleurs à l'épreuve de la libéralisation des échanges: la clause sociale dans le système de l'OMC' in L Danièle (dir) *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme* (2007) 223.

3 Régnier (n 2) 223.

4 A Blackett 'Introduction. Les perspectives transnationales du droit international du travail' (2020) 4 *Revue internationale du Travail* 506.

En Afrique, cette problématique est assez délicate étant donné que le continent fait partie des régions qui ont la plus forte proportion de travailleurs pauvres et où les déficits de travail décent sont on ne peut plus accrus.[5] Ces déficits prennent la forme de «chômage et de sous-emploi, d'emplois improductifs et de faible qualité, de travaux dangereux et de revenus précaires, de droits bafoués et d'inégalité entre les sexes».[6]

Néanmoins, au travers le régionalisme économique mis en place dans le cadre de la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf), ces déficits pourraient trouver des réponses satisfaisantes. En effet, lancée en 2021, la ZLECAf, par le truchement de la libéralisation du commerce qu'elle induit, constitue une sorte de *new deal* africain susceptible de booster le commerce intra-africain[7] ainsi que la participation des entreprises africaines aux chaînes d'approvisionnement régionales et mondiales.[8] Qui plus est, elle est susceptible de séduire de plus en plus les investisseurs en vue du développement économique et social du continent africain. Ce développement est possible via la création d'emplois,[9] grâce à la recrudescence des flux de capitaux[10] et des chaînes de valeur qu'induit la libéralisation des échanges.[11]

De surcroît, en éliminant progressivement les barrières tarifaires et non-tarifaires au commerce des marchandises,[12] la ZLECAf permet de réduire les coûts de production des entreprises et de propulser le taux de cette production. Ainsi, les possibilités d'emploi devraient s'ouvrir, car les entreprises bénéficient d'économies d'échelle afin de profiter de nouveaux marchés.[13]

Cependant, ces impacts potentiels ne doivent aucunement occulter les répercussions de la libéralisation des échanges sur les normes fondamentales du travail. Ces normes comprennent: l'interdiction du

5 BIT *Le déficit du travail décent. Un nouveau rapport du BIT présente les tendances mondiales de l'emploi* 2006, https://www.ilo.org/global/publications/world-of-work-magazine/articles/WCMS_081522/lang--fr/index.htm#:~:text=Vient%20ensuite%20l'Afrique%20subsaharienne,au%20d%C3%A9ficit%20de%20travail%20d%C3%A9cent (consulté le 8 juillet 2023).

6 BIT *S'attaquer aux déficits de travail décent* (2006), disponible au lien suivant: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/features/WCMS_071252/lang--fr/index.htm (consulté le 7 juillet 2023).

7 Art 2(2) du protocole sur le commerce des marchandises.

8 E Roberto, M Maliszewska et V Steenbergen *Tirer le meilleur parti de la Zone de libre-échange continentale africaine: rôle du commerce et de l'investissement direct étranger pour stimuler la croissance et réduire la pauvreté* (2022) 30.

9 N Gargouri 'La libéralisation des échanges et le marché du travail dans les pays en développement: cas de la Tunisie' (2015) Thèse de doctorat Université Sophia Antipolis 3.

10 Labour Research and Policy Institute, Trades Union Congress (Ghana) *Les implications de la Zlecaf pour le secteur manufacturier au Ghana* (2021) 14.

11 Labour Resource and Research Institute Trade Union and Trade Évaluer l'impact possible de la ZLECAf en Namibie et les répercussions pour les syndicats dans le pays (2021) 37.

12 Art 4 de l'accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine.

13 Labour Research and Policy Institute (n 10) 14 et 24.

travail forcé, le droit à la liberté d'association et à la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'abolition effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession ainsi que le droit à un milieu de travail sûr et salubre.[14] Ces normes sont celles dont leur mise en œuvre conditionne le bien-être des travailleurs[15] et, à cet effet, constituent des objectifs stratégiques du travail décent.[16] Ce dernier

> résume les aspirations des êtres humains au travail. Il regroupe l'accès à un travail productif et convenablement rémunéré, la sécurité sur le lieu de travail et la protection sociale pour tous, de meilleures perspectives de développement personnel et d'insertion sociale, la liberté pour les individus d'exprimer leurs revendications, de s'organiser et de participer aux décisions qui affectent leur vie, et l'égalité des chances et de traitement pour tous, hommes et femmes.[17]

Dans le cadre de la ZLECAf, s'il est vrai que la libéralisation du commerce est susceptible de créer nombre d'emplois, il n'en reste pas moins que les emplois existants et à créer risquent, malgré leur potentielle augmentation, de ne pas assurer aux travailleurs les conditions de travail décent. Ce risque s'explique par le fait que les dimensions sociales constituent le parent pauvre du droit de la ZLECAf. Ce dernier, qui comprend l'Accord portant création de la ZLECAf (l'Accord) et ses protocoles, met en effet l'accent sur les impacts positifs du commerce et passe sous-silence les normes fondamentales du travail. Dans une telle situation, la quantité d'emplois prend manifestement le pas sur la qualité de ces derniers. Pourtant, il est admis que la libéralisation du commerce est susceptible de compromettre la qualité de l'emploi, se manifestant par «une baisse des salaires, une moindre sécurité de l'emploi, des problèmes de santé et de sécurité, une augmentation des heures de travail et une intensification de la charge de travail».[18] Autrement dit, les normes fondamentales du travail risquent d'être affectées par cette libéralisation du commerce[19] étant donné que l'Accord s'inscrit dans le schéma de certains accords de libre-échange (ALE), qui font pencher les règles du jeu économique en faveur des investisseurs et contre les travailleurs.[20] Cet état de fait est inquiétant tant il n'est pas sans importance de rappeler que

14 BIT *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi* (2022).

15 C la Hovary *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international* (2009) 45.

16 Confédération syndicale internationale *Un travail décent, une vie décente pour les femmes: Les syndicats se placent à l'avant-garde pour la justice économique et sociale et l'égalité* 8, https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/FINAL_GUIDE.pdf (consulté le 4 juillet 2023).

17 Organisation Internationale du Travail *La mesure du travail décent. Réunion tripartite d'experts sur la mesure du travail décent: document d'information* (2008) 6.

18 Labour Resource and Research Institute Trade Union and Trade (n 11) 16-17.

19 *Ibid.*

20 Union générale tunisienne du travail, Trade Unions and Trade *Les enjeux de l'accord ZLECAf en Tunisie et son impact sur l'Union générale tunisienne du travail (UGTT)* (2021) 35.

> les travailleurs ne sont pas une marchandise qui peut être déplacée et exploitée à moindre prix, au mépris des législations et systèmes nationaux. [Cela a] pour conséquence la perte de tout espoir pour un emploi durable [et le refus] aux travailleurs le droit à l'égalité et à la dignité.[21]

Le concept de dumping social imputable aux lacunes du droit permet de mieux expliquer les conséquences de cette carence de protection des normes fondamentales du travail dans le droit de la ZLECAf. En effet, le dumping social se produit:

> Lorsque les entreprises abusent de la libre circulation dans le marché unique pour porter atteinte ou se soustraire aux normes et réglementations du travail, s'assurant ainsi un avantage concurrentiel au détriment des entreprises de bonne foi.[22]
>
> [De même,] lorsque les droits de douane et autres barrières sont supprimés, les entreprises sont incitées à déplacer la production vers les endroits où les coûts sont les plus bas. Les emplois sont alors transférés des pays où les salaires sont plus élevés et les protections du travail meilleures vers les pays où le coût de production est plus faible. Cela peut déclencher ce que l'on appelle une "course vers le bas", où les pays tentent de se surpasser en abaissant les réglementations et la protection du travail.[23]

En dépit de la non prise en compte des dimensions sociales dans le droit de la ZLECAf, il convient tout de même de savoir par quel mécanisme juridique les normes fondamentales du travail peuvent-elles être protégées au sein de ce droit? La réponse à cette question met en évidence le fait que l'absence de protection de ces normes doit être lue avec nuance. En effet, le droit de la ZLECAf peut offrir une protection par ricochet des droits humains fondamentaux au travail (2). Cependant, comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, une telle protection peut connaître certaines limites. A cet égard, une protection expresse s'avère la mieux indiquée (3).

2 LA PROTECTION PAR RICOCHET DES NORMES FONDAMENTALES DU TRAVAIL DANS LE DROIT DE LA ZLECAf

L'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités consacre l'interprétation systémique, c'est-à-dire la lecture qui vise à éclairer un fragment du texte par d'autres textes. L'intégration systémique part donc de l'idée que les traités sont une création du système juridique international et leur application est fondée sur ce fait. Ainsi, le droit international est perçu comme un système juridique en ce que ses règles et principes opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces

21 Syndicat européen *Libre circulation oui! Dumping social non! disponible au lien suivant:*https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/files/flyer_social_dumping_fr_02.pdf (consulté le 9 juillet 2023).

22 https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/files/flyer_social_dumping_fr_02.pdf (consulté le 9 juillet 2023).

23 M Daniel *Les syndicats et le commerce Guide du protocole de la ZLECAf sur le commerce des marchandises* (2022) 9.

derniers.[24] Il s'agit de l'interprétation systémique *stricto sensu*, sur lequel peut s'appuyer l'argument de la protection par ricochet des normes fondamentales du travail au travers les règles d'interprétation applicables au règlement de différends (2.3). Au-delà de cette interprétation systémique autonome, le droit de la ZLECAf lui-même admet l'interprétation systémique. En effet, au travers le régime juridique des exceptions à l'Accord de la ZLECAf (2.2), les obligations des États, au titre de cet Accord, sont à interpréter de sorte qu'elles ne puissent pas compromettre d'autres engagements souscrits par les États dans d'autres domaines, en particulier en matière de travail. De même, ce droit définit les principes de la ZLECAF, dont certains font référence à la préservation des acquis et meilleures pratiques pouvant inclure notamment les normes du travail (2.1).

2.1 La protection des normes fondamentales du travail via les principes de la préservation des acquis et de prise en compte des meilleures pratiques

La préservation des acquis et la prise en compte des meilleures pratiques au sein des CER et dans le cadre des conventions internationales applicables à l'Union africaine (UA) font partie des principes qui régissent la ZLECAf.[25] Parmi ces acquis et pratiques, certains portent sur les droits au travail.

En effet, au niveau régional, plusieurs CER ont manifesté leur volonté de défendre les droits de l'homme. Dans le cadre de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADEC) par exemple, il a été adopté la Charte des droits sociaux fondamentaux, qui met en avant les droits à l'emploi et à la protection sociale. Dans le cadre du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) et de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), les États se sont fixés l'objectif d'améliorer la qualité de vie des habitants. La CEDEAO a en particulier adopté une convention générale sur la sécurité sociale des travailleurs migrants.[26] De même, le Traité créant la CEDEAO rappelle la nécessité de la sécurité sociale et encourage les États membres à harmoniser leur droit du travail et la législation relative à la sécurité sociale.[27]

En ce qui concerne la prise en compte des meilleures pratiques dans le cadre des conventions internationales applicables à l'UA, tous les États africains sont tenus de respecter les conventions fondamentales du travail, considérées comme contraignantes pour tous les États.

24 G Distefano et C Mavroidis 'L'interprétation systémique: le liant de l'ordre international' (2011) *Pour un droit équitable, engagé et chalreux* 744-745.

25 Art 5(f) et (i) de l'Accord.

26 Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique *La Zone de libre-échange continentale (ZLEC) en Afrique, vue sous l'angle des droits de l'homme. Rapport* (2017) 31.

27 Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (n 26) 58-59.

Il en découle que les États parties à la ZLECAf se sont engagés, dans le cadre de CER et de l'UA à respecter, protéger et réaliser les droits de l'homme, en particulier les droits au travail.[28] Ces engagements sont des acquis et pratiques qui mettent en avant la protection de ces droits. Ainsi, les États parties à la ZLECAf devraient mettre en œuvre leurs obligations au titre de l'Accord de la ZLECAf sans compromettre leurs engagements en matière de travail.

2.2 La protection des normes fondamentales du travail via le régime juridique des exceptions générales à l'Accord

D'emblée, il convient de noter que le huitième alinéa du préambule de l'Accord reconnaît le droit des États parties de réglementer sur leur territoire les flexibilités dont ils disposent pour poursuivre des objectifs légitimes de politique publique, y compris dans les domaines de la *moralité publique*.

Qui plus est, l'article 26 du protocole sur le commerce des marchandises et l'article 15 du protocole sur le commerce des services disposent ce qui suit:

> Sous réserve que de telles mesures ne soient pas appliquées d'une manière à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les États parties où les mêmes conditions existent, ou une restriction déguisée au commerce international, aucune disposition [des présents Protocoles]ne peut être interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout État partie, des *mesures*: ... *nécessaires* à la protection de la *moralité publique* ...

Cette exception est aussi prévue dans le droit de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC) au travers l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). A l'instar du GATT, le droit de la ZLECAf ne fournit aucune indication de ce qu'il convient d'attendre par «mesures nécessaires» et «moralité publique». Néanmoins, l'apport de la jurisprudence de l'OMC pourrait servir à déterminer la portée de ces concepts.

En effet, en ce qui concerne les mesures nécessaires, dans l'affaire *Thaïlande-Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes,* le Groupe spécial de l'OMC a conclu que

> les restrictions à l'importation imposées par la Thaïlande ne pouvaient être considérées comme «nécessaires» que s'il n'y avait pas d'autres mesures compatibles, ou moins incompatibles, avec l'Accord général qu'elle pouvait raisonnablement être censée employer pour atteindre les objectifs de sa politique de santé.[29]

De même, dans l'affaire États-Unis-Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, l'organe d'appel (l'OA) de l'OMC a souligné que l'article XX du GATT comprend

28 Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (n 26) 49.

29 *Thaïlande-Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes,* rapport du Groupe spécial, Doc. GATT DS10/R (7 novembre 1990), IBDDS37/214, para 75.

> les mesures qui sont reconnues comme étant des exceptions aux obligations de fond établies par le GATT de 1994, parce que les politiques internes incorporées dans ces mesures ont été reconnues comme ayant un *caractère important et légitime*.[30]

Il découle de ces tendances jurisprudentielles qu'une mesure est nécessaire lorsqu'elle favorise la réalisation de l'objectif poursuivi, qui doit être important et légitime. Les États sont donc appelés à analyser «a) l'importance de la valeur protégée; b) la contribution de la mesure au but poursuivi; et c) les effets de la mesure sur le commerce».[31]

Quant à la moralité publique, dans l'affaire *Chine-Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels,* le Groupe spécial de l'OMC a souligné que

> *la protection de la moralité publique figure parmi les valeurs ou intérêts les plus importants* recherchés par les Membres dans le cadre de la politique publique. Nous ne voyons rien de fortuit dans le fait que l'exception relative à la « moralité publique» est la première exception indiquée dans les dix alinéas de l'article XX. Nous convenons donc que la protection de la moralité publique est une *valeur ou un intérêt extrêmement important*.[32]

Ainsi, en application de cette exception, nombre d'États membres de l'OMC adoptent des

> mesures commerciales restrictives visant à protéger la moralité publique à l'intérieur de [leurs] frontières, menacée par une activité commerciale qui porte atteinte aux mœurs de ses citoyens, et ce, à cause de la manière dont les produits visés ont été fabriqués.[33]

Pour la doctrine, il s'agit d'une interprétation dynamique «autorisant les États à prendre des mesures restrictives pour le commerce afin de protéger les droits au travail».[34] Nous venons de voir que la jurisprudence de l'OMC considère cette moralité comme «une valeur ou un intérêt extrêmement important». Or, la violation des droits humains constitue une atteinte aux «valeurs fondamentales»[35]. Ainsi, au nom de la protection de la moralité publique, certains États membres de l'OMC interdisent notamment l'importation des biens fabriqués sous-couverts du travail forcé,[36] des pires formes de travail

30 États-Unis-Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R (12 octobre 1998), para 121.

31 F Villanueva 'Les sanctions commerciales visant le travail des enfants: sont-elles «nécessaires» au sens de l'article XX du GATT?' (2012) 42 *Revue générale de droit* 605.

32 *Chine-Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels,* rapport du Groupe spécial, para 7.817.

33 Villanueva (n 31) 631.

34 J Langille 'La dimension sociale du commerce et le pluralisme de l'OMC' (2020) 159 *Revue internationale du Travail* 3.

35 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, para 101.

36 K Plouffe-Malette 'L'interdiction d'importation des produits issus du travail forcé dans les accords commerciaux régionaux: analyse comparée de la mise en œuvre en droit canadien et américain' (2021) 65 *Revue Interventions économiques* 1 à 13.

des enfants,[37] de la traite des êtres humains,[38] ou en violation de normes relatives au travail de façon générale.[39]

Dans le cadre de la ZLECAf, toutes ces mesures restrictives au commerce sont, en application des articles 26 et 15 des protocoles sur le commerce des marchandises et des services, susceptibles d'être prises par les États africains en vue de concourir à la protection des normes fondamentales du travail. Ces restrictions au commerce sont aussi justifiées par le fait que

> tous les pays ont un intérêt commun à la réalisation et au maintien de normes équitables de travail en rapport avec la productivité de la main-d'œuvre et, de ce fait, aux conditions de rémunération et de travail meilleures que cette productivité rend possibles.[40]

Enfin, il est important de noter qu'au-delà de cette exception liée à la moralité publique, les normes fondamentales du travail peuvent aussi être protégées par une autre exception à l'Accord. En effet, les articles 26 et 15 susvisés permettent également aux États de prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect des lois ou règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions de l'Accord. Parmi ces lois et règlements, figurent évidemment les législations du travail. Les États parties à la ZLECAf sont ainsi obligés de prendre des mesures restrictives comme au commerce aux fins d'assurer le respect des normes fondamentales du travail.

Il appert toutefois que, dans le cadre de l'OMC, l'exception relative à la moralité publique est celle qui est généralement invoquée aux fins d'assurer la protection des normes du travail. Dans tous les cas, les deux exceptions peuvent utilement être invoquées.

2.3 La protection des normes fondamentales du travail au travers les règles d'interprétation applicables au règlement de différends

L'article 30 du protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends dispose que le Groupe spécial et l'OA «interprètent les dispositions de l'Accord, conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, notamment la Convention de Vienne sur le Droit des Traités ...». Aux termes de cette convention, aux fins de l'interprétation d'un traité, «le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus: ... toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties».[41]

37 Villanueva (n 31) 599 et 632.

38 K Plouffe-Malette 'De l'OIT à l'OMC. L'interdiction d'importation des produits intégrant le travail forcé et les pires formes de travail des enfants: un appel à la morale?' (2019) 32 *Revue québécoise de droit international* 248.

39 Langille (n 34) 4.

40 Art 7(1) de la Charte de la Havane instituant une organisation internationale du commerce (1948).

41 Art 31(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969).

Les États membres de la ZLECAf ont, dans le septième alinéa du préambule de l'Accord, reconnu *expressis verbis* l'importance des droits de l'homme pour le développement du commerce international. Nous venons de voir également que le huitième alinéa du préambule de l'Accord reconnaît le droit des États parties de réglementer sur leur territoire les flexibilités dont ils disposent pour poursuivre des objectifs légitimes de politique publique. Ces derniers comprennent notamment le respect de la législation sociale et la moralité publique. Ainsi, lorsque le différend porte sur les mesures restrictives au commerce afin de protéger cette moralité publique, le Groupe spécial et l'OA devront notamment interpréter le droit applicable à la lumière du préambule de l'Accord qui renvoie aux droits de l'homme. Parmi ces derniers, figurent les normes fondamentales du travail. Ainsi, la règle pertinente de droit international à laquelle renvoie la convention de Vienne comporte principalement les conventions fondamentales de l'OIT, qui garantissent les droits humains fondamentaux au travail. Ces derniers sont, en effet, des «objectifs de justice sociale»[42] et constituent «la base d'un dialogue social et d'institutions du marché du travail efficaces».[43] Le Groupe spécial et l'OA ne doivent donc pas limiter l'examen des affaires portées devant eux au seul cadre juridique actuel au motif qu'il est dépourvu des normes du travail. Qui plus est, bien que le protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends limite la compétence de l'organe de règlement de différend (ORD) aux différends survenant entre les États parties concernant leurs droits et obligations en vertu des dispositions de l'Accord, il n'en reste pas moins qu'il ne limite en aucun cas les sources du droit potentiellement applicables. A cet égard, comme le souligne le Professeur Lorand Bartels s'agissant du droit de l'OMC[44] dépourvu aussi de protection expresse des normes fondamentales du travail, [45] tout le droit international est potentiellement applicable.

Cette lecture rencontre même l'affirmation de l'organe d'appel de l'OMC qui a souligné qu'«il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public».[46] En d'autres termes, «les règles de l'organisation n'empêchent pas les États de respecter à la fois leurs obligations en matière commerciale et celles qui leur incombent en vertu du droit international du travail».[47] Le Groupe spécial de l'OMC a d'ailleurs souligné à cet égard que «la Convention

42 P Pasqualicchio *Réflexions sur le concept de «travail décent» contenu dans le Programme 2030* 4, https://www.osorin.it/uploads/model_4/.files/105_item_2.pdf?v=1647509237 (consulté le 11 juillet 2023).

43 Point 10, Déclaration d'Addis-Abeba. Transformer l'Afrique grâce au travail décent pour un développement durable. Cadres et perspectives pour un développement inclusif et durable (2015).

44 T Régnier 'Les droits de l'homme devant le juge de l'OMC' *in* V Champeil-Desplats et D Lochak (dir) *Libertés économiques et droits de l'homme* (2011).

45 R Éric 'Enjeux et ambiguïtés du concept de clause sociale ou les rapports entre les normes du travail et le commerce international' (1996)1 *Revue belge de droit international* 145-190.

46 États-Unis-Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules-WT/DS2/AB/R, Organe d'appel, 29 avril 1996 19.

47 Langille (n 34) 3.

interaméricaine peut raisonnablement servir de référence …».[48] Ces lectures devraient guider les groupes spéciaux et l'OA institués dans le cadre de la ZLECAf aux fins de tenir en compte, dans le règlement de différends, du cadre juridique international dans lequel s'inscrit le droit de la ZLECAf. Ce cadre juridique comprend notamment le droit international des droits de l'homme.[49] Or, il est admis que

> l'ensemble des normes de l'OIT contribue à la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels ainsi qu'aux droits civiques et politiques. La protection des droits au travail fait [donc]partie intégrante des obligations en matière de respect des droits de l'homme.[50]

De même, à l'instar du droit de l'OMC, les groupes spéciaux et l'OA, en application de l'interprétation sus évoquée, devront, autant que faire se peut, s'appuyer, dans des différends ultérieurs, sur le raisonnement et les conclusions contenus dans des rapports qu'ils ont adoptés[51] précédemment à l'issue d'une analyse faite à la lumière du droit international du travail. Cela s'explique par le fait que, une fois adoptés, «les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel suscitent chez les [États membres] des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils sont pertinents pour un autre différend»[52] portant sur les restrictions au commerce en vue de la protection des droits au travail.

Ces quelques mécanismes juridiques sont de nature à garantir le respect des normes fondamentales du travail et, partant, le travail décent dans la ZLECAf, et ce, indépendamment du fait que l'Accord ne les protège pas expressément. Cependant, aussi louables soient-ils, ces mécanismes juridiques peuvent s'avérer inefficaces. En effet, en interprétant l'Accord de la ZLECAf à l'aune du droit international du travail, les États seraient critiques à l'égard de décisions de l'ORD qui ferait preuve d'un certain activisme et irait au-delà, voire contre, la volonté expresse des États telle que contenue dans l'Accord. Dans ce dernier en effet, les États se sont principalement engagés à la libéralisation des échanges. Cette critique est d'ailleurs formulée par les États-Unis notamment à l'encontre de l'OA de l'OMC pour son «activisme judiciaire».

> Du point de vue des États-Unis, le rôle de l'OA devrait se résumer à appliquer les règles de l'OMC et corriger les erreurs de droit commises par le groupe d'experts. Dans les faits, les États-Unis reprochent à l'OA une tendance à vouloir combler les

48 *Etats-Unis-Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes Recours de la Malaisie à l'article 21:5* Rapport du Groupe spécial 15 juin 2001, para 5.71.

49 Régnier (n 44).

50 https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_860973/lang--fr/index.htm#:~:text=L'ensemble%20des%20normes%20de,des%20droits%20de%20l'homme (consulté le 18 juillet 2023); Organisation internationale du Travail *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi* (2022) 2 à 5.

51 États-Unis-Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères Rapport de l'Organe d'appel 29 novembre 2004 para 188.

52 États-Unis-Crevettes (article 21:5 – Malaisie) Rapport de l'Organe d'appel 22 octobre 2001 para 108.

lacunes des textes et établir un principe complémentaire là où les règles de l'OMC ne disaient rien.[53]

A cet égard, seule la protection expresse de ces normes dans le droit de la ZLECAf obligerait les États à veiller à leur respect. Elle obligerait également, sans équivoque, les Groupes spéciaux et l'OA à interpréter l'Accord à la lumière du droit international du travail.

3 LA PROTECTION EXPRESSE DES NORMES FONDAMENTALES DU TRAVAIL DANS LE DROIT DE LA ZLECAf

Nombre des mesures peuvent être adoptées par les États parties à l'Accord en vue de protéger expressément les normes fondamentales du travail dans la ZLECAf (3.2). Cette protection expresse doit cependant être justifiée et son fondement juridique mérite d'être établi (3.1).

3.1 Intérêt et fondement juridique de la protection expresse des normes fondamentales du travail dans le droit de la ZLECAf

Le besoin d'une protection expresse des normes fondamentales du travail dans la ZLECAf est criant aux fins de développer un commerce exempt de dumping social.[54] Il s'inscrit d'ailleurs dans le droit fil de la nouvelle réalité du système commercial mondial, qui vise à lier explicitement les privilèges commerciaux à l'amélioration des réglementations du travail afin d'empêcher un nivellement par le bas préjudiciable aux droits des travailleurs.[55] Ainsi, au-delà de la libéralisation des échanges, le droit de la ZLECAf devrait être un outil permettant de mettre fin à la violation des droits des travailleurs,[56] en accordant un accent prioritaire sur les défauts d'application de la législation nationale du travail.[57]

Cette protection permet aussi de concourir à la mise en œuvre des objectifs de développement durable (ODD) des Nations Unies. En effet, le huitième ODD porte sur «le travail décent et la croissance économique». Cette dernière est donc étroitement liée au travail décent

53 https://www.lafinancepourtous.com/decryptages/politiques-economiques/economie-mondiale/organisation-mondiale-du-commerce/ce-que-les-etats-unis-reprochent-lorgane-dappel-de-lomc/. Voir aussi F Zarbiyev 'Judicial activism in international law – A conceptual framework for analysis' (2012) 3 *JIDS* 257.

54 F Gutiérrez et L Fernando 'Clauses sociales, commerce international et droits des travailleurs. La perspective des pays sous-développés' (2008) *Congrès XI Jornadas de Economía Crítica* 2.

55 Labour Resource and Research Institute Trade Union and Trade (n 11) 15.

56 https://tradeunionsinafcfta.org/fr/dispositions-relatives-au-travail-du-zlecaf-10-choses-que-les-syndicats-doivent-surveiller-deliberer-et-exiger/ (consulté le 3 juillet 2023).

57 Blackett (n 1) 660.

en ce qu'il n'y pas de cloison étanche entre les deux. Le travail décent est aussi un élément clé à la réalisation d'une mondialisation juste, à la réduction de la pauvreté et à la promotion de la paix[58] dont le continent africain a plus que besoin. Or, cette paix «ne peut être établie que sur la base de la justice sociale».[59] Pour parvenir à cette dernière, la promotion du travail décent constitue une des clés essentielles.[60] Cette promotion comporte nombre d'objectifs stratégiques incluant en particulier les normes fondamentales du travail.[61] Enfin, il est dans l'intérêt des pays africains de s'unir pour non seulement bénéficier du libre-échange, mais aussi pour étendre le bénéfice à tous dans un monde globalisé.[62] Cette extension implique l'importance de rétablir des mécanismes de redistribution et de solidarité au sein même des accords de libre-échange.[63]

La protection des normes fondamentales du travail repose également sur des fondements juridiques évidents. En effet, les États ont expressément reconnu dans l'Accord l'importance des droits de l'homme pour le développement du commerce international.[64] Le développement du commerce est donc lié au respect des droits de l'homme. Parmi ces derniers, figurent les droits humains fondamentaux au travail qui constituent «un pilier central des principes universels devant guider les transactions économiques».[65] Ainsi, le travail n'est donc pas considéré comme un «ajout», un «supplément», au commerce, mais plutôt comme un élément indispensable dans la façon de concevoir le social dans l'économique.[66] Il convient de souligner également que l'Accord tient en compte, dans le 4e alinéa du préambule, les aspirations énoncées dans l'Agenda 2063 de l'union africaine (UA).[67] Parmi ces aspirations, la première porte sur «une Afrique prospère fondée sur la croissance inclusive et le développement durable». Pour y parvenir, le premier domaine prioritaire que se sont fixés les États membres de l'UA est le travail décent.[68] De même, en 2015, dans la Déclaration d'Addis-Abeba visant à transformer l'Afrique grâce au travail décent pour un développement durable, les États africains et les organisations d'employés et d'employeurs se sont mis d'accord sur la nécessité d'intégrer davantage

58 Bureau international du Travail *Il est temps d'agir pour l'ODD 8 Intégrer le travail décent, la croissance soutenue et l'intégrité environnementale* (2020) 2.

59 M Dubuy 'La consécration de la justice sociale dans le système de l'OIT: une contribution à l'émergence des finalités providentialistes du droit international public' (2014) 2 *Civitas Europa* 114.

60 https://news.un.org/fr/story/2019/02/1036711 (consulté le 3 juillet 2023).

61 Confédération syndicale internationale (n 16) 8.

62 A Mabali *Analyse des effets de la zone de libre-échange du continent africain (ZLECAf) sur les conditions de vie et de travail au Tchad* (2022) 16 à 18.

63 Blakett (n 1) 680.

64 7e paragraphe du préambule de l'Accord.

65 C Doumbia-Henry et E Gravel 'Accords de libre-échange et droits des travailleurs' (2006) 145 *Revue internationale du Travail* 214.

66 Blackett (n 1) 681.

67 C Gambotti 'L'Agenda 2063, un cadre collectif et participatif pour une Afrique unie et prospère' (2015) 4 *Géoéconomie* 129.

68 https://au.int/fr/agenda2063/objectifs (consulté le 9 juillet 2023).

le travail décent dans des cadres régionauxet[69] ont fait du travail décent l'une des priorités stratégiques à l'échelle du continent.[70] Enfin, tous les pays africains membres de la ZLECAf ont quasi ratifié toutes les conventions de l'OIT portant sur les principes et droits fondamentaux au travail.[71] Il est important de noter que, s'agissant même des pays qui ne les ont pas encore ratifié, ils ont l'obligation du seul fait de leur appartenance à l'OIT, de les respecter, de les promouvoir et de les réaliser de bonne foi, et ce, conformément à la constitution de l'OIT.[72] Ainsi, la protection des normes fondamentales du travail dans le droit de la ZLECAf ne serait qu'une des voies efficaces pour les États africains de concourir au respect de leurs obligations juridiques contractées à l'échelle internationale, régionale voire nationale.[73]

Certes, il ne faut pas perdre de vue que la principale raison de ne pas insérer les clauses sociales dans les accords commerciaux semble être les coûts liés à la protection des droits au travail.[74] Bien plus, les États, notamment ceux en voie de développement

> voient dans cette clause sociale une mesure protectionniste ...[qui] aurait pour conséquence d'entraver leur développement industriel et de remettre en cause leurs avantages comparatifs, liés notamment à leur capacité à utiliser de manière productive une main-d'œuvre bon marché.[75]

Cette approche est sujette à critique, car elle relègue au second plan les droits de l'homme en faveur du commerce. Pourtant, comme le fait remarquer Tiphaine Régnier, les normes fondamentales du travail

> devraient être soustraites au libre jeu de la concurrence[, car]le lien entre les normes de travail et le commerce est envisagé sous l'angle des droits de l'homme, avec l'idée que les droits des travailleurs doivent être protégés en raison de leur valeur propre, et non en raison de leurs effets sur l'économie ....[76]

Dans le cadre de la ZLECAf, bien que nous n'ayons pas de base pour confirmer ces raisons, il reste clair que les États ont privilégié les intérêts économiques en ignorant de protéger les normes du travail dans l'Accord.

69 Point 9 Déclaration d'Addis-Abeba Transformer l'Afrique grâce au travail décent pour un développement durable. Cadres et perspectives pour un développement inclusif et durable (2015).

70 Point 13(a) Déclaration d'Addis-Abeba Transformer l'Afrique grâce au travail décent pour un développement durable. Cadres et perspectives pour un développement inclusif et durable.

71 Point 10 Déclaration d'Addis-Abeba Transformer l'Afrique grâce au travail décent pour un développement durable. Cadres et perspectives pour un développement inclusif et durable; voir aussi https://www.ilo.org/africa/areas-of-work/labour-standards/lang--fr/index.htm (consulté le 13 juillet 2023).

72 Point 2 Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail (2022).

73 F Kelleher *La Zone de Libre-échange Continentale Africaine (ZLECAF) et les Femmes: Une Analyse Féministe Panafricaine*, Nairobi 11.

74 Mabali (n 62) 18

75 Régnier (n 2) 223-225.

76 Régnier (n 2) 223.

3.2 Les mesures de protection des normes fondamentales du travail dans la ZLECAf

Dans le droit de la ZLECAf, les normes fondamentales du travail peuvent être expressément protégées à travers un protocole dédié à leur protection (3.2.1), qui doit prévoir un système de règlement de différends (3.2.3) et être assorti des mesures destinées à assurer le respect de ses dispositions (3.2.4). Cette protection peut aussi être assurée à travers le cadre institutionnel de mise en œuvre de la ZLECAf (3.2.2).

3.2.1 L'adoption d'un protocole sur les normes du travail

Aux termes de l'Accord, «les instruments supplémentaires, jugés nécessaires dans le cadre de la poursuite des objectifs du présent Accord sont conclus et font, dès leur adoption, partie intégrante du présent Accord».[77] Pour les raisons sus évoquées, le besoin d'adoption d'un protocole sur les normes du travail est indéniable.

En vertu de ce protocole, tous les États parties à l'Accord seront tenus au respect mutuel des droits des travailleurs, de se conformer à l'agenda du travail décent de l'OIT[78] et à la Déclaration sur les principes et droits fondamentaux au travail.[79] Bien plus, ce protocole devra, à l'instar notamment de l'ALE entre les États-Unis et la Jordanie (2000-2001), engager surtout les États «à respecter leur législation nationale et précise[r] que les faibles normes du travail ne doivent pas être utilisées pour encourager le commerce».[80] Il s'agit, comme cela ressort notamment de l'ALE entre le Canda et le Pérou, d'une clause de non-dérogation selon laquelle

> Toute Partie ne renonce pas ou ne déroge pas, ni n'offre de renoncer ou de déroger, à son droit du travail d'une façon qui affaiblisse ou qui diminue l'adhésion aux principes et aux droits du travail internationalement reconnus … dans le but de stimuler le commerce ou l'investissement.[81]

De surcroît, ce protocole devra consacrer le principe de la primauté des droits sociaux fondamentaux sur les libertés économiques. Cette primauté vise à protéger la dignité des travailleurs, qui est une valeur importante par rapport aux libertés économiques. Le protocole devra prévoir également la responsabilité solidaire dans les chaînes de sous-traitance ou d'approvisionnement. Une telle responsabilité serait possible en consacrant, dans ce protocole, l'obligation de diligence raisonnable. Les États africains devront peser cette obligation sur

77 Art 8(3) de l'Accord.

78 Voir V Pedrina *Agenda sur le travail décent (decent work) de l'OIT et coopération suisse au développement* (2013) 3.

79 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716595.pdf (consulté le 5 juillet 2023).

80 S Zini 'Le chapitre sur le travail dans l'*ACÉUM*: un progrès par rapport à l'*ANACT*, des attentes à concrétiser' (2022) *Revue Québécoise de droit international* 164.

81 Art 2 Accord Canada-Pérou de coopération dans le domaine du travail et Accord de libre-échange Canada-Pérou, Canada et Pérou (2008).

toutes les entreprises, indépendamment de leur structure sociale, de leur taille, de leur chiffre d'affaires et de leur nombre de salariés. En effet, toutes les entreprises sont susceptibles, par action ou omission, d'être responsables, dans leurs chaînes d'approvisionnement, de violations des droits humains fondamentaux au travail. Le protocole devra étendre également cette obligation «à toutes les entités auxquelles l'entreprise est connectée, que ce soit par des investissements ou des relations contractuelles».[82]

Le protocole gagnerait en efficacité en organisant en plus un régime de renversement de la charge de la preuve en faveur des travailleurs victimes. Un tel renversement est soutenable, car c'est l'entreprise qui détient des «informations pertinentes relatives à ses activités et à l'organisation de ses relations avec ses filiales ou ses partenaires commerciaux, et la victime n'y a généralement pas facilement accès».[83] De cette façon, ce protocole aura le mérite de pousser toutes les entreprises opérant dans la ZLECAf d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités sur les normes fondamentales du travail ainsi que de rendre compte de la manière dont elles y remédient.[84]

Il convient enfin de noter que l'article 28 de l'Accord permet de le réviser tous les cinq ans après son entrée en vigueur en vue notamment de l'adapter aux enjeux nouveaux du développement régional et international. Parmi ces enjeux, les dimensions sociales occupent une place on ne peut plus importante. Cet article 28 constitue une «clause évolutive» permettant aux États de développer et d'approfondir la coopération instaurée par l'Accord et de l'étendre à des domaines non couverts. Cette évolution n'est pourtant plus à démontrer de nos jours. En effet, elle s'inscrit en droite ligne de l'agenda progressiste ou inclusif en commerce international, qui se traduit par des dispositions dans les accords commerciaux dans des domaines jugés prioritaires tels que les droits des travailleurs.[85]

Dans le cadre de ce nouveau régime qui serait institué par la ZLECAf, l'effectivité des normes fondamentales du travail serait renforcée par le fait que, au-delà des sanctions financières que nous verrions plus loin, les États seraient plus incités à respecter ces normes. En effet, leur non-respect devra impliquer, entre autres comme conséquences, la suspension des avantages économiques issus de la libéralisation des échanges. Les mécanismes de coopération entre États en matière de travail devant être mis en place dans le cadre de ce protocole sont aussi de nature à amener les États à mieux respecter leurs obligations en faveur des travailleurs.

82 Confédération syndicale internationale *Vers l'obligation de diligence raisonnable dans les chaînes d'approvisionnement mondiales* (2020) 12-18.

83 Confédération syndicale internationale (n 82) 12-18.

84 Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 2022.

85 S Paquin et H Rioux (dir) 'L'agenda progressiste et les accords commerciaux de nouvelle génération' (2021) 65 *Revue Interventions économiques* 4.

3.2.2 La protection des normes fondamentales du travail à travers le cadre institutionnel de mise en œuvre de la ZLECAf

Le cadre institutionnel pour la mise en œuvre, l'administration, la facilitation, le suivi et l'évaluation de la ZLECAf comprend nombre d'organes notamment le Conseil des ministres. En effet, aux termes de l'Accord «il est créé un Conseil des ministres composé des ministres africains en charge du commerce, ou d'autres ministres, autorités ou fonctionnaires dûment désignés par les États parties».[86]

Si cette composition reflète la place que l'Accord réserve au commerce via la représentation des ministères du commerce, il n'en reste pas moins qu'elle insinue aussi le fait que les dimensions sociales ne sont pas une priorité pour la ZLECAf. A cet égard, au vu des raisons sus évoquées, il conviendrait d'inclure également les ministres africains en charge du travail dans la composition de ce Conseil. Ces ministères seraient chargés de veiller à la mise en œuvre effective des dimensions sociales de l'Accord devant être intégrées au travers le protocole sus référé. Ils devront également proposer au conseil des Ministres les mesures nécessaires pour la promotion des normes fondamentales du travail, les projets des règlements, des directives et faire des recommandations en matière sociale. Ils devront, en plus, donner des avis aux projets des règlements et/ou des directives dans d'autres domaines autres que le social en vue de déceler leur éventuel impact sur les normes fondamentales du travail et ainsi proposer des mesures de mitigation. L'implication de ces ministères de travail est aussi indispensable, car le ministère du commerce pourrait ne pas aller au-delà de son mandat afin de veiller à la protection des normes du travail. Pour autant, il ne s'agirait pas d'impliquer une multitude des ministères. En effet, comme vu précédemment, l'agenda progressiste ou inclusif en commerce international, veut que seuls les domaines jugés prioritaires tels que les droits des travailleurs et la protection de l'environnement soient pris en compte.[87]

Enfin, dans le cadre de la mise en œuvre, du suivi et d'évaluation des dispositions du protocole sur les normes du travail, le Conseil des ministres comportant déjà en son sein les ministères de travail, devra, à l'instar des protocoles sur le commerce des marchandises et des services, instituer un comité sur les normes du travail. Ce comité devra exercer les fonctions assignées par le Conseil des ministres pour faciliter l'application du protocole sur les normes du travail et réaliser ses objectifs. Ce comité pourra aussi, le cas échéant, être doté des organes subsidiaires appropriés pour l'exécution effective de ses missions. Les rapports annuels devront également être produits par ce comité, en concertation avec les ministères de travail et les principales organisations syndicales, en vue de faciliter le processus de mise en œuvre, de suivi et d'évaluation du protocole sur les normes du travail.

86 Art 11(1) de l'Accord.

87 S Paquin et H Rioux (dir) 'L'agenda progressiste et les accords commerciaux de nouvelle génération' (2021) 65 *Revue Interventions économiques* 4.

L'impact de ces initiatives est indéniable, car une fois adoptées par le Conseil des ministres, elles sont obligatoires à l'égard de tous les États parties. En effet, aux termes de l'Accord, «Les décisions prises par le Conseil des ministres, dans l'exercice de son mandat, sont contraignantes pour les États parties»,[88] «Les États parties prennent les mesures nécessaires en vue de mettre en œuvre les décisions du Conseil des ministres».[89]

3.2.3 La protection des normes fondamentales du travail via le régime juridique de règlement de différends

Le protocole sur les normes du travail ne devrait pas se contenter de répertorier et de reconnaître les normes fondamentales du travail. Il devra aussi prévoir un système de règlement des différends[90] de nature à concourir à son respect.

En effet, aux termes de l'article 20 de l'Accord, «il est institué ... un mécanisme de règlement des différends qui s'applique au règlement des différends entre les États parties». Ce mécanisme «s'applique conformément au Protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends». Ce protocole «s'applique aux différends survenant entre les États parties concernant leurs droits et obligations en vertu des dispositions de l'Accord».[91]

Ainsi, le protocole sur les normes du travail étant adopté, il sera considéré, en application de l'article 8(3) de l'Accord, comme faisant partie intégrante dudit Accord. A cet égard, ses dispositions devront également faire l'objet de résolutions des litiges au même titre que les obligations commerciales.[92]

Afin d'assurer le respect des normes du travail, le protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends devra être amendé sur plusieurs points. D'emblée, le mécanisme de règlement des différends de la ZLECAf, au-delà d'être «un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial régional»,[93] devra aussi être outil pour assurer le respect des normes fondamentales du travail au sein de la ZLECAf.

88 Art 11(5) de l'Accord.

89 Art 11(6) de l'Accord.

90 https://www.ilo.org/global/standards/information-resources-and-publications/free-trade-agreements-and-labour-rights/lang--fr/index.htm (consulté le 6 mars 2023).

91 Art 3(1) protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends.

92 J Ghatii *Etude exploratoire. Conception de la zone de libre-échange (ZLEC): une perspective sur les droits humains en Afrique* (2016) 36.

93 Art 4(1) du protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends.

Qui plus est, le terme «Partie à un différend ou à une procédure» ne devra pas seulement désigner «un État partie à un différend ou à une procédure»,[94] mais aussi les principales organisations syndicales, qui devront être habilitées à saisir l'organe de règlement de différend (ORD). Ces organisations seront à identifier au regard de leur représentativité nationale (les confédérations de syndicats nationaux) et régionale (l'Organisation régionale africaine de la Confédération syndicale internationale: CSI-Afrique). Le différend devra ainsi désigner un désaccord entre les États parties ou entre une ou plusieurs organisations syndicales et un ou plusieurs États parties relatif à l'interprétation et/ou application de l'Accord en rapport avec les droits et obligations des États parties. Dans cette optique, les organisations syndicales devront également être considérées comme «Partie plaignante». Ainsi, à l'instar des États, elles devront en premier lieu faire recours à la procédure des consultations en vue de trouver une solution à l'amiable. Lorsque celle-ci se révèle infructueuse, elles devront alors saisir l'ORD. Le droit d'action des organisations syndicales devrait ainsi comprendre le droit d'initier la procédure des consultations et le droit de saisir l'ORD de l'affaire et de demander la mise en place d'un Groupe spécial de règlement du différend. Ces amendements sont indéniables, car bien qu'il soit prévu que le recours aux procédures de règlement des différends ne doit pas être considéré comme des «actes contentieux»,[95] il n'en reste pas moins que, pour s'éviter d'éventuels ennuis politiques, les demandes de consultations ou la saisine de l'ORD par les États parties seront rares en matière sociale. Ainsi, ne pas reconnaître aux principales organisations syndicales la possibilité d'initier la procédure de règlement de différends portant sur le protocole relatif aux normes du travail pourrait tout simplement amenuir la mise en œuvre et l'efficacité dudit protocole. Il convient donc de ne pas laisser son application être étroitement soumise à la volonté politique des États, car leur degré d'implication au sujet des droits des travailleurs varie fortement selon leur sensibilité politique et leur idéologie.[96]

Quant à la Tierce partie dans un différend, elle devra, au-delà d'«un État Partie ayant un intérêt substantiel dans un différend»,[97] être étendue aux principales organisations syndicales ayant un intérêt à faire respecter les dispositions du protocole sur les normes du travail, lorsque ce sont ces dernières qui font l'objet du différend. Ainsi, ces organisations syndicales pourront aussi participer aux procédures des consultations et dans une affaire portée devant l'ORD en vue de se faire entendre et de présenter des communications écrites. Pour participer aux consultations, le protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends dispose que la tierce partie doit avoir un

94 Art 1(f) du protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends.

95 Art 4(5) du protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends.

96 Zini (n 80) 163.

97 Art 1(g) du protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends.

«intérêt commercial substantiel».[98] Cet intérêt devra être étendu aux fins de comporter également un «intérêt social substantiel». Ce dernier implique, en effet, toute violation des normes fondamentales du travail. De même, lors de l'examen de l'affaire, en vue d'être suffisamment éclairé, le nouveau cadre juridique à mettre en place devra mentionner *expressis verbis* que le Groupe spécial a le droit de demander aux organisations syndicales des renseignements nécessaires lorsque le différend porte sur la violation des dispositions du protocole relatif aux normes du travail.

Ces quelques propositions de réforme permettront ainsi de faire participer les organisations syndicales dans le processus de règlement des différends portant sur le protocole relatif aux normes du travail. Cette participation s'avère nécessaire, car, au-delà de l'intérêt ci-haut mentionné, ces organisations ont une prise sur les réalités des conditions de travail et constituent les véritables représentants[99] et défenseurs des travailleurs et de leurs droits. Elles permettent aussi de mettre à jour des pratiques néfastes de certaines entreprises en matière sociale et, partant, de contribuer à les faire disparaître.

Enfin, il est important de noter que l'implication des organisations syndicales peut utilement s'appuyer sur les acquis et pratiques de certaines CER, qui font intervenir les acteurs non étatiques dans le règlement des différends. A titre exemplatif, le West Africa Network for Peacebuilding (WANEP) a joué un rôle important dans le système de surveillance sur le terrain dans le cadre du réseau d'alerte rapide et de réponse de la CEDEAO. Cette collaboration entre le WANEP et la CEDEAO est un exemple de pratique optimale pour nouer des alliances avec la société civile. Elle est examinée par d'autres sous-régions africaines qui en sont au stade préliminaire de la mise en place de tels systèmes, comme la Communauté économique des États de l'Afrique centrale.[100]

3.2.4 La protection des normes fondamentales du travail via le régime juridique applicables aux mesures visant le respect des recommandations et décisions de l'ORD

Le protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends dispose que les recommandations ou les décisions sont prises à l'égard d'un État dont l'une ou nombre de ses mesures ont été jugées incompatibles avec l'Accord.[101] Lorsque ces recommandations et décisions ne sont pas mises en œuvre[102] dans un délai raisonnable,

98 Art 7(10) du protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends.

99 Daniel (n 23) 7.

100 T Ekiyor *Le rôle de la société civile dans la prévention des conflits: les expériences ouest-africaines* (2008) 31-32.

101 Art 23 et 24 du protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends.

102 Ce concept de mise en œuvre implique le retrait ou la modification de la mesure incompatible avec les règles violées. Décision de l'arbitre États-Unis-Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (article 21(3)(c)), para 49.

l'article 25(1) de ce protocole dispose qu'il peut, bien que non-préférable, être fait recours à la compensation et la suspension de concessions ou d'autres obligations. Il ne s'agit donc pas de deux mesures à appliquer au même moment. En effet, c'est

> si aucune compensation satisfaisante[103] n'est convenue[que] la partie plaignante peut demander à l'ORD l'autorisation de suspendre les bénéfices en faveur de l'État partie concerné des concessions ou autres obligations relevant de l'Accord.[104]

Comme dans le cas de la compensation, la suspension de concessions ou d'autres obligations est une mesure corrective temporaire qui ne se substitue pas, mais incite plutôt à la mise en conformité.[105] Par conséquent, ces contre-mesures qui ne sont pas des mesures correctives punitives[106] doivent être levées une fois que l'État défendeur s'est pleinement conformé aux recommandations et décisions de l'ORD.[107]

Ces solutions peuvent utilement être retenues, en premier chef, lorsque les recommandations ou décisions du Groupe spécial ou de l'OA sont prises à l'issue d'un différend mettant en cause les dispositions du protocole sur les normes du travail. Il convient toutefois de préciser que la suspension de concessions ou d'autres obligations n'implique pas la suppression ou la réduction des normes fondamentales du travail par un ou plusieurs États qui ont été lésés. Cette suspension implique la suppression ou la réduction des avantages que l'État qui ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions bénéficient au titre de l'Accord et de ses protocoles, excepté le protocole sur les normes du travail qui, une fois adopté, ne devra pas autoriser de réciprocité. En effet, ce protocole, en tant qu'instrument des droits de l'homme, ne pourra pas constituer « un réseau d'échanges d'obligations interétatiques» en ce qu'il vise à reconnaître des droits aux individus.[108] Bien plus, à l'instar du droit de l'Union européenne, le droit de la ZLECAf conviendrait à offrir des préférences tarifaires supplémentaires aux pays qui mettent effectivement en œuvre les normes fondamentales du travail.[109] Ces préférences devront être définies avec la participation notamment du Conseil des ministres, du comité sur les normes du travail et des principales organisations syndicales. Enfin, des sanctions financières pourront également être

103 Il s'agit, en effet, de la même mesure prévue dans le droit de l'OMC. *Inde-Brevets (États-Unis),* Rapport de l'Organe d'appel, para 41.

104 Art 25(4) du protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends.

105 Voir les décisions des arbitres CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), para 76.

106 Voir les décisions des arbitres CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), para 6.3.

107 États-Unis-Maintien de la suspension / Canada – Maintien de la suspension, Rapports de l'Organe d'appel para 355.

108 Voir l'observation générale n° 24 du 4 novembre 1994 du Comité des droits de l'homme sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, paragraphe 17.

109 D Chambovey 'Le système de commerce multilatéral et la question des normes du travail' (1996) 15 *Annuaire suisse de politique de développement* 197.

imposées.[110] A l'instar notamment de l'ALE entre le Canada et le Pérou, les fonds issus de ces sanctions devront servir à alimenter «un fonds destiné à développer des activités de coopération en matière de travail».[111] Cette coopération est indéniable[112] en ce que la contribution des mesures restrictives du commerce à l'atteinte de l'objectif de protection des droits humains fondamentaux au travail peut s'avérer peu efficace. Ainsi, parmi les solutions de rechange moins restrictives au commerce, la coopération internationale peut aussi être préférée pour assurer le respect effectif et efficace des normes du travail.[113] Bien entendu, toutes mesures sont sans préjudice d'autres mesures ou sanctions prévues par le droit de chaque État à l'encontre des entreprises ou toute autre personne impliquée dans la violation des normes fondamentales du travail.

4 CONCLUSION

> Le droit a, schématiquement, deux fonctions à l'égard de l'économie. D'une part, il aide l'économie à accomplir son rôle de maximisation des richesses, en établissant les conditions minimales de possibilité des échanges de ressources ... et en corrigeant certaines imperfections du marché. D'autre part, le droit est chargé de redistribuer les richesses en fonction de choix politiques basés sur des conceptions de la justice sociale.[114]

C'est autour de ces deux fonctions complémentaires que se situent les analyses ci-haut développées. Dans le cadre de la ZLECAf, cette contribution a cherché à démontrer qu'il ne doit pas y avoir de cloison étanche entre le régionalisme économique et le régionalisme social. Cela sous-tend, en effet, que tout en réglementant le commerce, le droit de la ZLECAf devrait également réglementer la protection des normes fondamentales du travail au sein de ce régionalisme commercial. Il s'agit donc de ne pas considérer le travail comme un «ajout», un «supplément» au commerce, mais plutôt comme un élément indispensable dans la façon de concevoir le social dans l'économique.[115]

Pour y arriver, les organisations syndicales africaines ont un rôle majeur à jouer.[116] Ces dernières, via le dialogue social,[117] sont appelées à s'investir dans la promotion de ce régionalisme social dans le commerce régional africain. Leurs actions syndicales gagneraient en termes d'impact à être soutenues par les organisations syndicales internationales. En effet, face à un monde en constante mutation, à des crises et défis globaux, la solidarité entre travailleurs doit dépasser les

110 Ghatii (n 92) 37.

111 Zini (n 80) 165.

112 R Andreychuk et P Downe *Les accords de libre-échange: un levier de prospérité économique, Rapport du comité sénatorial permanent des affaires étrangères et du commerce international* (2017) 39.

113 Villanueva (n 31) 622.

114 H Culot 'Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce' (2013) 73 *Annales de Droit de Louvain* 41.

115 Blackett (n 1) 681.

116 Daniel (n 23) 6-27.

117 Labour Research and Policy Institute, Trades Union Congress (Ghana) (n 10) 26.

frontières pour plus de justice sociale partout dans le monde.[118] Les organes de la ZLECAf, notamment le Conseil des Ministres, devraient également privilégier la consultation des organisations syndicales dans l'élaboration, l'adoption et l'implémentation de décisions prises en vertu de l'Accord et qui ont une incidence sur les normes du travail. Concrètement, ils sont appelés à solliciter

> de façon appropriée les vues, les conseils et le concours des organisations d'employeurs et de travailleurs dans des domaines tels que: (i) la préparation et la mise en œuvre de la législation touchant leurs intérêts.[119]

Cette consultation est essentielle pour promouvoir le développement économique qui n'affecte pas négativement les conditions de travail et qui élève les niveaux de vie de chacun.[120]

Toutes ces mesures devront permettre de créer l'espace nécessaire pour remettre en cause le cadre actuel de l'économique, qui a pour effet de reléguer le social.[121]

118 A Smyth 'Travail décent en RD Congo: quels rôles pour les syndicats et la coopération internationale?' (2021) 15-16 *Dynamiques. Histoire sociale en revue: Travail et conditions de travail en RD Congo hier et aujourd'hui* 1.

119 Point 5(b) Recommandation OIT 113 sur la consultation aux échelons industriel et national, 1960.

120 Point 4 Recommandation OIT 113 sur la consultation aux échelons industriel et national, 1960.

121 Blackett (n 1) 680.

Zone de libre-échange continentale africaine et développement durable en Afrique

*François Bokona**
https://orcid.org/0000-0001-6232-7541

RÉSUMÉ: La Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) est une grande opportunité pour l'Afrique. Toutefois, reconnaissant les interactions tant négatives que positives existant entre commerce et environnement, la ZLECAf devrait se réaliser dans le respect des normes et sciences environnementales par l'intégration des clauses de protection de l'environnement, l'institution des mécanismes institutionnels mais aussi le recours à certaines approches organisationnelles pour en assurer une mise en œuvre effective et compatible avec le développement durable. Les pistes d'amélioration face aux faiblesses de son verdissement sont calquées sur les modèles des accords de libre-échange dits de «nouvelle génération» comme l'Accord entre le Canada, les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique, l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste, l'Accord économique et commercial global avec le Canada et dans quelques mesures les règles édictées dans le cadre de l'Organisation mondiale de commerce ou aux accords qui l'ont précédés. Les mesures préconisées dans cette contribution devraient aboutir nécessairement à la révision de l'Accord créant la ZLECAf ou l'adoption d'un protocole spécifique sur les questions environnementales en vue de l'avènement d'un «libre-échange vert» sur le continent.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The African Continental Free Trade Area and sustainable development in Africa

ABSTRACT: The African Continental Free Trade Area (AfCFTA) is a great opportunity for Africa. However, in recognition of the positive and negative interactions between trade and the environment, the AfCFTA should be implemented in compliance with environmental standards and sciences, by incorporating environmental protection clauses, setting up institutional mechanisms and adopting certain organisational approaches to ensure effective implementation that is compatible with sustainable development. The avenues for improvement to address the weaknesses of its greening are modelled on the so-called 'new generation' of free trade agreements, such as the Agreement between Canada, the United States of America and Mexico, the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership Agreement, the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada, and to some extent the

* Docteur en droit (PhD) de l'Université de Kinshasa (RD Congo), Professeur de droit des organisations internationales (Université de Kinshasa) et de droit communautaire économique africain (Université pédagogique nationale), Professeur de droit africain des eaux partagées à l'École régionale de l'eau (Kinshasa), Chercheur sénior au Centre de Recherches en sciences humaines (Kinshasa), Secrétaire général de la Société congolaise de droit international (Kinshasa), Secrétaire général adjoint à l'Académie africaine de théorie de droit (Paris), Membre de l'Institut Euro-africain de droit économique (Bruxelles), Co-fondateur et Directeur général de la Revue générale sur le Bassin du Congo (Kinshasa).

F Bokona 'Zone de libre-échange continentale africaine et développement durable en Afrique' (2023) 7 *Annuaire africain des droits de l'homme* 260-283
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a12

rules laid down in the World Trade Organisation or its predecessor agreements. The measures advocated in this contribution should necessarily lead to the revision of the Agreement creating the AfCFTA or the adoption of a specific protocol on environmental issues with a view to the advent of 'green free trade' on the continent.

MOTS-CLÉS: Zone de libre-échange, développement durable, protection de l'environnement, verdissement, judiciarisation, démocratisation

SOMMAIRE:

1 Introduction 261
2 Les accords de libre-échange et le processus d'écologisation du commerce international 265
2.1 Les éléments de détermination d'un accord de libre-échange écologique 265
2.2 Le déficit de verdissement du système conventionnel de la ZLECAf 266
3 Pour la redéfinition d'un cadre normatif «eco-protecteur» de la ZLECAf 268
3.1 Elargir le champ matériel des clauses environnementales directes 268
3.2 Affirmer les clauses étatiques de maintien du niveau de protection de l'environnement 269
3.3 Intégrer dans les accords de commerce la clause de renvoi aux conventions sur l'environnement 270
3.4 Instituer et appliquer le principe de précaution dans le libre-échange 273
4 Pour un reconditionnement 'éco-' efficient du dispositif institutionnel de la ZLECAf 274
4.1 Instituer un organe spécialisé de mise en œuvre des clauses environnementales 274
4.2 Démocratiser les mécanismes de mise en œuvre des clauses environnementales 276
4.3 Encourager les recours judiciaires contre toute forme de commerce «éco-défaillant» 276
4.4 Assouplir les mécanismes de règlement pacifique des différends 277
5 Autres vecteurs du verdissement de la ZLECAf 278
5.1 Promouvoir et faciliter le commerce des biens et services environnementaux 279
5.2 Imposer une (re)industrialisation «éco-compatible» dans l'espace ZLECAf 280
5.3 Favoriser la création des partenariats public-privé verts 281
6 Conclusion 282

1 INTRODUCTION

A l'heure de la globalisation des économies où la compétitivité passe pour la divinité pour les entités économiques internationales, les 54 pays africains pris individuellement sont petits et faibles, et donc vulnérables pour générer leur développement et assurer le bien-être de leurs peuples respectifs. Ils sont donc tenus de s'unir[1] notamment dans le cadre d'un marché unique des marchandises et des services. Conscients de cette urgence, les Etats africains ont, par l'Accord adopté le 21 mars 2018 et entré en vigueur le 30 mai 2019, mis en place la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf)[2] avec pour conséquence principale la réduction ou l'élimination progressive des barrières tarifaires ainsi que l'élimination des barrières non tarifaires

1 Lire utilement K Nkrumah *L'Afrique doit s'unir* (2009); KW Kamanda *Le défi africain, une puissance économique qui s'ignore* (1976); A Wade *Un destin pour l'Afrique* (1989); AN Luaba 'Quel modèle d'intégration pour l'Afrique?' (1981) 158 *Zaïre-Afrique* 471-472.

2 Opposé au protectionnisme, le libre-échange s'entend d'un système dans lequel les échanges commerciaux sont libres de toute entrave douanière ou d'autres réglementations commerciales restrictives. Voir J Salmon (dir) *Dictionnaire de droit international public* (2001) 662.

au commerce et à l'investissement.[3] En effet, la ZLECAf constitue un marché de «près de deux milliards»[4] de consommateurs potentiels pour un Produit intérieur brut (PIB) cumulé de près de «2 500 dollars américains».[5] Territorialement, elle représente le plus grand espace de libre-échange au monde. Dans ce sens, elle représente une aubaine pour amener l'Afrique vers son développement, qui devrait, pour être durable, observer une équité intergénérationnelle, sinon transgénérationnelle, par la nécessité, pour chaque génération, de satisfaire des besoins sans compromettre le droit pour les générations futures à satisfaire les leurs.[6] En effet, pris dans son pilier environnemental dans le cadre de cette étude, ce mode de développement représente un enjeu pour les marchés commerciaux libéralisés et vice versa. Dès lors, la libéralisation du commerce et la réponse aux défis environnementaux entretiennent des rapports interactifs, du point de vue de leurs effets tant factuels que juridiques.

Du point de vue factuel, c'est essentiellement le libre-échange qui impacte de manière positive ou négative sur l'environnement. Parmi les quelques effets positifs, le libéralisme peut, par exemple, permettre la commercialisation de biens et services environnementaux comme des produits de traitement de l'eau et des effluents, la diffusion de services écologiques à l'image des techniques de gestion de déchets et le contrôle de la qualité de l'air, autrement dénommées les technologies «vertes».[7] Au rang des effets négatifs,[8] l'on peut évoquer entre autres le fait que la libéralisation du commerce favorise les mouvements transfrontières des déchets dangereux, polluants ou toxiques. En effet, la prolifération de ces déchets dans ce contexte serait pour l'Afrique «l'arme fatale»[9] qui compromettrait toute amorce et tout processus de «durabilisation de son développement».[10] De plus, elle participe à l'épuisement des ressources naturelles ou des espèces protégées nécessaires à l'équilibre environnemental, de même qu'elle a une part importante dans le

3 Voir en particulier l'article 4(a) de l'Accord portant création de la ZLECAf (2018).

4 P Jacquemot *Les dix enjeux de la zone de libre-échange africaine* (2019) 2.

5 *Ibid.*

6 Voir CMED *Notre avenir à tous* (1988) 51. L'idée a été reprise au point 3 de la Déclaration de Rio de 1992. Point n'est besoin de rappeler que le développement durable se fonde sur trois piliers essentiels et qui devraient toujours restés en équilibre, à savoir le progrès économique, le bien-être social et la protection de l'environnement. Il s'agit d'un principe cardinal de notre temps doté d'une puissance d'attraction du futur vers le présent et de projection du présent vers le futur.

7 Voir A Couvreur *Le potentiel synergique de l'intégration économique et de la protection environnementale* (2016) 22; AY Gadji *Libéralisation du commerce international et protection de l'environnement* (2007) 39-40.

8 Voir PNUE *Guide de l'environnement et du commerce* (2001) 39-46; LG Bastarrica 'La protection environnementale dans les accords régionaux de libre-échange: une étude comparée' (2021) *Duodecim Astra* 126-127; La Fabrique Ecologique *Commerce mondial et développement durable. Quelles nouvelles régulations au-delà des enjeux climatiques?* (2017) 12.

9 Voir F Bokona 'La règlementation des déchets dangereux en Afrique à l'aune du développement durable' (2022) 7 *Revue africaine de droit de l'environnement* 214.

10 Bokona (n 9).

dérèglement climatique à travers les techniques de production émettrices des gaz à effet de serre.[11]

Du point de vue juridique, deux types d'interactions, favorables d'un côté et/ou défavorables de l'autre, peuvent caractériser les rapports entre les accords de libre-échange et l'objectif de protection de l'environnement. Dans le premier cas, «on considère les accords de libre-échange dans la mesure où ils permettent la mise en place des relations commerciales respectueuses de l'environnement».[12] Dès lors, de tels accords se conforment aux exigences environnementales édictées tant en droit international qu'en droit interne des Etats et qui, de ce fait, portent indirectement des restrictions aux principes qui gouvernent le libre-échange.[13] Ceci peut se manifester notamment à travers l'interdiction de certains commerces et leur soumission aux régimes d'autorisation ou de déclaration par le droit de l'environnement. Dans le deuxième cas, on voit dans ces accords «le risque d'une course vers le bas entraînant les Etats signataires vers une libéralisation sans limite, les poussant à supprimer tout type d'entraves, y compris celles qui découlent de l'adoption de la réglementation environnementale».[14] Ce phénomène de dérégulation ou de déréglementation dans le secteur de l'environnement peut être formel ou diffus par la non application des normes pourtant affirmées dans les textes.

Au regard de ces interactions, «insérer des clauses environnementales dans les accords commerciaux est une des façons de mettre la politique commerciale au service du développement durable».[15] C'est pourquoi, de nos jours, la plupart des accords commerciaux de libre-échange, aux niveaux mondial, régional ou transrégional, se sont inscrits dans le processus de «verdissement»[16] en contenant des règles sur la protection de l'environnement[17] qui

11 Selon l'OMC les GES émis par la production et le transport des biens et services échangés représentent en moyenne 20 à 30 % des émissions mondiales de GES. Voir A Mold *ZLECAF: l'argument environnemental en faveur de la zone de libre-échange continentale* (octobre 2022) disponible sur https://www.un.org/africarenewal/fr/magazine/octobre-2022/ZLECAf-largument-environnemental-en-faveur-de-la-zone-de-libre-%C3%A9change (consulté le 10 novembre 2023).

12 A Pirlot 'La dimension environnementale des accords de libre-échange: une perspective européenne' (2020) 2 *Revue internationale de droit économique*, https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2020-2-page 183.htm (consulté le 11 novembre 2023).

13 Voir Gadji (n 7) 42-48; PNUE (n 8) 47-74

14 Pirlot (n 12).

15 C Bellora et M Thie 'Quelles clauses environnementales dans les accords commerciaux?' (2022) *La Lettre du CEPII* 1.

16 Entendu dans cette étude comme l'action de rendre plus respectueux des principes environnementaux. Il sera également pris comme synonyme d'écologisation.

17 En effet, on identifie '268 accords de libre-échange en vigueur depuis 1990 et conclus jusqu'en 2010. Sur cet ensemble, 175 comportent, sous une forme ou sous une autre, des clauses environnementales, soit 65,3% du total'. Voir ATariq Rana et P Saucier 'Les clauses environnementales dans les accords de libre-échange entre pays développés et pays émergents – Analyse des déterminants' (2013) *Mondes en Développement* 55. Il est aussi rapporté que 'depuis 2013 plus aucun

participent à la régulation des aspects préjudiciables[18] et à la promotion des aspects profitables de ces rapports. La présente étude aura donc pour intérêt de faire état du processus de verdissement ou d'écologisation de la ZLECAf eu égard aux impératifs des accords de libre-échange qualifiés de «nouvelle génération»[19] dont elle devrait s'inspirer pour qualifier ses cadres normatif, institutionnel ainsi que certaines approches organisationnelles. Il s'agira des systèmes de l'Accord entre le Canada, les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique (USMCA),[20] de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (CPTPP)[21] ainsi que de l'Accord économique et commercial global avec le Canada (AECG ou CETA).[22] Référence sera également faite au système de l'Organisation mondiale de commerce ou aux accords qui l'ont précédés (OMC/GATT).

Ainsi, s'inscrivant dans une triple démarche criticiste,[23] comparatiste[24] et dialectique,[25] les développements subséquents s'ordonnent autour de quatre grandes articulations. La première tente de donner un aperçu général sur le processus de verdissement de la ZLECAf sur base de quelques facteurs déterminants. S'intéressant aux

accord de libre-échange [n'est] dépourvu [des clauses environnementales]. [E]n 2019 on en comptait en moyenne 111 par accord [de libre-échange]'. Voir Bellora et Thie (n 15) 1.

18 Il faut signaler que la notion sur ces interdépendances s'est développée depuis plusieurs années déjà parallèlement aux efforts internationaux visant l'expansion du libre-échange. Lire dans ce sens V Lichtinger *Commerce international et environnement. Un équilibre difficile pourtant incontournable* on line https://www.copa.qc.ca/fra/assemblee/1997/Forces/article.html (consulté le 29 novembre 2023).

19 Les accords de libre-échange de 'nouvelle génération' sont entendus comme un outil de promotion d'un modèle commercial fondé sur les valeurs comme la sauvegarde des droits de l'homme et la protection de l'environnement. (Voir dans ce sens F Martinez *Verdir la politique commerciale commune: l'effectivité juridique des clauses environnementales dans les accords de libre-échange 'nouvelle génération'* (2020) 9; Commissariat général au développement durable *Commerce international et environnement. Vers des accords de 3e génération?* (2018) 5).

20 Cet accord a remplacé l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) en vertu d'un protocole adopté par les Etats-Unis d'Amérique, le Canada et le Mexique le 30 novembre 2018. L'USMCA a quant à lui été adoptée le 1 octobre 2020. Il est entré en vigueur le 1er juillet 2020.

21 Signé le 8 mars 2018 par l'Australie, le Brunei, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, le Royaume-Uni, Singapour et le Viêt Nam, cet Accord est entré en vigueur le 30 décembre 2018.

22 Signé le 30 octobre 2016 entre l'Union européenne et ses 27 et le Canada, il est provisoirement appliqué depuis le 21 septembre 2017.

23 Le criticisme juridique est entendu ici comme l'approche caractérisée par le souci de dépasser le formalisme juridique au profit d'une mise en relation du phénomène juridique avec la réalité sociale, en particulier avec les contradictions qui le caractérisent. Voir O Corten *Méthodologie du droit international public* (2009) 57-59.

24 Approche propice à la présente étude, le droit comparé, permet de passer en revue les cadres juridiques et institutionnels posés au sein des autres systèmes de libre-échange.

25 A sens de cette méthode, l'on tentera d'élaborer des synthèses à partir des propositions contradictoires qu'il faudrait rapprocher et dépasser en vue d'apporter des réponses appropriées au problème posé. C Chaumont 'Méthode d'analyse du droit international' (1975) *Revue belge de Droit international* 35.

questions d'ordre normatif, institutionnel et organisationnel, la deuxième, la troisième et la quatrième parties proposent quelques pistes d'amélioration et d'ajustement du système de la ZLECAf.

2 LES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE ET LE PROCESSUS D'ÉCOLOGISATION DU COMMERCE INTERNATIONAL

L'objet principal du processus de verdissement des accords de libre-échange consiste à améliorer de façon univoque les performances climatiques et environnementales des pays signataires.[26] Dans ce sens, le commerce international peut jouer le rôle d'outil de la transition mondiale vers une économie verte.[27] Sur ce point, après avoir présenté comment se manifeste la prise en compte des préoccupations environnementales dans les accords de libre-échange dits de nouvelle génération (2.1), l'on relèvera que, malgré son adoption récente, la ZLECAf n'a répondu que faiblement à cette exigence (2.2).

2.1 Les éléments de détermination d'un accord de libre-échange écologique

L'écologisation du commerce international participe de la définition des accords de «nouvelle génération» entendus comme des outils de promotion du modèle libre-échangiste fondé sur des valeurs comme la sauvegarde des droits de l'homme, la protection de l'environnement ou encore le développement durable.[28] On peut ajouter à cela les préoccupations de lutte contre les changements climatiques.

Dès lors, pour garantir la durabilité du développement de l'espace de libre-échange, l'accord devrait contenir quelques atouts normatifs essentiels. Parmi ceux-ci, il y a entre autres «la présence des chapitres consacrés au commerce et au développement durable, [et] les clauses de non-dérogation au droit national [et international] de l'environnement».[29]

Il y a lieu de nuancer la compréhension du concept nouvelle génération qui paraît imprécis et ne prend pas en compte le caractère perpétuel de la notion même de génération dans la mesure où l'on ne sait jusqu'à quand l'une vient après l'autre. De ce fait, on peut considérer qu'une génération d'accord de libre-échange se rapporte à une préoccupation particulière ayant favorisé la revisitation des cadres normatifs y relatifs. Dès lors, on pourrait catégoriser quatre

26 Voir dans ce sens T Voituriez Y Laurans *Greening trade agreements: a roadmap to narrow the expectations gap* (2020) 1.

27 Voir J Purugganan 'Verdir le libre-échange pour mieux maintenir le statu quo' (2013) 20 *Alternatives Sud* 125.

28 Martinez (n 19) 9.

29 P Lamy G Pons et P Leturcq *Verdir la politique commerciale de l'UE – 4 Comment 'verdir' les accords commerciaux* (2020) 12.

générations d'accords de libre-échange selon que la première, dite aussi traditionnelle, se rapporterait aux accords dont les dispositions portent uniquement sur les aspects commerciaux, alors que la deuxième ajoute à cela les questions liées aux droits de l'homme. La troisième quant à elle représenterait les accords qui prennent également en compte les questions environnementales et la quatrième pour sa part inclurait aussi les questions liées au climat.

Toutefois, plusieurs accords de libre-échange semblent s'arrêter à la troisième génération. Ce qui peut laisser penser que «l'âge d'or» du libre-échangisme n'est peut-être pas pour demain. En effet, ces accords souffrent encore d'une absence des clauses climatiques ou encore d'un manque de rigueur en termes des mesures de lutte contre le dérèglement climatique.[30] S'agissant des questions liées aux rapports entre commerce et développement durable d'une part, et d'autre part commerce et environnement, elles sont par exemple prévues respectivement et spécifiquement aux articles 22 et 23 du CETA. Dans ce dernier chapitre, la règle de la non-dérogation y est affirmée en ce que «chaque Partie cherche à faire en sorte que cette législation et ces politiques assurent et encouragent des niveaux élevés de protection de l'environnement et elle s'efforce d'améliorer continuellement cette législation et ces politiques de même que les niveaux de protection sur lesquels elles reposent».[31] Il en est de même dans les systèmes USMCA[32] et CPTPP.[33]

De plus, l'on devrait par ailleurs se rassurer que les chapitres ou dispositions consacrés aux questions environnementales ou de développement durable ne soient pas des simples déclarations de *soft law* qui souffriraient d'ineffectivité dans la mise en œuvre. Il devrait s'agir des dispositions contraignantes dont la violation impliquerait des sanctions. En dépit de cela, il faudrait saluer cette avancée considérable dans la voie qui mène vers un verdissement complet du fait que les clauses environnementales sont explicitement consacrées dans les accords précités. La ZLECAf qui devait s'inspirer de ces modèles quelque peu encourageants, du moins sur la forme, accuse encore des insuffisances notoires quant à ce.

2.2 Le déficit de verdissement du système conventionnel de la ZLECAf

Les préoccupations en rapport avec le développement durable en général et la protection de l'environnement en particulier, sont abordées dans l'Accord de la ZLECAf de façon assez éparse et timide

30 Voir dans ce sens, particulièrement pour le CETA, S Grosbon 'Le chapitre commerce et environnement de l'Accord Économique et Commercial Global (AECG/CETA) face à l'urgence climatique' (2017) 63 *Annuaire français de droit international* 577-600.

31 Article 23.3 du CETA.

32 Voir l'ensemble de son chapitre 24.

33 Voir les dispositions de son chapitre 20.

tant dans les préambules que dans les dispositions qui s'y rapportent.[34] En effet, l'idée de protection de l'environnement et de l'exigence du développement durable n'est reprise qu'une seule fois dans l'Accord de base. La protection de l'environnement n'est évoquée que pour réaffirmer «le droit des États parties de réglementer sur leur territoire les flexibilités dont ils disposent pour poursuivre des objectifs légitimes de politique publique, y compris dans les domaines de de l'environnement».[35] Cette incise qui n'est reprise que dans le préambule pourrait être considérée comme un simple souhait ou vœu et non comme une disposition obligatoire. Le développement durable n'apparaît quant à lui qu'en tant qu'un des objectifs de la ZLECAf qui vise à «promouvoir et réaliser le développement socio-économique inclusif et durable ... des États parties».[36] Il est clair que de telles dispositions ne peuvent suffire pour que la ZLECAf soit considérée comme faisant partie des accords de libre-échange de nouvelle génération.

Si l'on se réfère par ailleurs au «bloc normatif»[37] de la ZLECAf, on est déçu de constater l'inexistence d'un dispositif suffisamment, explicitement et/ou directement consacré à la protection de l'environnement. En effet, de tous les protocoles, seul celui sur le commerce des services fait du développement durable l'un des objectifs dont il doit assurer la promotion.[38] Il en est de même de la clause de protection de l'environnement évoquée sans garantie d'application ni sanction de l'inapplication dans le même Protocole.[39]

Dès lors, l'on se demande pourquoi d'autres protocoles ne poursuivent pas le même objectif. C'est comme si, pour les Etats de l'Union africaine, les autres formes de commerce, en particulier celui des marchandises, n'est pas susceptible de compromettre la durabilité du développement au sein des Etats. Ceci dénote une incohérence, ou mieux une imprudence dans la rédaction des instruments internationaux. Parmi les annexes, celle qui porte sur les mesures sanitaires et phytosanitaires se rapportant au Protocole sur le commerce des marchandises pourrait être considérée comme celle qui fournit de manière indirecte quelques clauses environnementales. Malheureusement, elle ne serait encore qu'à l'étape de projet. Tout ceci commande que des mesures nécessaires soient prises pour espérer un verdissement normatif à l'avenir.

34 Voir dans le même sens Voir F L Moussavou 'Protection de l'environnement dans l'Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine' (2020) 5 *Revue africaine de droit de l'environnement* 226-227.

35 Voir le paragraphe 8 du préambule de l'Accord.

36 Voir l'article 3 point e de l'Accord.

37 On entend par là, outre l'Accord de base, les Protocoles sur le commerce des marchandises, le commerce des services, les investissements, les droits de propriété intellectuelle, la politique de concurrence et les règles et procédures relatives au règlement des différends ainsi que les Annexes et Appendices y relatifs qui, en vertu de l'article 8 de l'Accord, font partie intégrante de ce dernier et forment un engagement unique.

38 Article 3(2) du Protocole sur le commerce des services.

39 Voir le paragraphe 6 du Préambule du Protocole sur le commerce des services.

3 POUR LA REDÉFINITION D'UN CADRE NORMATIF «ECO-PROTECTEUR» DE LA ZLECAF

Afin de parvenir à l'objectif du développement durable à travers la protection de l'environnement, la réforme de la ZLECAf devrait aboutir à la prise en compte des mesures suivantes: l'élargissement du champ d'intervention des clauses environnementales (3.1), l'affirmation des clauses de maintien des niveaux de protection de l'environnement au titre du droit interne (3.2) et du droit international (3.3) ayant une influence sur le fonctionnement du marché unique et enfin le besoin pressent de prévenir les risques environnementaux par le principe de précaution (3.4).

3.1 Elargir le champ matériel des clauses environnementales directes

Le verdissement normatif des accords de libre-échange favorise une attention particulière aux domaines de l'environnement susceptibles d'être affectés par les activités commerciales. Il peut s'agir du climat, de la forêt, des ressources naturelles, etc. C'est ainsi qu'en dehors de tout renvoi aux instruments juridiques de protection de l'environnement, les accords de libre-échange ont, de nos jours, tendance à réglementer directement ces différents domaines.

Inspiré par l'article XX du GATT sur les exceptions générales, le champ matériel de protection de l'environnement dans le cadre de la ZLECAf se rapporte essentiellement à «la protection de la vie ou de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux»[40] ainsi qu'à «la conservation des ressources naturelles épuisables».[41] En comparaison avec les trois accords de la troisième génération étudiés, ce cadre matériel s'avère dépassé, imprécis et limité. C'est pourquoi, à la faveur d'une réforme sérieuse de la ZLECAf, l'on devrait parvenir à une réglementation directe des domaines plus étendus de l'environnement. Pour ce faire, l'on devrait s'inspirer de l'USMCA,[42] du CPTPP[43] et du CETA[44] en posant les clauses environnementales relatives notamment à la protection et la lutte contre le commerce illicite des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, à la protection de l'environnement marin contre les pollutions

40 Voir l'article 26(b) du Protocole sur le commerce des marchandises; article 15 point b du Protocole sur le commerce des services. Lire aussi utilement le projet d'annexe 7 sur les mesures sanitaires et phytosanitaires se rapportant au Protocole sur le commerce des marchandises.

41 Voir article 26(g) du Protocole sur le commerce des marchandises.

42 Voir les articles 24.9 et suivants.

43 Voir les articles 20.5 et suivants.

44 Voir les articles 24.10, 24.11 et 24.12.

par les navires, par les déchets marins et sur l'atmosphère ainsi qu'aux autres aspects plus pertinents de protection de l'environnement.

De plus, l'on devrait interdire le transport des espèces exotiques envahissantes par des voies commerciales et faire la promotion de la gestion et commerce durables des pêches et des ressources forestières et hydrographiques. L'on ne devrait pas oublier l'indication des mesures d'atténuation et d'adaptation aux changements climatiques face au commerce climaticide. En l'absence de telles clauses directes dans l'Accord, l'on devrait miser sur des clauses de maintien des niveaux de protection de l'environnement qu'il faille affirmer.

3.2 Affirmer les clauses étatiques de maintien du niveau de protection de l'environnement

La plupart des accords de libre-échange de notre temps prévoient des clauses de maintien des niveaux de protection autrement appelées «clauses de *status quo*».[45] Elles consistent à éviter que les parties au traité «ne stimulent le commerce ou l'investissement par l'affaiblissement ou la réduction des niveaux de protection prévus par leur droit de l'environnement».[46] De cette manière, on peut prévenir toute forme de «conflits normatifs» entre les règles de libéralisation du commerce au niveau continental et celles de protection de l'environnement au niveau national.[47]

Fort malheureusement, il faut constater que le «bloc normatif» de la ZLECAf ne pose pas cette exigence de manière claire et ouvre même la brèche à des règlementations environnementales commercialement opportunistes. En effet, dans un contexte concurrentiel propre au libre-échange, en réaffirmant «le droit des États parties de réglementer sur leur territoire les flexibilités dont ils disposent pour poursuivre des objectifs légitimes de politique publique, y compris dans les domaines de la santé publique et de l'environnement»,[48] la ZLECAf cour le risque de favoriser «chaque État qui voudra faciliter l'implantation des industries sur son territoire [d'abaisser] son niveau de réglementation environnementale».[49] Le risque serait donc d'infléchir les règles protectrices de l'environnement pour privilégier une politique publique devant rendre l'Etat plus compétitif au libre-échange.

45 E Castellarin 'L'articulation entre le commerce et l'environnement dans les accords de libre-échange de l'Union européenne' in J Auvret-Finck (dir) *La dimension environnementale de l'action extérieure de l'Union européenne?* (2018) 110.

46 Castellarin (n 45) 110.

47 Il en est ainsi notamment des lois sur la protection de l'environnement, les ressources en eau ou forestières, mines, hydrocarbures, agricultures, industrie, transport, électricité, pêche, élevage, la conservation de la nature, le climat, etc.

48 Paragraphe 9 de l'Accord de la ZLECAf. Ces dispositions sont reprises en des termes quasis similaires dans le Protocole sur le commerce des services (paragraphe 6).

49 Voir Moussavou (n 34) 227.

L'institution de ladite clause devrait prévenir ce risque de sacrifier les exigences environnementales par les Etats. C'est ainsi que dans la perspective de réforme de son cadre normatif, la ZLECAf devrait suivre l'exemple de l'USMCA,[50] du CETA[51] et du CPTPP[52] en érigeant en principe le fait qu'il est inapproprié de réduire la protection que confèrent les lois environnementales de chaque Etat africain dans le simple but d'encourager le commerce ou l'investissement. Dans ce sens, chaque Etat devrait, à défaut de hausser ses niveaux de protection de l'environnement au moment de l'entrée dans la ZLECAf, les maintenir. Il faudrait aussi éviter que les normes environnementales plus strictes empêchent, de manière totale ou quasi telle, l'exercice libre du commerce. D'où, l'importance d'un équilibre normatif.

Mais, cet équilibre vertical devrait être parfait par un équilibre horizontal à observer entre les législations des Etats parties au libre-échange. Ce qui exige un effort d'harmonisation,[53] d'unification[54] ou d'uniformisation,[55] selon le cas, des textes législatifs ou réglementaires de ces Etats et éviter ainsi un désordre des ordres normatifs.[56] Cet effort devrait se poursuivre quant aux niveaux de protection posés en droit international.

3.3 Intégrer dans les accords de commerce la clause de renvoi aux conventions sur l'environnement

L'idée de concilier les accords portant sur la protection de l'environnement qui dégagent des normes commerciales spéciales[57] et ceux de libre-échange «s'expliqu[e] par le fait que les deux logiques

50 Voir les articles 24.3 et 24.4.

51 Voir l'article 24.5.

52 Voir l'article 20.3.

53 Elle vise la réalisation, dans le respect de la pluralité des droits étatiques, d'une équivalence des situations juridiques (équivalence des droits et des obligations, des facultés et des contraintes), résultant de leur application. Voir A Jeammaud, 'Unification, uniformisation, harmonisation: de quoi s'agit-il?' in F Osman (dir) *Vers un code européen de la consommation* (1998) 43-44.

54 Il s'agit entre autres d'une technique de remplacement des droits jusque-là distincts par un droit unique ou une réglementation identique en tous points pour tous les États membres tout en leur laissant le choix de la modalité de mise en œuvre des normes communes. Voir A Oprea 'L'intégration juridique européenne et les méthodes du droit international prive – quelques observations' (2010) 4 *Jurisprudentia* 2.

55 Elle suppose que les États impliqués dans une intégration se dotent d'un corps de normes uniformes et détaillées [contenues dans] un instrument unique. Voir IF Kamdem 'Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique' (2009) 43 *Revue juridique thémis* 619.

56 Voir dans ce sens F Bokona 'Désordre des ordres normatifs sur les eaux du bassin du Congo. Esquisse d'un mode d'intégration juridique' (2022) 101 *Revue de Droit africain* 3-31.

57 L'OMC en dénombre une vingtaine. (Voir M Grandbois 'Le droit de l'environnement et le commerce international: quelques enjeux déterminants' in *Les Cahiers de droit* (1999) 552; E Castellarin (n 45) 106.

entretiennent des rapports étroits».[58] Dès lors, ils devraient se soutenir ou s'étayer mutuellement en vue de parvenir à un développement durable.[59]

Compte tenu de «leur généralisation et de leurs recoupements, l'harmonisation de ces régimes est devenue nécessaire».[60] C'est pourquoi, de manière générale, les accords de libre-échange soucieux de la protection de l'environnement incluent des «clauses de renvoi à des accords internationaux environnementaux [contenant des] normes de coordination, et non des nouvelles obligations substantielles, [dès lors que] le contenu des obligations auxquelles elles se réfèrent a déjà été accepté par les parties dans d'autres accords».[61]

Alors que les Etats africains ont ratifié plusieurs traités et accords internationaux de portées universelle et régionale ayant une influence environnementale sur le commerce, la ZLECAf, contrairement à l'USMCA,[62] au CETA[63] et au CPTPP,[64] n'a pas prévu cette clause de renvoi explicite. C'est le cas au niveau universel de la Convention de 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction;[65] du Protocole de Montréal de 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone;[66] de la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination;[67] la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992), le Protocole de Kyoto la Convention-cadre des Nations Unies

58 Gadji (n 7) 347.

59 Voir dans ce sens Paragraphe 10 du préambule du Protocole de Cartagena de 2000 sur la prévention des risques biotechniques relatif à la convention sur la diversité biologique; F Combot-Madec N Hervé-Fournerau 'Commerce international et protection de l'environnement' (2002) 1 *Revue européenne de droit de l'environnement* 3.

60 Grandbois (n 57) 551.

61 Castellarin (n 45) 110.

62 L'article 24.8 de cet accord reconnaît le rôle important que peuvent jouer 'les accords multilatéraux sur l'environnement dans la protection de l'environnement et en tant que réponse de la communauté internationale aux problèmes environnementaux mondiaux ou régionaux'.

63 L'article 24.4 de cet accord porte les dispositions similaires.

64 Il en est de même de l'article 20.4 de cet accord.

65 Cette convention soumet le commerce de ces espèces à des régimes de déclaration, de contrôle, d'interdiction, d'autorisation, de permis et certificats conformément aux articles III; IV, V et VI. Tous les Etats africains l'ont ratifié.

66 L'article 4 de ce protocole interdit l'importation des produits contenant substances qui appauvrissent l'environnement en provenance des Etats non parties. L'article 4B quant à lui soumet l'importation de ces produits entre Etats parties au régime d'autorisation. Sont considérés, en vertu de l'Annexe D dudit protocole, comme produits contenant les substances qui appauvrissent la couche d'ozone les appareils de climatisation des voitures automobiles et des camions, les appareils de réfrigération et climatiseurs/pompes à vapeurs à usage domestique et commercial, les extincteurs portatifs, etc. Tous les Etats africains ont ratifié ce protocole.

67 Les articles 4 et 6 de cette Convention soumettent le commerce des déchets dangereux aux régimes d'interdiction et de contrôle selon le cas. Parmi les déchets dangereux soumis à ces régimes il y a ceux médicaux et pharmaceutiques, les produits contenant des biphényles polychlorés et bien d'autres (Annexe I à la Convention). Tous les Etats de la ZLECAf ont ratifié cette Convention.

sur les changements climatiques (1997) et l'Accord de Paris sur le climat (2015);[68] etc.

Au niveau régional africain, on cite la Convention de Bamako de 1991 sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique;[69] la Convention de Maputo de 2003 sur la conservation de la nature et des ressources naturelles[70] ainsi que différents traités des communautés économiques régionales.[71]

La mise en œuvre de l'ensemble de ces engagements dans le cadre de la ZLECAf devrait favoriser le développement durable, encore faut-il que l'Accord, suivant les modèles comparés, en fasse une obligation supranationale à l'égard de ses signataires en posant expressément ladite clause de renvoi pour que les deux régimes juridiques n'apparaissent pas comme très éloignés quant au fond. Toutefois, pour éviter toute forme d'obligation à géométrie variable, il est souhaitable que l'ensemble des États parties ratifient tous les différents instruments sur l'environnement.

A travers ces différentes clauses directes et de renvoi, la prise en considération des effets négatifs du commerce sur l'environnement sera bien assurée, de même qu'il faille favoriser la réduction des risques environnementaux liés au libre-échange à travers, non seulement l'institution du principe de précaution, mais aussi son application par chaque Etat.

68 Ces instruments de lutte contre les changements climatiques ont pour objectif principal de contenir la température moyenne de la planète à 1,5 C sans toutefois dépasser le 2° C comparativement aux niveaux préindustriels. Ceci est de nature à impacter la production des marchandises.

69 Les articles 4, 6 et 9 de cette Convention proscrivent et contrôlent, selon le cas, le trafic des déchets dangereux sur le continent africain. Sont dangereuses, les mêmes catégories de déchets prévus dans l'annexe I de la Convention de Bâle. La majorité d'États parties à la ZLECAf ont ratifié cette convention (Voir Ecolex, Convention sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, in https://www.ecolex.org/fr/details/bamako-convention-on-the-ban-of-the -import-africa-and-the-control (consulté le 10 juillet 2023).

70 L'article XI de cette Convention réglemente le commerce de spécimens et produits des espèces protégées. Il vise la réduction ou l'élimination du commerce illicite de faune et de flore, et de leurs spécimens ou produits. Malheureusement moins de 20 Etats parties à la ZLECAf ont ratifié cette convention.

71 Quelques dispositions relatives à la protection de l'environnement dans ces différents traités émettent des règles restrictives aux pratiques commerciales entre Etats membres. C'est le cas de l'article 112(1, e) du Traité de la Communauté des Etats d'Afrique de l'Est qui impose à ses membres d'intégrer la gestion environnementale et les mesures de conservation dans toutes les activités de développement telles que le commerce. L'article 113 du même Traité favorise la lutte contre le commerce illégal et les mouvements transfrontières des déchets chimiques, toxiques et dangereux. Dans le même sens, l'article 30 du Traité de la Communauté des Etats d'Afrique de l'Ouest postule pour l'interdiction et le contrôle des importations des déchets toxiques et nocifs.

3.4 Instituer et appliquer le principe de précaution dans le libre-échange

Le continent africain est au premier rang des parties du globe les plus touchées par les catastrophes environnementales dues notamment aux effets des changements climatiques au point qu'on dise qu'elle est plongée dans une «climato-vulnérabilité aigue».[72] Face à ces risques et aux «besoins contradictoires nés, d'une part, de la nécessité de protéger le [libre-échange] et partant [le] développement économique, et, d'autre part, la nécessité de réduire le risque d'effets négatifs sérieux et irréversibles sur l'environnement»,[73] l'institution et l'application du principe de précaution dans le cadre de la ZLECAf devient une option à privilégier. En effet, il est désormais admis qu'«en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement».[74] Depuis lors, plusieurs traités et accords internationaux l'ont affirmé, et parmi eux les accords commerciaux de libre-échange.

D'abord, au niveau universel, l'OMC prévoit que «dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles».[75] Ce principe a connu une pratique jurisprudentielle devant le Tribunal de l'Organisation.[76] Il en ressort quatre critères de validité pour tout recours à ce principe. Il s'agit de l'information scientifique insuffisante; la mesure prise doit être adoptée sur base d'informations pertinentes disponibles; l'Etat qui y recourt doit chercher à obtenir les informations supplémentaires nécessaires en vue d'une évaluation objective; enfin, il doit revoir la mesure dans une période de temps raisonnable.[77]

C'est aussi le cas au niveau régional avec le CETA qui, à travers ses Etats parties, reconnaît qu'en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne sert pas de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures

72 MA Mekouar 'L'Afrique à l'épreuve de l'accord de Paris: ambitions et défis' (2017) *Revue juridique de l'environnement* 60.

73 M Arbour 'Le principe de précaution dans le contexte du commerce international: une intégration difficile' (2002) 43 *Les Cahiers de droit* 6.

74 Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992).

75 Article 5(7) de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS).

76 Voir notamment les affaires *du bœuf aux hormones?* [WT/DS/48/R (18 août 1997)]; *Japon – Mesures visant les produits agricoles* [Voir WT/DS76/R (27 octobre 1998). La décision a été confirmée en appel en 1999 (WT /DS76/ AB/R)].

77 Voir dans ce sens G Canivet, L Lavrysen et D Guihal *Manuel judiciaire de droit de l'environnement* (2006) 55.

économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement».[78]

Il serait souhaitable que ces clauses environnementales soient intégrées dans le système conventionnel de la ZLECAf pour permettre aux Etats de prendre les mesures propices visant à protéger la population contre les effets néfastes de certains produits sur la santé et/ou sur l'environnement en général. Toutefois, l'on devrait veiller à ce que le recours à ce principe soit justifié par des conclusions acceptables et non pas celles fondées sur «des craintes ou des perceptions irrationnelles [qui laissent transparaître] une forme déguisée de protectionnisme».[79] C'est pourquoi, des garde-fous institutionnels devraient être pensés dans le but de garantir l'équilibre entre le développement économique du continent et la nécessité de sa durabilité.

4 POUR UN RECONDITIONNEMENT 'ÉCO-' EFFICIENT DU DISPOSITIF INSTITUTIONNEL DE LA ZLECAF

Une fois remanié au gré des exigences du développement durable, le nouveau dispositif juridique de la ZLECAf ne peut prétendre à l'effectivité que si, d'abord, il est institué un organe spécialisé pour assurer le contrôle de l'application au sein des États des règles pertinentes (4.1), puis, si le système est suffisamment démocratisé (4.2) et que si ce processus est judiciarisé (4.3), mais aussi si les mécanismes de règlement des différends sont bien souples (4.4).

4.1 Instituer un organe spécialisé de mise en œuvre des clauses environnementales

En incluant les dispositions qui garantissent le verdissement des activités commerciales, les accords de libre-échange ont tendance à mettre en place un cadre institutionnel ou un mécanisme de suivi[80] dont les missions essentielles concourent à la conciliation de la promotion du développement économique avec la satisfaction du développement durable. On peut observer avec regret que parmi les organes de gouvernance prévus tant dans l'Accord de la ZLECAf [81] que dans ses différents protocoles,[82] aucun d'eux n'a de compétence

78 Article 24.8(2).

79 Arbour (n 73) 24.

80 Pirlot (n 12).

81 L'article 9 de l'Accord a institué les organes suivants: le Conférence, le Conseil des ministres, le Comité des hauts fonctionnaires du commerce, le Secrétariat.

82 L'article 31 du Protocole sur le commerce des marchandises institue pour sa mise en œuvre un comité pour le commerce des marchandises. L'article 26 du Protocole sur le commerce des services crée pour sa part un comité pour le commerce des services.

expresse pour assurer le rapprochement dialectique des finalités, libre-échange et protection de l'environnement, par principe discordants. S'agissant particulièrement des mesures sanitaires et phytosanitaires, on peut relever le fait que la ZLECAf s'inspire de l'OMC en prévoyant la mise sur pied du Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires qui, en vertu de l'Accord SPS, a reçu mandat, entre autres, de faciliter des consultations et négociations entre les Etats parties.[83] Pour l'heure, cette ambition est encore à l'étape de projet dans le cadre de la ZLECAf.[84]

Toutefois, cela ne devrait pas suffire au regard de l'ouverture ou l'élargissement à d'autres questions environnementales. C'est pourquoi, il serait indiqué d'instituer au titre d'organe principal et permanent un Comité chargé des questions environnementales, sociales, climatiques et des droits de l'homme. Un tel organe de mise en œuvre devrait avoir entre autres missions d'examiner les interactions entre les mesures commerciales et les mesures environnementales et de faire des recommandations vis-à-vis de la pertinence de modifier les dispositions du système commercial multilatéral comme c'est le cas dans l'OMC.[85] De plus, il devrait lui être reconnu le pouvoir d'examiner chaque cas de dénonciation lui soumis par les particuliers avant de, soit classer le dossier sans suite avec motivation, soit sanctionner l'Etat reconnu défaillant.

De manière concrète, ce comité évalue rigoureusement et continuellement l'impact environnemental des activités menées par les Etats en vertu de l'Accord.[86] Il devrait aussi permettre une coopération régulière entre la ZLECAf d'un côté et les secrétariats des différents traités environnementaux qui régissent les Etats africains d'un autre, en vue d'une meilleure coordination. Ceci pourrait se faire notamment par l'échange régulier des informations.[87]

Il devrait être un organe supranational et devrait comprendre les personnes provenant de chaque Etat parties choisis parmi les experts en matière du commerce et de l'environnement au regard de leur compétence, expérience et expertise avérées. Pour plus d'efficacité et de proximité avec les populations, ledit comité devrait se doter des antennes locales au sein de chaque Etat.

83 Voir OMC Accord SPS article 12. Il est aussi reconnu la possibilité de recourir aux entités non gouvernementales (article 14).

84 En effet, il est renseigné que l'Annexe 7 au Protocole sur le commerce des marchandises est encore à l'étape de projet. A voir sur https://www.africatradeagreemrnts.tn/fer/zlecaf (consulté le 11 novembre 2023).

85 Voir OMC *Décision sur le commerce et l'environnement* LT/UR/D-6/2 (15 avril 1994).

86 Voir dans ce sens Martinez (n 19) 81.

87 Voir dans ce sens Castellarin (n 45) 106.

4.2 Démocratiser les mécanismes de mise en œuvre des clauses environnementales

Il faut relever que l'absence d'un véritable contrôle démocratique dans la mise en œuvre d'un accord commercial de libre échange peut alimenter la méfiance de l'opinion publique.[88] C'est pourquoi aux côtés des mécanismes purement interétatiques devraient s'ajouter d'autres qui sont de nature intra étatiques consistant en ce que «chaque partie institue … un point de contact et un ou plusieurs groupes consultatifs internes, qui se composent d'organisations indépendantes représentatives de la société civile».[89] Par ces cadres participatifs, l'on garantit l'établissement des normes légales et réglementaires environnementales assurant une protection durable du milieu naturel et de la santé pour l'ensemble de la population.[90]

La ZLECAf qui n'est pas encore ouverte à cette donne devrait y satisfaire dans l'objectif de son «verdissement institutionnel». Elle devrait alors s'inspirer du CETA[91] ainsi que de l'USMCA[92] en reconnaissant d'abord le droit à l'information et à la participation du public[93] notamment dans la mise en œuvre des clauses environnementales directes ou indirectes tant en amont qu'en aval et le rejet de toute initiative normative ou opérationnelle en marge des exigences environnementales.

Dans ce sens, l'on devrait prévoir un mécanisme de contrôle citoyen en vertu duquel l'ensemble de la société civile ou plus particulièrement toute personne physique ou morale habitant ou exerçant dans l'un des Etats parties peut présenter auprès du Comité spécial à instituer ou devant ses antennes locales des observations ou des requêtes par lesquelles elle soutient les omissions d'appliquer ou les violations dans l'application de ces clauses environnementales. Par ailleurs, les recours judiciaires visant la mise en œuvre ou la violation des clauses environnementales devraient aussi être garantis.

4.3 Encourager les recours judiciaires contre toute forme de commerce «éco-défaillant»

Dans un contexte de globalisation du commerce international qui menace les équilibres climato-environnementaux, le rôle du juge pour la consolidation du développement durable est plus que jamais

88 Voir dans ce sens M Dupré S Leré *Mettre le commerce au service de la transition écologique et sociale 37 propositions pour reformer la politique commerciale commune* (2019) 31.

89 Castellarin (n 45) 14.

90 Voir Lichtinger (n 18).

91 Voir les articles 24.13 à 24.15.

92 Voir les articles 24.26 à 24.31.

93 Ces droits ont une portée générale en droit international à travers la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière de l'environnement.

important.[94] Plusieurs traités internationaux de libre-échange ou d'investissement ont instauré des tribunaux *ad hoc*, ce qui a occasionné le développement d'une industrie judiciaire[95] visant la sanction contre toute violation ou tout défaut d'observation des clauses environnementales. A ce sujet, on est d'avis qu'il faudrait dépasser le stade primaire de prévision des dispositions vertes des accords pour organiser dans le système un dispositif de sanction aux fins d'en «garantir l'effectivité».[96] Ce mécanisme de sanction serait la caution pour un libre-échange continental qui participe effectivement à la réalisation des objectifs de développement durable.

Malheureusement, la ZLECAf est aux abonnés absents face à cette pratique en vogue. Dans ces conditions, il semble difficile d'espérer un régime de sanction tant punitif qu'incitatif. L'institution d'une juridiction appelée à garantir l'effectivité de la sanction comme c'est le cas dans d'autres accords de libre-échange, est très indiquée. Par ailleurs, pour des raisons pratiques liées notamment à l'effectivité de la sanction et au rapprochement du justiciable de l'administration de la justice, elle peut faire jouer aux juridictions étatiques le rôle revenant normalement à une juridiction régionale, comme c'est le cas dans les systèmes USMCA,[97] CPTPP[98] et CETA.[99]

Les juridictions nationales devraient intervenir pour contrôler l'application des clauses environnementales et sanctionner toute violation éventuelle. Les accords devraient veiller à ce que ces procédures soient souples et justes avec des garanties suffisantes d'équité, de transparence et de gratuité, et s'étendre sur des délais raisonnables. De même, elles devraient être menées en toute indépendance et impartialité avec possibilité de voies de recours, tout en évitant la corruption des acteurs judiciaires. Dans le même souci de justice, l'assouplissement des mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends devrait être encouragé.

4.4 Assouplir les mécanismes de règlement pacifique des différends

Malgré leur caractère rudimentaire, les clauses environnementales contenues dans le cadre juridique de la ZLECAf peuvent faire l'objet de violation dans leur mise en œuvre. Dès lors, les mécanismes de règlement des différends posés dans le Protocole y relatif peuvent être enclenchés.

94 Voir E-D Kemfouet 'Avant-propos' (2022) 7 *Revue africaine de droit de l'environnement* 9.

95 Voir dans ce sens Martinez (n 19) 108.

96 N Dorbane *Politiques publiques environnementales et mondialisation: la possibilité d'une articulation?* (2012) 11.

97 Article 24.6.

98 Article 20.7.

99 Voir l'article 24.6.

Toutefois, la procédure édictée quant à ce s'avère affaiblie à cause notamment de la politisation à outrance de l'organe de règlement des différends censé l'appliquer. En effet, cette faiblesse réside sur le fait que cet organe est composé des représentants de chaque Etat membre[100] et que ses décisions sont prises par consensus[101] dans un rapport. Il en est de même de toutes les autres voies de dénouement[102] dont l'arbitrage qui, foncièrement, dépend de ce même organe. Dès lors, la possibilité d'aboutir à une résolution pacifique du litige devient minime et laissée à la bonne volonté, mieux la bonne foi des Etats.

Pour assouplir le processus et s'assurer du bon fonctionnement des mécanismes mis en place, surtout en ce qui est des différends ayant trait à la violation des clauses environnementales, il serait mieux indiqué de dépolitiser les instances compétentes en en faisant des organes restreints dont les membres ne s'auraient naturellement être soumis à tout mandat impératif.[103] Dans ces conditions, les décisions devraient être adoptées à la majorité des membres.

En outre, les procédés de règlement des différends institués par la ZLECAf pèchent par leur caractère statocentrique en ce qu'ils excluent de la procédure tout différent de portée privée.[104] Ceci ignore le fait que la libéralisation du marché continental africain, à l'instar des autres espaces de libre-échange au monde, fait intervenir des particuliers, personnes physiques ou morales.[105] La ZLECAf devrait emboîter le pas du CETA[106] qui institue de manière générale, en plus des mécanismes politiques, un tribunal spécial pour connaître de tels litiges.

5 AUTRES VECTEURS DU VERDISSEMENT DE LA ZLECAF

Au-delà des aspects purement juridiques liés aux cadres normatifs et institutionnels, d'autres aspects devraient également être pris en compte dans le système de la ZLECAf. Il en est ainsi de la promotion et la facilitation du commerce des biens et services environnementaux (5.1), la lutte contre le dumping environnemental (5.2) ainsi que la promotion des partenariats public-privé verts (5.3).

100 Article 5(2) du Protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends le règlement des différends.

101 Article 5(6). Ici le consensus est entendu comme 'le fait qu'aucun État partie présent à la réunion de [l'organe de règlement de différends] au cours de laquelle une décision est prise ne s'oppose formellement à la décision proposée' (voir l'article 1er(a) du même protocole).

102 Voir les articles 10, 20 et 27 du même protocole.

103 PM Ozigré *Les organes restreints des organisations internationales* (2013) 67.

104 Voir dans ce sens l'article 3 du Protocole.

105 Tel est le cas d'un différend opposant une personne privée à un Etat, notamment sur l'application des clauses environnementales jugées discriminatoires et abusives par le particulier.

106 Voir l'article 8.18 et suivants.

5.1 Promouvoir et faciliter le commerce des biens et services environnementaux

A l'heure où l'humanité connaît de graves catastrophes environnementales, le commerce des biens et services environnementaux devrait remplir une fonction primordiale par la facilitation du déploiement des technologies vertes[107] présentant un intérêt particulier pour l'atténuation des effets des changements climatiques. C'est même en ceci que la libéralisation du commerce a des effets positifs sur l'environnement, comme cela a été relevé ci-haut. Ayant pris conscience de cette réalité, différents accords de libre-échange, soucieux que le commerce serve la cause du développement durable, posent des «mesures en faveur du commerce au service de la transition écologique».[108]

La ZLECAf, pour sa part, n'a encore pas eu égard à cette nécessité. C'est pourquoi, l'on devrait, à la manière de l'USMCA,[109] du CETA[110] et du CPTPP,[111] introduire dans l'Accord du 21 mars 2018 des dispositions reconnaissant l'importance d'éliminer ou de réduire au maximum les obstacles au commerce et à l'investissement se rapportant à ce type de commerce en le facilitant et en le promouvant. Ceci devrait participer à l'amélioration de la performance environnementale et économique, créer une croissance et des emplois verts et contribuer à la durabilisation du développement des Etats de l'espace ZLECAf.

Toutefois, l'on devrait reconnaître aux Etats le pouvoir de prévenir les risques environnementaux de certaines marchandises ou services, même lorsqu'ils sont présumés respectueux de l'environnement ou qu'ils permettent la protection de celui-ci. Ceci devrait éviter aux Etats africains de devenir de «havres de pollution» et hypothéquer définitivement leur développement global.

107 Point de vue défendu aussi par OMC *Expérience en matière de promotion et de facilitation des biens et services environnementaux* (2022) 2. Parmi les biens et services environnementaux il y a les produits chimiques pour le traitement de l'eau, instruments anti émission, les fruits comestibles, gestion des déchets, l'écotourisme, prévention contre l'érosion, traitement des eaux usées, etc. Le marché qui s'y rapporte est estimé à 200 milliards de dollars américains et son rythme de croissance annuelle est de 5.5%. Voir dans ce sens M Kennett et R Steenblik *Biens et services environnementaux: synthèse d'études de cas par pays* OCDE (2006) 22; J-P Boyer *Evaluation économique de biens et services environnementaux par la méthode du transfert de bénéfices* (2013) 2-8; OCDE *Les effets environnementaux des échanges* (1994) 14.

108 Castellarin (n 45) 10.

109 Voir l'article 24.24.

110 Voir l'article 24.9.

111 Voir l'article 20.18.

5.2 Imposer une (re)industrialisation «éco-compatible» dans l'espace ZLECAf

Dans leurs interactions, libre-échange et protection de l'environnement ont vocation à amplifier la (dé)localisation des entreprises polluantes des pays industrialisés ayant des législations très contraignantes en matière environnementale vers des pays aux législations environnementales laxistes et permissives, des havres de pollution,[112] comme en Afrique.

Malgré que ce transfert peut représenter un intérêt économique considérable pour l'Afrique en l'occurrence,[113] il faut reconnaître que ce phénomène est source de plusieurs décès sur le continent.[114]

Pour la ZLECAf, ce «dumping environnemental»[115] peut s'observer dans deux cas de figure: interne au système africain ou externe à celui-ci. Dans la première hypothèse, sachant que les Etats de la ZLECAf n'ont pas fixé les mêmes niveaux de protection de l'environnement et n'ont pas le même niveau de développement économique ou industriel, les plus faibles économiquement et généralement plus laxistes dans leurs législations pourraient devenir des destinations de prédilection pour le marché polluant des pays les plus exigeants et/ou en évolution industrielle comme l'Afrique du sud, l'Egypte et le Nigéria.

Dans la deuxième hypothèse, les Etats africains pris ensemble sont susceptibles d'être les havres de pollution pour les entreprises polluantes en provenance des pays les plus industrialisés dans le monde comme les Etats-Unis d'Amérique, la Chine et plusieurs pays européens. Déjà, il a été révélé, et c'est encore le cas, que «les marchés nationaux africains, si tant est qu'ils existent, sont dominés par les

112 Voir F Lessard *Commerce international et havres de pollution* (2013) 5. Le 'havre de pollution' s'entend d'une 'région ou un pays qui se spécialise dans les activités polluantes, en raison d'une différence dans les réglementations environnementales'. Voir N Zugravu-Solita *Croissance, commerce, IDE et leur impact sur l'environnement: cas de l'Europe Centrale et Orientale et de la Communauté des Etats Indépendants* (2009) 21.

113 Il est indiqué en effet que les économies les plus exigeantes en matière de protection de l'environnement, comme celles des pays de l'Union européenne, doivent faire face à un choc de compétitivité négatif qui incite les entreprises de ces pays à délocaliser leurs activités vers des 'havres de pollution'. Voir Martinez (n 19) 119. Ceci constitue pour eux un manque à gagner mais un profit économique pour les pays à économies moins exigeantes.

114 Voir AJ Drigba *Impact des mesures environnementales sur la relation commerciale entre les pays de l'Union européenne et le groupe APE de la Communauté pour le Développement de l'Afrique Australe* (CDAA) (2019) 9.

115 Compris comme un facteur du phénomène de 'havre de pollution', le dumping environnemental ou écologique découle de la régulation environnementale moins stricte dans un pays au point qu'elle attire considérablement les industries polluantes. Il s'agirait donc d'une politique voulue par un Etat qui veut se montrer attractif sur le marché mondial. Les pays du sud, africains en l'occurrence sont pointés du doigt dans l'application de telles politiques. Voir dans ce sens A Rieber et T Anh-Dao 'Dumping environnemental et délocalisation des activités industrielles: le sud face à la mondialisation' (2008) 2 *Revue d'économie du développement* 5-35; L Rolland 'Commerce international et environnement sont-ils (in)conciliables?' (2017) 2 *Regards croisés sur l'économie* 81.

filiales des firmes [industrielles] multinationales [d'origine non africaine]»[116] qui sont généralement pollueuses de l'environnement. Dans ces conditions, fuyant les coûts exorbitants par l'application de la règle pollueur-payeur dans leurs pays d'origine, ces entreprises tendent à se délocaliser vers l'Afrique, profitant ainsi de la légèreté des clauses environnementales.

Pour mettre fin à cette tendance dangereuse, s'inspirant de l'USMCA,[117] du CETA[118] et du CPTPP,[119] les objectifs de la ZLECAf devraient relever clairement la nécessité de renforcer la gouvernance environnementale dans chaque Etat partie. Il y a lieu de réitérer encore ici l'appel à une intégration normative de toutes les législations environnementales étatiques. De plus, les Etats africains, s'ils ne peuvent avoir les mêmes exigences environnementales que les pays développés et industrialisés, devraient toutefois appliquer sans complaisance le principe de pollueur-payeur contre les multinationales détenant les industries polluantes.

Par ailleurs, la création d'un partenariat entre chaque Etat partie à la ZLECAf et ses entreprises commerciales, tout en y associant la société civile, s'il y échet, ce en vue d'un commerce durable, devrait être pensée partant du verdissement des partenariats public-privé.

5.3 Favoriser la création des partenariats public-privé verts

Depuis plusieurs années, «[l]a gestion de l'environnement est peu à peu devenue le domaine exclusif de deux partenaires: l'État et l'industrie».[120] Il se fait sentir dès lors le besoin de recourir aux mécanismes de partenariats public-privé plus écologiques et plus écologisant, c'est-à-dire soucieux des objectifs de protection de l'environnement et plus globalement ceux de développement durable. Des tels partenariats seraient de deux formes, contractuelle[121] et consensuelle.[122]

116 Luaba (n 1) 478.

117 Voir l'article 24.2.

118 Voir l'article 24.2.

119 Voir l'article 20.2.

120 M Grandbois 'Les déchets dangereux au Québec: la participation publique et la gestion des risques' in JP Colson (dir) *Environnement et déchets* (1993) 32.

121 Surtout utilisés pour des projets de construction et de gestion d'infrastructures publiques, les partenariats public-privé contractuels sont généralement initiés par le partenaire public (Gouvernement ou ses démembrements) et conclus avec un ou des particuliers (entreprises privées). Le contrat qui les lie détaille précisément les mandats, tâches, risques et bénéfices ainsi que les délais de construction et d'opération ainsi que la durée de celui-ci. Voir dans ce sens CK Cornelissen *Pertinence des partenariats public-privé en développement durable entre la ville et la grande industrie: le cas de biogasvast, en suède* (2008) 21.

122 La structure des partenariats public-privé consensuels intègre à la fois des partenaires publics et privés mais pouvant inclure également la société civile sur un pied d'égalité. Ils sont réalisés selon des ententes plus souples et sont utilisés lorsqu'une expertise et des réseaux de plusieurs types différents sont nécessaires.

Ainsi, pour mieux équilibrer les interrelations entre les questions environnementales et économiques ou commerciales, la ZLECAf devrait se doter de l'objectif visant à «favoriser [l']émergence [des partenariats public-privé] comme approche de solutions durables … afin de s'assurer que les initiatives responsables des entreprises constituent un atout et non un frein à leur compétitivité».[123]

Il ne fait aucun doute que «tels partenariats peuvent souligner les bonnes pratiques et mettre sur le devant de la scène les entreprises exemplaires en matière de développement durable, y compris les petites et moyennes entreprises».[124] A travers une telle pratique, chaque Etat pourra s'assurer que ses entreprises qui entrent dans la compétition au sein du marché continental africain libéralisé n'exportent pas les industries ou produits polluants. Des subventions et autres facilités administratives devraient être les mesures appropriées pour parvenir aux résultats escomptés dans ce type de partenariats. En faisant ainsi, la ZLECAf pourra inspirer d'autres accords de libre-échange qui devraient suivre l'exemple.

6 CONCLUSION

Alors qu'en cette année 2023 l'Union africaine a choisi pour thème «L'année de la ZLECAf: accélération de la mise en œuvre de la ZLECAF», il y a lieu de considérer que ce processus a encore du chemin à faire surtout en ce qui est de la poursuite du développement durable. En effet, quand bien même la ZLECAf est un moteur du développement économique du continent, ce dernier ne devrait pas devenir «naïf du libre-échange»[125] au point de sacrifier ses ambitions pour le développement durable par la protection de l'environnement. C'est en ceci que, cherchant la conciliation et la réconciliation des deux paradigmes sous analyse, l'étude a proposé des cadres de gouvernance propices pour un libre-échange plutôt soucieux du sort des générations présentes et futures dans une Afrique en proie à des défis sociaux, environnementaux et climatiques sans précédent.

Il faut préciser que «la manière dont les compromis [sur l'environnement ou le développement durable] sont placés dans le texte [de l'accord de libre-échange] conditionne leur efficacité finale».[126] Une simple prise de conscience des questions environnementales dans le préambule ou dans une disposition particulière ne peut garantir leur prise en compte effective. Plusieurs accords de libre-échange

Utilisés dans les pays en voie de développement entre autres pour la desserte de services sociaux tels que la santé, ce type de partenariats public-privé peut être utilisé aussi dans des projets visant à modifier des comportements sociétaux ou des méthodes de production, [surtout la production présentant plus de risque de pollution de l'environnement. Voir dans ce sens Cornelissen (n 121) 22.

123 Cornelissen (n 121) xviii.

124 OMC/PNUE *Mettre le commerce au service de l'environnement, de la prospérité et de la résilience* (2018) 96.

125 Voir J-C Juncker *Discours sur l'état de l'Union* (13 septembre 2017).

126 Bastarrica (n 8) 128.

comportent un chapitre entier sur la protection de l'environnement ou sur le développement durable. La doctrine reconnaît que ces questions peuvent également être reprises dans «un accord parallèle, dans un accord de coopération ou dans une annexe».[127] La ZLECAf pourrait, à défaut d'adapter son cadre juridique actuel aux réalités soulevées dans cette contribution, s'inscrire dans cette dernière hypothèse en se dotant d'un protocole particulier qui témoigne de l'intérêt ou de la place que les Etats africains accordent aux liens conflictuels entre environnement et commerce, ainsi que la manière de les harmoniser sans que l'un ne puisse empêcher la réalisation de l'autre en s'inspirant notamment des différentes propositions formulées dans les précédents développements.

Toutefois, peu importe le choix de la modalité d'insertion opéré, l'objectif à poursuivre devrait être celui de «confirmer [le] caractère de droit positif»[128] à la question de développement durable dans l'exercice du commerce sur le continent et de sortir de la perspective décliniste actuelle avec des règles libre-échangistes vectrices d'un mal développement. En ceci, à la suite de Katia Opalka, «le libre-échange et le développement durable [sont] censés accomplir, pour nous tous, ce que le capitalisme et le communisme n'avaient pas réussi à faire: améliorer la condition humaine … conditionnée par les contraintes écologiques».[129] Les Etats membres de la ZLECAf devraient avoir pleine conscience de cette nécessité et agir en connaissance des causes en sortant de leur carcan souverainiste traditionnel car, il faut le dire, sans supranationalité l'effectivité du libre-échange ou la progressivité de l'intégration vers les autres étapes selon la théorie de Bela Balassa[130] ne sera qu'un leurre.

127 J-F Morin et M Rochette 'Les dispositions environnementales des accords commerciaux: entre innovation et diffusion' in Sandrine Maljean-Dubois (dir) *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement* (2017) 30 et 55. Voir aussi dans ce sens NH Nguyen, TU Dao et HN Doan 'Les règles sanitaires et environnementales dans les accords de libre-échange du Vietnam: vers une meilleure protection de la santé et de l'environnement?' (2020) *Les Cahiers de droit* 197.

128 Voir E-D Kemfouet 'La prise en compte du développement durable dans les expériences d'intégration économique en Afrique' (2022) 7 *Revue africaine de droit de l'environnement* 63.

129 Cité par P Halley A et E Ingelson (dir) *L'environnement au tribunal* (2021) 764.

130 Voir B Balassa *The theory of economic integration* (1969).

La mise en œuvre du droit au développement dans le Protocole d'investissement de la Zone de libre-échange continentale africaine

*Ali Kairouani**
https://orcid.org/0000-0003-0783-0798

RÉSUMÉ: Le présent article explore la mise en œuvre du droit au développement à partir du protocole d'investissement de l'accord la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) et au regard du droit international africain des droits de l'homme et du droit international des investissements étrangers. Le projet de protocole d'investissement adopté en février 2023 vient confirmer dans son préambule le droit des Etats africains de réglementer au service du développement de leurs populations et des communautés locales. Néanmoins, ce dernier se heurte à la protection conventionnelle du droit d'investir des investisseurs étrangers et à la question épineuse de l'interprétation des traités d'investissement axée sur la protection de l'investisseur et de l'investissement. Cela constitue à la fois un obstacle à la lumière de la jurisprudence arbitrale existante et une opportunité africaine pour réorienter ce droit de l'investissement vers plus de développement et d'inclusion. Il faut préciser également qu'une cristallisation du droit au développement durable se profile à travers le protocole d'investissement de la ZLECAf notamment dans son préambule, dans l'article 24 et l'article 28 relatif aux objectifs de développement durable. En partant de cette perspective et en utilisant une méthode inductive, un droit de traitement préférentiel émerge en faveur des entreprises et des populations locales dans le cadre de cet accord ce qui bouleverse les principes préétablis du droit international des investissements et constitue une remise en question des clauses de protection substantielle de l'investissement à l'instar de la clause du traitement national.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The implementation of the right to development in the African Continental Free Trade Agreement Investment Protocol

ABSTRACT: This article explores the implementation of the right to development from the perspective of the African Continental Free Trade Agreement (AfCFTA) Investment Protocol, African international human rights law and international foreign investment law. The draft Investment Protocol, adopted in February 2023, confirms in its preamble the right of African states to regulate the development of their populations and local communities. However, this pursuit comes up against the conventional protection of foreign investors' right to invest and the thorny issue of interpreting investment treaties in terms of investor and investment protection. This constitutes both an obstacle in the light of existing arbitration case law and an African opportunity to reorient investment law towards greater development and inclusion. It should also be pointed out that the right to sustainable development is crystallised in the AfCFTA Investment Protocol, particularly in its preamble, article 24 and article 28

* Professeur de Droit international public à l'Université Mohammed V de Rabat (Maroc). Docteur en Droit public (France), (Arbitre sur la liste de l'ORD de la ZLECAf), Membre de la société africaine de Droit international, Membre de la société africaine de Droit communautaire.

A Kairouani 'La mise en œuvre du droit au développement dans le Protocole d'investissement de la Zone de libre-échange continentale africaine'
(2023) 7 *Annuaire africain des droits de l'homme* 284-302
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a13

on sustainable development objectives. From this perspective and using an inductive method, a right to preferential treatment emerges in favour of companies and local populations within the framework of this agreement, which overturns the pre-established principles of international investment law and calls into question the clauses providing substantial protection for investment, such as the national treatment clause.

MOTS-CLÉS: droit au développement, protection de l'investissement, liberté d'investir, protocole d'investissement de la ZLECAf, développement durable, droits de l'homme

SOMMAIRE:

1 Introduction 285
2 La combinaison entre la protection de l'investissement et le droit au développement au sein du protocole d'investissement de la ZLECAf 288
2.1 La corrélation entre la liberté d'investir et le droit au développement 288
2.2 La subordination du droit de propriété de l'investisseur aux objectifs légitimes de développement de l'Etat 291
3 La contribution de l'«investissement protégé» au renforcement du droit au développement durable dans le protocole d'investissement de la ZLECAf 294
4 L'implication des investisseurs dans la préservation du droit au développement durable au sein de la ZLECAf 294
5 L'articulation entre l'investissement et les droits de l'homme pour un développement durable et inclusif au sein de la ZLECAf 298
6 Conclusion 301

1 INTRODUCTION

Le droit au développement est un droit à la fois individuel et collectif, il est considéré comme un droit au service de la promotion du développement.[1] La déclaration sur le droit au développement du 4 décembre 1986 fut le premier texte universel consacré exclusivement à ce concept juridique. Toutefois c'est plutôt avec l'adoption de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples que cette notion fera son entrée au sein d'un instrument conventionnel régional contraignant en 1981. L'article 22 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dispose que[2]

> 1. Tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité.
> 2. Les Etats ont le devoir, séparément ou en coopération, d'assurer l'exercice du droit au développement.

Il en ressort de ces deux paragraphes qu'il s'agit d'un droit garanti par l'Etat au profit de la personne ou d'une collectivité. Pour Kéba M'baye, il semble difficile de donner une définition catégorique au droit au développement, toutefois, la délimitation des éléments constitutifs reste possible

> en cernant de plus près les éléments constitutifs du droit au développement, il ne sera pas impossible de trouver une définition. Notons que: le droit au

1 AY Ba 'Droit au développement' *Dictionnaire des droits de l'homme* (2008) 277-280.

2 https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty0011_african_charter_on_human_and_peoples_rights_f.pdf (consulté le 21 novembre 2023).

> développement est un pouvoir ou une prérogative; — il concerne à la fois l'homme et tous les hommes pris collectivement; — l'ensemble de la population doit participer librement au développement et en profiter sur une stricte égalité et en toute justice - le droit au développement postule l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales; — le choix du modèle de développement doit être libre; — le droit au développement s'exerce tant au plan national qu'international; — il suppose la coopération sur une base équitable; — il doit respecter le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.[3]

Pour Mohamed Bennouna, «les exigences du développement ne peuvent en aucun cas justifier les atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine».[4] Le débat mené entre les Etats africains autour de l'impact positif ou négatif des traités d'investissement sur leur développement explique en partie la raison de l'établissement d'un accord recherchant plus d'équilibre dans le lien de droit entre les investisseurs et les Etats africains.[5] Ce qui explique la structure contextuelle du protocole d'investissement de la ZLECAf qui veille à l'équilibre entre le droit au développement des Etats hôtes et des populations locales ainsi que la sauvegarde des intérêts et des droits économiques des investisseurs étrangers. La Résolution sur le droit au développement de l'Assemblée générale de l'ONU 67/171 adoptée le 20 décembre 2012 précise que «dans la Déclaration et le Programme d'action de Vienne, que le droit au développement est un droit universel et inaliénable qui fait partie intégrante des droits fondamentaux de la personne humaine, et que celle-ci est le sujet central du développement et son principal bénéficiaire».[6] Dans cette même résolution, l'Assemblée générale rappelle son soutien indéfectible au nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique qui constitue le cadre de développement pour l'Afrique. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la Zone de libre-échange continentale africaine en janvier 2021, la cadre de développement africain a été élargi au regard de cette nouvelle initiative.

L'article 3(e) de l'accord ZLECAf précise que parmi les objectifs de cette zone de libre-échange c'est de «promouvoir et réaliser le développement socio-économique inclusif et durable, l'égalité de genres et la transformation structurelle des États parties».[7] L'Etat africain possède dès lors, une obligation à l'égard des individus ou des communautés dans la réalisation du développement économique, social, culturel et environnemental. Si l'on prend dans cette perspective également l'article 24 de la Charte africaine qui énonce que «tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement». Il s'agit d'une particularité africaine parce que

3 K M'baye *Les droits de l'homme en Afrique* (1992) 208-209.

4 M Bennouna *Le droit international du développement* (1983) 21.

5 Commission Economique pour l'Afrique «Investment agreements landscape in Africa», 7-9 December 2015 Addis-Abeba, https://archive.uneca.org/sites/default/files/uploaded-documents/RITD/2015/CRCI-Oct2015/report-on-investment-agreements.pdf (consulté le 21 novembre 2023).

6 https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/488/87/PDF/N1248887.pdf?OpenElement (consulté le 21 novembre 2023).

7 Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine https://au.int/sites/default/files/treaties/36437-treaty-consolidted_text_on_cfta_-_fr.pdf (consulté le 21 novembre 2023).

dans la déclaration sur le droit au développement on ne se réfère pas du tout à la question environnementale ou climatique alors que le développement durable à l'heure actuelle conditionne tout développement à l'échelle planétaire.[8] Le droit au développement demeure souvent considéré comme «un droit matriciel» pour les autres droits de l'homme.[9] A cet effet, le préambule du protocole d'investissement de la ZLECAf dispose: '*Reaffirming the right of State Parties to regulate within their territories and to introduce new measures with a view to meeting national public policy objectives and to promoting sustainable development objectives*'. Le préambule représente une affirmation du droit de réglementer au service du développement durable et reprend ainsi l'une des bases de l'ordre économique africain émergent.[10] L'encadrement des investissements et la limitation de la marge de manœuvre de l'investisseur se traduisent par l'introduction de clauses relatives au respect du développement durable. Notamment des clauses de conditionnalité relative au fait que l'investissement étranger ne doit nullement entraver le développement durable de l'État hôte, surtout en matière du droit du travail et du droit environnemental à l'image des clauses RSE et de *corporate governance* qui constitue des critères de contrôle environnements, sociaux et de gouvernance des Etats africains pour mesurer l'impact des investisseurs en matière de développement durable.

Les disparités interétatiques de développe-ment et les disparités de développement entre les populations en Afrique reste l'une des principales raisons de l'établissement de la ZLECAf. D'ailleurs, l'élaboration du traité d'investissement ZLECAf a pour but d'attirer de nouveaux investissements africains pour le développement des pays africains les moins développés en concurrencent par la même occasion les traités bilatéraux d'investissement conclus entre les États africains avec des puissances économiques mondiales.[11] Les objectifs de développement durable figurant à l'article 28 du protocole d'investissement et l'intégration de celui-ci dans le but du présent traité permettent à celui-ci de devenir *volens nolens* un critère de définition de l'investissement au sein de la ZLECAf. Cette analyse va chercher à explorer les outils qui mènent à la réalisation du droit au développement au sein du protocole d'investissement en deux temps. D'abord, la particularité de ce traité réside dans la combinaison entre la protection des investissements et la garantie du droit au développement. Ensuite, cet accord place «l'investissement protégé» conforme à ses dispositions convention-nelles comme un vecteur du développement durable au sein de la zone de libre-échange.

8 https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/declaration-right-development (consulté le 21 novembre 2023).

9 H Cassan, PF Mercure & MA Bekhechi *Droit international du développement* (2019) 30.

10 L'ordre économique africain se base sur les objectifs généraux et spécifiques de la ZLECAf énoncés dans les articles 3 et 4 ainsi que les principes de la zone énoncés dans l'article 5 de l'accord ZLECAf.

11 H Culot, H Tourard & P Vincent *Pays émergents et droit international économique à la recherche d'une définition* (2021) 89-90.

2 LA COMBINAISON ENTRE LA PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT ET LE DROIT AU DÉVELOPPEMENT AU SEIN DU PROTOCOLE D'INVESTISSEMENT DE LA ZLECAf

La contexture du traité d'investissement panafricain se distingue des autres traités non africains de nouvelle génération,[12] en combinant l'objet et le but du traité à savoir la promotion et la protection de l'investissement avec l'impératif de développement.[13] En effet, certains droits de l'investisseur se trouvent encadrer par le droit au développement et d'autres droits de l'investisseur deviennent réguler par les exigences du droit au développement.

2.1 La corrélation entre la liberté d'investir et le droit au développement

La liberté d'investir reste l'objet principal de la plupart des traités d'investissement d'ancienne et de nouvelle génération au profit des investisseurs étrangers. Elle est principalement liée au droit d'établissement, la non-discrimination, la transparence ainsi que la norme minimale de traitement des investissements étrangers.[14] Dans l'article 1 de la version finale du projet de protocole d'investissement adopté par les chefs d'Etat africains lors du 36ème sommet de l'UA en février 2023, l'on retient qu'il s'agit d'une définition objective de l'investissement qui reprend les quatre critères classiques du test *Salini* à savoir un certain apport, pour une certaine durée, avec une prise de risque et une contribution au développement durable de l'Etat hôte.[15] On peut signaler que les deux éléments nouveaux résident dans la recherche du profit par l'investisseur et le terme durable qui vient remplacer le développement économique. Ces apports confortent la tendance jurisprudentielle observée auprès du CIRDI qui laissait la porte ouverte à l'évolutivité de la notion d'investissement.[16] Il s'agit *mutatis mutandis* d'un rattachement certain entre le droit

12 Traité d'investissement de nouvelle génération rentre dans le cadre de la réforme entamée sous l'égide de la CNUCED en 2016 et qui vise à consolider la substance des traités d'investissement par l'intégration des normes environnementales, sociales et les droits de l'homme dans le cadre des traités d'investissement.

13 N Zugliani 'Human rights in international investment law: The 2016 Morocco-Nigeria Bilateral Investment Treaty' (2019) 68 *International and Comparative Law Quarterly* 768-769.

14 N Wannous 'Le principe de la liberté d'investir: l'exemple des législations tunisienne, égyptienne et saoudienne' (2016) 29 *Revue Quebecoise de Droit international* 278-279.

15 CIRDI *Salini SPA c. Royaume du Maroc* décision sur la compétence (31 juillet 2001) (ARB/00/04). CIRDI *M.C.I Power Group LC et New Turbine Inc c. Equateur* décision sur le fond (19 octobre 2009) (ARB/03/6).

16 A Gilles *La définition de l'investissement international* (2012) 152-154.

international des investissements et le développement durable en Afrique.[17] Cela ressort du préambule du protocole d'investissement cité précédemment puisque le droit de réglementer de l'État des investissements étrangers doit poursuivre des objectifs de développement durable.[18] Ce choix effectué par les États africains peut s'expliquer en partie par les attentes africaines et par la mutation du droit international

> celle de la démultiplication des objets du droit international, du passage d'un droit qui, au XIXe siècle évoluait entre le boudoir de l'ambassadrice et le champ de bataille, essentiellement concentré sur des problèmes politiques, à un système juridique qui, aujourd'hui, se trouve confronté aux problèmes économiques, sociaux et culturels, aggravés par les disparités de développement.[19]

La liberté d'investir se trouve confrontée dans le cadre continental aux objectifs légitimes de politiques publiques de l'État liées au développement principalement.[20] L'agenda 2063 notamment s'articule autour de ce principal objectif qui devient la clé de voûte de l'ensemble de l'agenda normatif de l'Union africaine.[21] L'article 24 du protocole d'investissement relatif au droit de réglementer des investissements étrangers trouve son fondement dans l'article 2 de la Charte des droits et des devoirs économiques avec un élargissement de son contenu à travers la réalisation des objectifs de développement durable.[22] Une partie de la doctrine avait rappelé l'importance d'imaginer une nouvelle manière pour établir des ponts entre le droit international des investissements et le droit international du développement pour réduire un hiatus qui existait entre les deux branches.[23] Le constat qui en résulte c'est que «le droit au développement et la liberté économique interfèrent l'un avec l'autre et s'influencent mutuellement».[24] Force est de constater que le droit international africain a été précurseur en la matière et qu'il continue de renforcer cette spécificité par la corrélation entre la liberté d'investir et le droit au développement à travers les différentes dispositions du

17 A Bjorklund 'Sustainable development and international investment law' (2019) *Environment and Investment Law* 38.

18 Human Rights Council, Expert mechanism on the right to development 'Right to development in international investment Law', 1 March 2022, A/HRC/EMRTD/5/CRP.2 3-4.

19 RJ Dupuy 'Communauté internationale et disparités de développement' (1979) 165 *Recueil des Cours de l'Académie de droit international* 40.

20 K Arts & A Tamo 'The right to development in international law: New momentum thirty years down the line' (2016) 63 *Netherland International Law Review* 243-246.

21 Rapport de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique – La Zone de libre-échange continentale (ZLEC) en Afrique, vue sous l'angle des droits de l'homme 3-5. https://repository.uneca.org/handle/10855/24090 (consulté le 21 novembre 2023).

22 Charte des droits et des devoirs économiques des Etats du 19 décembre 1972, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2779/download (consulté le 21 novembre 2023).

23 SW Schill, CJ Tams & R Hofmann 'International investment law and development: friends or foes?' in SW Schill, CJ Tams & and R Hofmann (eds) *International investment law and development: bridging the gap* (2016) 32-33.

24 M Eugenia & R Palop 'Le droit au développement et la liberté économique: une relation conflictuelle' *Libertés économiques et droits de l'homme* (2011) 133-143.

protocole d'investissement de la ZLECAf.[25] Les clauses de traitement de l'investissement et de l'investisseur regroupent des exceptions liées au développement qui traduisent parfaitement la corrélation entre le droit d'investir et le droit au développement par le biais du droit de réglementer de l'État d'accueil au service du développement.[26] L'article 5 du protocole d'investissement dispose qu'un investisseur qui ne se conformerait pas aux obligations qui lui incombent en vertu du chapitre 5 du protocole ne peut pas bénéficier des avantages et protection juridique de cet accord. La lecture combinée des articles relatifs aux droits de l'homme 33, 34 et 35 de ce traité confirme que la protection de la liberté d'investir reste étroitement liée au respect du droit au développement. Par ailleurs, l'article 13.2 du protocole rappelle que le traitement préférentiel accordé aux investisseurs nationaux et dont l'objectif principal reste le développement national ne constitue en aucun cas une violation de l'article 12 relatif à la clause du traitement national. La régulation de la liberté d'investir répond aux objectifs légitimes de politique de progrès économique et sociale pour la garantie du droit au développement de l'Etat d'accueil. D'abord, elle se profile par l'abandon, du standard du traitement juste et équitable dans le protocole d'investissement de la ZLECAf et son remplacement par l'article 17 relatif à la clause du traitement administratif et judiciaire ayant pour objectif d'éviter les controverses relatives au sens à attribuer au traitement réservé à l'investisseur et à l'investissement étranger. Ensuite, l'exclusion du traitement juste et équitable émane d'une volonté profonde des États africains de faire prévaloir le droit au développement sur la liberté d'investir et le droit de propriété de l'investisseur étranger tout en lui garantissant ses intérêts ainsi que ses droits fondamentaux. Cela se traduit par une ligne directrice du protocole d'investissement de la ZLECAf en partant du préambule aux articles 24 (droit de réglementer les investissements étrangers), 28 (objectifs de développement durable), 32 (conformité au droit interne et international), 33 (Business and Human rights) et l'article 47 sur la responsabilité de l'investisseur. Cette somme de dispositions normatives n'est qu'une consécration de la théorie de 'the *rule of law*' à savoir la primauté du droit comme stratégie de développement, un concept qui résulte des travaux de David Kennedy.[27] La primauté du droit ici se traduit sur le plan continental par la tentative de refonte africaine du droit international des investissements en cours avec un

25 Le rapport du groupe de travail sur les droits de l'homme et les sociétés transnationales avait été transmis dans une note à l'Assemblée générale par le secrétaire général des Nations Unies en 2021 et reprend plusieurs préoccupations relatives aux incompatibilités entre les traités d'investissement et les droits de l'homme qui sont indispensables pour la réalisation du droit au développement. En effet, le protocole d'investissement de la ZLECAf constitue une révolution silencieuse parce qu'il dépasse la compatibilité et met en place une combinaison entre les deux. Note du secrétaire général des Nations Unies 'Accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits de l'homme' (21 juillet 2021), A/76/238-15-17.

26 P McDougall 'Le couple Droit/économie dans la théorie et le droit international du développement' (2018) 1 *Revue internationale de Droit économique* 61-66.

27 D Kennedy 'Laws and developments' in J Hatchard & A Perry-Kessaris (eds) *Law and development: facing complexity in the 21st century* (2003) 17-19.

essai d'acculturation juridique qui consiste à réorienter le droit international des investissements vers les valeurs et les priorités africaines.[28] Cette théorie relative au '*rule of law*' a été abordée également par Jansen Calamita à propos des accords internationaux d'investissement en Asie.[29] Il faut souligner que le droit au développement formulé dans les dispositions conventionnelles de la zone africaine de libre-échange se distingue de l'approche classique du droit et du développement en incluant la dimension non marchande avec le référentiel normatif occidental.[30] L'encadrement des libertés économiques de l'investisseur étranger par le droit au développement représente une illustration du particularisme africain.

2.2 La subordination du droit de propriété de l'investisseur aux objectifs légitimes de développement de l'Etat

Le droit de propriété de l'investisseur reste étroitement lié à la définition de l'investissement dans le protocole d'investissement dans l'article 1(b). Le droit de propriété est un droit-liberté puisqu'il donne la liberté de posséder mais aussi le pouvoir sur la chose possédée. La protection des investisseurs étrangers contre l'expropriation illicite constitue le noyau dur de l'ensemble des traités d'investissement.[31] La liberté d'investir évoquée ci-dessus ainsi que le droit de propriété reste complémentaire parce que la première liberté constitue une garantie et la conséquence du droit de propriété. Le traité d'investissement panafricain quant à lui a pour principal effet de conduire au développement.[32] La promotion de l'investissement repose pour une grande partie sur la liberté d'investir et le droit de propriété dans le cadre du protocole d'investissement de la ZLECAf. Toutefois, à la lumière de ce traité panafricain d'investissement, le droit de propriété se trouve subordonné aux exigences des objectifs légitimes de développement de l'Etat tel que cela figure dans le protocole d'investissement au niveau des articles 19 et 20 qui concernent respectivement la clause de protection contre l'expropriation directe et indirecte et la clause d'exception de cette dernière. L'expropriation ou la nationalisation est un droit qui appartient à l'État hôte de l'investissement en vertu du droit de réglementer les investissements étrangers conformément au droit international coutumier et à l'article 2 de la Charte des droits et des devoirs économiques de l'Etat mais reste

28 MM Mbengue 'Africa's voice in the formation, shaping and redesign of international investment law' (2019) 34 *ICSID Review* 55-81.

29 J Calamita & A Berman 'Assessing the rule of law promise' in J Calamita & A Berman *Investment treaties and the rule of law promise* (2022) 1-37.

30 P Fitzpatrick *Le modernisme et les fondements du droit* (2012) 228-229.

31 L Liberti 'Investissements et droits de l'homme' *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law* (2007) 809-815.

32 N Monebhurunn *La fonction du développement dans le droit international des investissements* (2016) 215-223.

soumis à certaines conditions comme l'a si bien rappelé récemment la Cour internationale de justice.[33]

Le droit de réglementer avec pour objectif de réaliser le progrès économique et social, voire *in fine* le développement, constitue un droit fondamental de l'Etat et un droit impératif au sein de l'ordre juridique international[34] étroitement lié à l'exercice de la souveraineté en droit international.[35] Cette souveraineté comme l'explique Michael Reisman n'est plus l'apanage unique des gouvernants car elle se manifeste actuellement à travers la liberté des populations ou des gens à choisir le schéma économique et social pour leur développement.[36] Cela est largement consacré dans le protocole d'investissement de la ZLECAf notamment dans les articles 28 (objectifs de développement durable), 33 (éthique des affaires, droits de l'homme et droit du travail), 34 (protection de l'environnement) et 35 (populations autochtones et communautés locales). L'expropriation d'après l'article 19 du même traité est considérée une mesure licite sous certaines conditions, la non-discrimination, Le but d'intérêt public et une indemnisation ou compensation adéquate. La non-discrimination est mentionnée dans l'article 12 à savoir la clause relative au traitement national, c'est-à-dire que l'État d'accueil s'engage à offrir les mêmes avantages aux investisseurs nationaux et étrangers conformément à ses engagements conventionnels en matière d'investissement. Néanmoins, elle devrait être nuancée par l'article 5 de l'accord ZLECAf qui rappelle que l'un des principes de cette zone demeure la flexibilité et le traitement spécial et différencié. Cela figure clairement dans l'article 13 du protocole d'investissement concernant l'exception au traitement national en faisant référence aux objectifs légitimes de développement qui permettront traitement préférentiel et différentiel en faveur des investisseurs nationaux au détriment des investisseurs étrangers. Dans le troisième alinéa de l'article 21 relatif à la compensation pour expropriation, celui-ci se distingue également des autres traités d'investissement de nouvelle génération, dans la mesure où l'évaluation d'une indemnité est basée sur un juste équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt des populations. L'intérêt public est un principe de droit international général depuis la résolution 1803 de l'Assemblée Générale des Nations Unies et qui considère que la nationalisation ou l'expropriation doivent se fonder sur des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national. Les impératifs de développement s'inscrivent-ils dès lors dans la droite lignée de l'intérêt public qui justifie largement une mesure de nationalisation ou d'expropriation non-discriminatoire de la part de l'Etat d'accueil et moyennant une

33 CIJ Certains actifs iraniens (*République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique*) arrêt (30 mars 2023) paras 170-177.

34 A Mahiou 'Le droit au développement' (1997) 72 *Die Friedens-Warte* 143-144. L'impérativité du droit au développement peut trouver son fondement dans la pratique des Etats du sud visant à rendre ce droit comme indérogeable et à l'opposer à automatiquement à d'autres règles internationales visant à réduire la marge de manœuvre des Etats pour se développer.

35 Voir articles 1, 55 et 56 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945.

36 M Reisman 'Souveraineté et droits de l'homme dans le droit international contemporain' (2010) *L'école de New Haven de Droit international* 254-255.

compensation prompte et adéquate. Ce qui ressort de l'analyse textuelle de l'article 20 du protocole c'est que la mesure d'expropriation ou de nationalisation qui répond à un objectif légitime de politiques publiques liées au développement ne constituent pas une mesure illicite. Ces mesures s'inscrivent dans le cadre du critère du but légitime de la mesure réglementaire. Certaines réglementations spécifiques sont communément désignées comme des «mesures de police» Polices Powers ou «réglementations publiques légitimes» et ne sont donc pas indemnisables.[37] Les mesures réglementaires qui ne sont pas discriminatoires et qui sont prises pour protéger l'environnement, la santé, le bien-être public ou la sécurité ne peuvent pas être considérées comme des mesures d'expropriation indirectes. Le développement représente un soubassement effectif pour la protection de l'environnement ainsi que du bien-être public.

Par ailleurs, l'expropriation indirecte et son impact sur l'articulation entre la liberté d'investir et le droit de réglementer de l'Etat pour réaliser les objectifs de développement reste posée avec acuité et l'interprétation *stricto* ou *lato sensu* de ces dispositions conventionnelles permettra de déterminer les contours de la confluence entre le droit au développement et la liberté d'investir. La nouveauté ici dans le protocole d'investissement est l'introduction du développement y compris durable comme un objectif légitime de politique publique susceptible de limiter le droit de propriété de l'investisseur. Le caractère absolu du droit de propriété de l'investisseur a été fortement limité à travers ses dispositions conventionnelles qui justifient en grande partie les actions publiques de développement conduisant à une dépossession des investisseurs étrangers. Cela peut s'expliquer par la nécessité de réduire les disparités de développement existantes qui continuent de s'aggraver entre les Etats. Elles ont été mentionnées dans la résolution 67/171 de l'Assemblée générale des Nations Unies qui[38]

> se déclare profondément préoccupée, à ce propos, par le fait que la réalisation du droit au développement pâtit de la nouvelle aggravation de la situation économique et sociale, en particulier dans les pays en développement, engendrée par les crises énergétique, alimentaire et financière internationales et la multiplication des difficultés liées au changement climatique planétaire et à la perte de biodiversité, facteurs de vulnérabilité et d'inégalité accrues qui ont également mis en péril les acquis du développement, notamment dans les pays en développement.

La même préoccupation est reprise par les Etats africains dans le préambule du protocole d'investissement qui dispose que «[r]econnaissant les différents niveaux de développement entre les États parties et les défis auxquels ils sont confrontés dans l'adoption et l'application du présent protocole et les autres politiques d'investissement». On peut déduire *mutatis mutandis*, qu'il ressort de l'article 24 et de l'article 28 du protocole d'investissement deux types de libertés de réglementer de l'Etat d'accueil qui ne peuvent en aucun cas porter atteinte au droit de propriété de l'investisseur et conduire à une compensation. D'un côté, un droit de réglementer des investissements

37 CNUDCI arbitrage ad hoc *Saluka c. République Tchèque* (17 mars 2006).

38 Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 décembre 2012 para 24 (A/RES/67/171).

étrangers au service du développement à l'instar de l'article 28 (a) et (b) (le développement de la branche production locale, nationale ou infrarégionale) le choix de la politique économique, article 28(c) et (d) (le développement de l'économie de la connaissance), le choix de la politique sociale. D'un autre côté, un droit de règlementer pour réduire les disparités et le sous-développement: article 28(e) et (f) (le développement humain et du savoir) le choix de la politique de l'enseignement et de la recherche scientifique, article 28(g) (le développement inclusif pour lutter contre les disparités de développement) discrimination positive en faveur des populations autochtones et des minorités), le choix de la politique d'inclusion économique et sociale.

3 LA CONTRIBUTION DE L'«INVESTISSEMENT PROTÉGÉ» AU RENFORCEMENT DU DROIT AU DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LE PROTOCOLE D'INVESTISSEMENT DE LA ZLECAf

Le droit au développement durable ne peut être réalisé exclusivement par l'Etat d'accueil et c'est pour cela que les entreprises sont impliquées et assument une responsabilité juridique à travers la conformité de leur investissement à l'engagement des investisseurs dans la réalisation du développement durable. Cela ne doit pas éluder pour autant que le protocole d'investissement instaure un traitement différentiel qui désavantage les investisseurs au profit des populations locales pour lutter contre les disparités et assurer un développement durable.

4 L'IMPLICATION DES INVESTISSEURS DANS LA PRÉSERVATION DU DROIT AU DÉVELOPPEMENT DURABLE AU SEIN DE LA ZLECAf

La responsabilité de l'investisseur ou des entreprises étrangères qui découle du chapitre 5 du protocole d'investissement prend une tournure spéciale mais elle reflète en même temps l'effort qui a été fourni à l'échelle continentale en matière de responsabilisation des entreprises, en matière de développement et de garantie des droits sociaux et environnementaux.[39] L'article 47 du même accord concerne l'obligation de l'investisseur en abordant la responsabilité de ce dernier sans équivoque devant les juridictions internes de l'Etat d'accueil pour des faits et des actes en relation avec l'investissement et qui constitue

39 O Abe *Implementing business and human rights norms in Africa: law and policy interventions* (2022) 64-84.

une violation du droit interne ou du droit international conformément à l'article 32 relatif à l'obligation de conformité qui pèse sur l'investisseur. L'article 5 relatif au refus d'accorder des avantages en cas de violation des dispositions inhérentes au développement durable prévues telles que prévues par le chapitre 5 portant sur les obligations de l'investisseur. En d'autres termes, cette disposition permet de refuser d'accorder la protection à des investisseurs qui manquent aux objectifs de développement durable envisagés par le protocole d'investissement conformément à la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU A/RES/70/1 relative aux objectifs de développement durable ou au cadre politique de l'investissement de la CNUCED. Dès lors «l'expression investissement protégé» acquiert une nouvelle connotation ici à travers l'élargissement du contenu normatif du développement durable.[40] Elle permet ainsi d'éviter les recours préventifs ou plaintes frivoles des investisseurs qui ne se conforment pas à leurs obligations conformément au chapitre 5 du protocole d'investissement de la ZLECAf. En effet, cela est corroboré indirectement par l'article 8 mettant la lumière sur les mesures incitatives concernant l'investissement durable et renvoie à ce qui a été évoqué dans les écrits d'Andrea Bjorklund vis-à-vis de l'investissement qui devient un outil pour atteindre les objectifs de développement durable.[41] Par ailleurs, la clause de la responsabilité sociale des entreprises mentionnée dans l'article 38 du protocole d'investissement ZLECAf représente une obligation essentielle et inévitable. Elle soumet les entreprises étrangères à une obligation juridiquement contraignante en intégrant des pratiques durables, éthiques et responsables dans leurs activités commerciales à travers la promotion du développement économique et social de la région, tout en protégeant les droits de l'homme (article 33), l'environnement et les intérêts des parties prenantes (article 34). Néanmoins, le problème de la justiciabilité de ces normes reste entier en raison du *forum non conveniens* et de l'interprétation par les arbitres des dispositions pertinentes en la matière. Ce fut le cas dans l'affaire *Eco Oro c. Colombie* du 9 septembre 2021, une affaire dans laquelle une mesure réglementaire environnementale prise par le gouvernement colombien a été considérée comme violant la norme minimale de traitement prévue par le TBI Canada Colombie de nouvelle génération.[42] Il faut souligner ici qu'il s'agit davantage d'un problème d'interprétation décontextualisée de certaines dispositions du TBI; en l'espèce la clause

40 L Chiussi 'Responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme: un rôle effectif du droit international de l'investissement?' (2019) *Droits de l'Homme et Droit international économique* 14-25.

41 AK Bjorklund 'Sustainable development and international investment law' in K Miles (ed) *Research handbook on environment and investment law* (2019) 38-68.

42 CIRDI *Eco Oro Minerals c. Colombie* (9 septembre 2021) Sentence arbitrale (ARB/16/41) paragraphe 748: 'The Preamble to the FTA provides that its purpose is, inter alia, to "ensure a predictable commercial framework for business planning and investment" and "enhance and enforce environmental laws and regulations, and to strengthen cooperation on environmental matters".' Applying the ordinary meaning of article 805 to the object and purpose of the FTA (as relevant to Eco Oro's claim), Eco Oro was entitled to expect that Colombia would

environnementale et la clause de traitement juste et équitable. Les arbitres ont continué d'utiliser les mêmes procédés d'interprétation des traités d'ancienne génération sur la base du précédent arbitral pour interpréter ce traité de nouvelle génération ce qui a abouti à une argutie juridique. C'est ceux à quoi doivent faire attention dorénavant les arbitres au sein de la ZLECAf. Cette obligation s'applique à toutes les entreprises participant aux investissements au sein de la ZLECAF et donc les entreprises doivent se conformer aux standards les plus élevées sur le plan international en matière de respect des droits de l'homme, des normes du travail, de la protection de l'environnement et de la responsabilité sociale conformément à l'article 38.1 du Protocole:

> Investors and their investments shall endeavour to achieve the highest possible level of contribution to the sustainable development of the Host State and the local community, through the adoption of a high degree of socially responsible practices, in accordance with the principles and standards set out in paragraph 2 of this Article. 2. Investors and their investments shall use their best efforts to: a. stimulate economic, social and environmental progress, aiming at achieving sustainable development [...]», mais aussi à l'article 34.1(a) «Investors and their investments shall, in carrying out their business activities, respect and protect the environment, and, in particular shall: a. respect the right to a clean, healthy and sustainable environment, as reflected in Article 24 of the African Charter of Human and Peoples' Rights.

Cette dernière disposition consacre d'une manière claire la volonté des Etats africains de mettre en place plus de cohérence dans le système juridique africain. Cette tendance du droit international a été rappelée par une partie de la doctrine qui l'avait constaté dans la jurisprudence de la CIJ «la Cour a recouru à l'interprétation systémique dans le but de préciser les champs opératoires entre les différents pans du droit international, contribuant ainsi, pour employer une terminologie informatique, à la dé-fragmentation du système juridique».[43] Le protocole d'investissement rappelle que les Etats ont des obligations comprenant la promotion et la mise en œuvre de diverses mesures, notamment l'adoption de lois et de politiques visant à protéger les droits de l'homme, les droits du travail et l'environnement et à garantir le respect des droits fondamentaux des individus, la protection des travailleurs et la préservation de l'environnement. Dès lors, les Etats sont tenus par l'ensemble des engagements conventionnels sous l'égide de l'Union africaine et la ZLECAf n'est qu'une dimension du réseau conventionnel existant. Cette clause RSE présente à l'article 38 dispose que les investisseurs et leurs investissements doivent s'efforcer de contribuer au développement durable de l'État hôte et de la communauté locale en adoptant des pratiques socialement responsables conduit à une implication directe des investisseurs dans la préservation de ces droits. Ils doivent développer des pratiques d'autorégulation et de gestion efficaces, favoriser la transparence des

> treat its investment in an even-handed and just manner to ensure a predictable business environment and foster the promotion of foreign investment but that, in doing so, it would ensure the enhancement and enforcement of environmental laws and regulations, such that neither investment protection nor environmental protection takes precedence.

43 G Ditstefano & PC Mavroidis 'L'interprétation systémique: le liant du droit international' *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner* (2011) 753.

politiques de l'entreprise, soutenir les lanceurs d'alerte, encourager leurs partenaires commerciaux à adopter la responsabilité sociale des entreprises, et respecter les processus politiques locaux. De plus, les États parties réaffirment l'importance d'encourager les investisseurs à intégrer les normes de responsabilité sociale des entreprises internationalement reconnues dans leurs politiques internes. Les articles 33 et 34 établissent en effet l'obligation pour les États parties de garantir des niveaux élevés de protection de l'environnement, du travail et des consommateurs. Ces dispositions s'appuient sur les normes internationalement reconnues et les accords internationaux auxquels les États parties sont parties en mettant l'accent sur l'importance de continuer à perfectionner ces normes au sein des lois et réglementations nationales. De même, l'article 28 relatif aux objectifs de développement durable permet aux États parties d'adopter des mesures qui visent à promouvoir le développement national et local. Ces mesures peuvent comprendre des initiatives qui visent à solidifier les capacités locales, à favoriser l'emploi local, à promouvoir la formation professionnelle et le développement des ressources humaines, ainsi qu'à encourager l'égalité des genres et l'exclusivité et qui peuvent aller à l'encontre des intérêts des entreprises étrangères. En tant qu'obligations contraignantes, les États signataires du protocole d'investissement ont mis en place des mécanismes de surveillance, de vérification et de sanctions pour garantir le respect de ces engagements conformément à l'article 31 du protocole qui consacre la responsabilité des investisseurs s'ils ne respectent pas ces obligations dans le cadre de leurs activités commerciales.

> 1. The provisions in this Chapter are without prejudice to the obligations of the State Parties to promote and enforce, among others: a. laws and policies to protect human rights, labour rights and the environment; b. anticorruption and anti-bribery measures; or c. laws and policies to protect the rights of indigenous peoples.
> 2. State Parties shall ensure that investors and their investments comply with the highest standards provided for in domestic regulation and international law.

D'ailleurs, l'article 47 met en avant également la responsabilité judiciaire de l'investisseur en cas de manquement à ses obligations notamment l'article 38, en vertu du présent traité et prévoit que

> Investors and their investments shall be subject to civil actions for liability in the judicial process of their Home State for the acts, decisions or omissions made in the Host State in relation to the investment where such acts, decisions or omissions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the Host State.

Le caractère obligatoire de la clause RSE dans le Protocole ZLECAf est indéniable en s'inscrivant dans le contexte plus large de l'engagement mondial en faveur de la durabilité et de la responsabilité sociale des entreprises. Les normes et les principes de responsabilité sociale des entreprises sont de plus en plus reconnus à l'échelle internationale et font l'objet d'un consensus croissant parmi les acteurs économiques, les gouvernements et la société civile. L'intégration du caractère obligatoire de ces normes dans les accords commerciaux régionaux tels que la ZLECAF témoigne donc de la volonté de promouvoir sérieusement des pratiques commerciales responsables et durables dans le continent africain, de constituer une *hard law* autour de la clause RSE. Cette volonté est née de commun accord lors de négociations de ce Protocole, les États signataires sont parvenu à un

accord de manière claire car ils visent une évolution et amélioration du contexte d'investissement en Afrique contrairement à d'autres accords tels le CETA, le CPTTP ou RCEP qui ont ignoré lors de la négociation la clause RSE ou lui ont accordé comme dans le cas du CPTPP valeur symbolique ce qui jette le discrédit sur une telle disposition.[44]

5 L'ARTICULATION ENTRE L'INVESTISSEMENT ET LES DROITS DE L'HOMME POUR UN DÉVELOPPEMENT DURABLE ET INCLUSIF AU SEIN DE LA ZLECAf

Le dépassement du droit au développement proclamé antérieurement peut s'expliquer aujourd'hui au sein de la ZLECAf par la cristallisation du droit au développement durable à travers la pratique conventionnelle panafricaine.[45] En effet, l'accord ZLECAf marque sans aucun doute une évolution significative dans la reconnaissance de l'importance de la place du développement durable et des droits de l'homme dans le contexte africain étant donné que la protection de l'environnement, des droits sociaux et des droits de l'homme en matière d'investissement était insuffisante et peu contraignante au sein de l'ordre juridique international.[46] Cet accord rejoint d'autres accords internationaux d'investissement conclus à l'échelle internationale puisqu'il se réfère à maintes reprises aux droits de l'homme dans son préambule, soulignant que le développement durable exige en plus de la réalisation des piliers économiques, la promotion des droits de l'homme et du développement humain[47]

> Reconnaissant la contribution importante que l'investissement peut apporter au développement durable des États parties, y compris ... la promotion des droits de l'homme et du développement humain, tout en comprenant que le développement durable exige la réalisation des piliers économique, social et environnemental qui sont intégrés dans le concept.

L'article 25 du protocole consacre l'importance de garantir des niveaux élevés de protection de l'environnement, du travail et des consommateurs en prenant en compte les normes internationalement reconnues dans ces domaines, ainsi que les accords internationaux

44 R Beauchard & S Albertin *L'assujettissement des nations-controverses autour du règlement des différends entre États et investisseurs* (2017) 159.

45 K Besson *Un droit au développement politiques internationales du développement et approche fondées sur les droits* (2019) 172-173.

46 SH Nikièma *L'expropriation indirecte en droit international des investissements* (2012) 71-72.

47 Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement du Canada pour la promotion et la protection des investissements du 20 avril 2015, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5589/download. Accord de libre-échange Canada Colombie du 21 novembre 2008, https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/fta-ale/preamble-preambule.aspx?lang=eng (consulté le 21 novembre 2023).

auxquels sont parties les Etats africains. Cela signifie que les Etats doivent respecter les normes établies au niveau international pour la protection de l'environnement, du droit du travail et des droits des consommateurs:

1. Les États parties garantissent des niveaux élevés de protection de l'environnement, du travail et des consommateurs ...
2. Les États parties n'encouragent pas l'investissement en assouplissant ... à se conformer aux lois sur l'environnement, le travail et la protection des consommateurs, ainsi qu'aux normes internationalement reconnues.

En outre, le protocole d'investissement a réservé dans son 5ème chapitre intitulé «Obligations des investisseurs», des dispositions relatives au respect des droits de l'homme notamment dans l'article 31 «Rapport avec les obligations de l'État partie» qui constitue une clause de sustentation dans la relation entre l'investisseur et l'Etat d'accueil. De même, l'article 33 conforte cela en soumettant l'investisseur et son investissement à des obligations relatives à l'éthique des affaires, aux droits de l'homme et aux normes du travail. Autrement dit, cet article renforce le respect et la protection des droits de l'homme tels qu'ils sont internationalement reconnus d'une manière indivisible en incluant les droits des travailleurs et les droits de l'enfant. Par ailleurs, l'article 34.1 du même chapitre intitulé «Protection de l'environnement», met en avant la protection de l'environnement en intégrant par la même occasion l'article 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui associe la protection de l'environnement et droit au développement, étant donné qu'un environnement propre, sain et durable est indispensable à l'exercice des droits de l'homme y compris le droit à la vie. Le protocole d'investissement de la ZLECAf et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples se complètent dès lors, parfaitement dans une perspective normative dynamique et évolutive. «Le traité est un instrument vivant appelé à interagir avec les évolutions du système international formé lui aussi entre autres d'instruments vivants en constante mutation».[48] Autrement dit, cette disposition a pour but de codifier l'impérativité du droit au développement durable en y intégrant une norme relative à l'indissociabilité entre la protection de l'environnement et le droit au développement ce qui tend vers une codification rampante du droit au développement durable en matière d'investissement. D'un côté, cet ensemble de dispositions confirment que les investisseurs sont dorénavant tenus de promouvoir et de respecter les droits de l'homme et notamment le droit au développement durable. D'un autre côté, l'article 31 aborde un sujet épineux, celui du respect des droits des peuples autochtones et des communautés locales, ainsi que l'accès à l'information concernant les évaluations d'impact environnemental et social. Il met l'accent sur l'importance du consentement préalable et la nécessité pour l'Etat d'accueil d'informer les populations autochtones dans le strict respect de leurs droits de propriété sur les terres, leurs ressources halieutiques et leurs forêts. L'accord promeut la

48 G Destefano 'L'interprétation évolutive de la norme internationale' (2011) 2 *Revue générale de droit international public* 384.

transparence en rendant les évaluations d'impact environnemental et social accessibles au public et aux parties prenantes concernées.

Ces dispositions s'inspirent fortement de la jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. D'ailleurs dans l'arrêt rendu par la CAFDHP le 26 mai 2017, elle confirme que le droit au développement appartient à toutes les personnes qui habitent au sein de l'Etat y compris les populations autochtones ce qui oblige l'Etat d'accueil d'adopter une démarche participative dans le processus de promotion de l'investissement.[49] La jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est bien établie et claire parce qu'«il incombe à l'Etat défendeur la responsabilité de créer des conditions favorables au développement des populations locales. L'Etat a l'obligation de garantir aux Endorois qu'ils ne sont pas exclus du processus de développement ou du partage des bénéfices».[50] La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a même condamné l'Etat kényan à réparer le préjudice moral et matériel subi par le peuple *Ogiek* dans un arrêt du 23 juin 2022 en versant plus d'un million de dollars.[51] «C'est dans cette optique que les commissaires et les juges africains participent à travers leurs décisions à la clarification du droit au développement».[52]

Une lecture systématique de l'article 24 relatif au droit de réglementer combinée à l'article 28 portant sur les objectifs de développement durable précise l'existence d'un coté, d'un droit de réglementer de l'Etat d'accueil des investissements étrangers au service du développement et d'un autre côté, d'un droit de réglementer de l'Etat d'accueil afin de remédier au sous-développe-ment. S'agissant du droit de réglementer au service du développement, l'article 28(a) et (b) comporte un traitement préférentiel avec pour principal objectif le développement de la branche production locale, nationale ou infrarégionale et le choix de la politique économique. Il résulte de cette disposition un traitement préférentiel en faveur des entreprises nationales à des fins de développement et ce au détriment des entreprises étrangères. Tandis qu'à l'article 28(c) et (d) c'est le développement de l'économie de la connaissance qui demeure prioritaire qui va de pair avec les articles 33 et 34 en consacrant le libre choix de la politique sociale. Concernant le droit de réglementer des investissements étrangers pour remédier au sous-développement et aux disparités de développement. L'article 28(e) et (f) aborde le traitement différentiel concernant les secteurs permettant de réaliser le développement humain et le savoir, le choix de la politique de l'enseignement et de la recherche scientifique. Quant aux articles 28(g) et 35, ces dispositions déterminent les traits caractéristiques du développement inclusif à l'aide du traitement différentiel des

49 *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya, Affaire du Peuple Ogiek*, Arrêt CAfDHP (26 mai 2017) paras 208-210.

50 E Serrurier 'L'évolution du droit au développement devant les juridictions et quasi-juridictions africaines' (2016) 226/227 *Revue du Tiers* Monde 189.

51 *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya, Affaire du peuple Ogiek*, Arrêt CAfDHP (23 juin 2022) para 160.

52 Serrurier (n 50) 181.

populations autochtones et des minorités, le libre choix de la politique d'inclusion économique et sociale. La protection du droit au développement des populations démunies ou vulnérables à travers un traitement spécifique reste assurée dans le protocole d'investissement. Cet accord reconnaît *in fine* le traitement différentiel et la géométrie variable des standards de protection de l'investissement.[53] La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples sera amenée à jouer également le rôle de gardienne du droit au développement des populations autochtones parallèlement aux tribunaux qui seront prévus par la future annexe relative aux mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États, toujours en négociation en vertu de l'article 46(3) du protocole d'investissement de la ZLECAf.

6 CONCLUSION

Dans un *obiter dictum,* le tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire, *SAUR International SA c. République d'Argentine*, (ARB/04/4), du 6 juin 2012 déclara[54]

> en réalité, les droits de l'homme en général, et le droit à l'eau en particulier constituent l'une des diverses sources que le Tribunal devra prendre en compte pour résoudre le différend car ces droits sont élevés au sein du système juridique argentin au rang de droits constitutionnels, et, de plus, ils font partie des principes généraux du droit international.

En définitive, ce qui résulte de cet accord d'investissement c'est le droit de l'Etat de réglementer pour se conformer aux engagements internationaux relatifs aux droits des peuples au développement économique. Le droit de réglementer pour la promotion du développement régional, national et local comme nouvel apport de ce traité. Cela passe par l'énumération de sept mesures réglementaires pour la réalisation des objectifs de développement prioritaires pour le continent africain.[55] Les standards de protection de l'investissement ont tous été formulés avec des exceptions systématiques ayant pour unique objectif la contribution de l'investissement étranger à la réalisation du développement durable. Cette multitude d'innovations juridiques dans cet accord ne doit pas nous faire oublier que l'un des enjeux actuels notamment à la lumière de la réforme des accords internationaux d'investissement et du système de règlement des

53 N Monebhuruun *La fonction du développement dans le droit international des investissements* (2016) 264-311.

54 CIRDI (fond) *Sauri c. République d'Argentine* (6 juin 2012) para 330 (ARB/04/4).

55 Le droit de réglementer des investissements étrangers au service du développement à l'instar de l'article 28(a,b) (le développement de la branche production locale, nationale ou infrarégionale) le choix de la politique économique, article 28(c,d) (le développement de l'économie de la connaissance), le choix de la politique sociale. D'un autre côté, un droit de règlementer pour réduire les disparités et le sous-développement: article 28(e,f) (le développement humain et du savoir) le choix de la politique de l'enseignement et de la recherche scientifique, article 28(g) (le développement inclusif pour lutter contre les disparités de développement) discrimination positive en faveur des populations autochtones et des minorités), le choix de la politique d'inclusion économique et sociale.

différends entre investisseurs et Etats demeure l'interprétation de ces dispositions conventionnelles nouvelles. L'interprétation harmonieuse et cohérente sera-t-elle au rendez-vous devant les tribunaux arbitraux ou des juridictions lors des futurs différends entre investisseurs et Etats ou serions-nous face à la problématique encore une fois du *forum non conveniens*.[56] Face aux changements climatiques ainsi qu'aux différents défis économiques et sociaux qui pèsent sur le continent placent les arbitres d'investissement au cœur du système ZLECAf.

Dans cette perspective, l'une des questions qui demeure en suspens est celle de savoir dans quelle mesure la future pratique arbitrale développée par les tribunaux d'investissement au sein de la ZLECAf, prendra-t-elle en considération le droit à l'eau dans le sillage du droit matriciel au développement. Tout cela conformément à l'article 19 du projet d'annexe de l'ancienne version du protocole d'investissement relatif à l'interprétation des traités et aux articles 22 et 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples?[57] L'interprétation des traités africains devient dès lors, l'enjeu majeur dans le cadre de la ZLECAf pour pouvoir mettre en œuvre un investissement conforme aux objectifs du développement durable. Un guide d'interprétation serait-il une éventualité et un moyen efficace pour éviter les égarements de l'affaire *Eco Oro*?

56 Pour une étude plus détaillée sur toutes ces questions voire: D Fernandez Arroyo & G Cordero-Moss *Questions de droit applicable dans l'arbitrage international, Applicable Law Issues in international arbitration*, Centre d'étude et de recherche de l'Académie de Droit international de La Haye, Brill (2023) 25 600.

57 AM Daza-Clark *International investment law and water resources management: an appraisal of indirect expropriation* (2017) 178-179.

Interrogating inclusion under the African Continental Free Trade Area

*Rosemary Karoro**
https://orcid.org/0009-0006-9926-2829

ABSTRACT: Contemporary discourse concerning international trade has highlighted the distributional consequences of trade liberalisation. The African Continental Free Trade Area (AfCFTA), although new, has been subjected to a distributional analysis in the emerging literature on it and is expected to provide several economic opportunities for different actors on the continent subject to proper implementation and full participation. Debates surrounding whether or not the structure of AfCFTA is inclusive of different actors on the continent have featured in this discourse. The overarching goal of this article is to explore the discourse on inclusion and inclusive trade under the AfCFTA regime. The article does this by examining the various strands of literature on AfCFTA, the arguments foregrounded in this literature and the different conceptualisations of differentiation and inclusion. The article thereafter moves beyond this discourse, challenges the background ideas underlying such conceptualisations and presents an alternative lens that emphasises the heterogeneity of the political economies of African nations, thus complexifying the question of inclusion.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS:

Questionnement du principe d'inclusion dans le cadre de la Zone de libre-échange continentale africaine

RÉSUMÉ: La doctrine dominante sur les questions relatives au commerce international a mis en évidence les conséquences distributives de la libéralisation du commerce. La Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf), bien que récente, a déjà fait l'objet de questionnement dans la doctrine. La ZLECAf devrait offrir plusieurs opportunités économiques aux différents acteurs du continent, sous réserve d'une mise en œuvre adéquate et d'une participation pleine et entière. Les débats autour de la question de savoir si la structure de la ZLECAf inclut ou non les différents acteurs du continent ont fait l'objet des débats doctrinaux. Cette contribution vise à explorer le discours sur l'inclusion et le commerce inclusif dans le cadre du régime de la ZLECAf. Elle examine les différents courants de la littérature sur la ZLECAf, les arguments mis en avant dans cette littérature et les différentes conceptualisations de la différenciation et de l'inclusion. Il va au-delà de ce discours, remet en question les idées de fond qui sous-tendent ces conceptualisations et présente un point de vue alternatif qui met l'accent sur l'hétérogénéité des économies politiques des nations africaines, complexifiant ainsi la question de l'inclusion.

KEY WORDS: trade liberalisation, African Continental Free Trade Area, economic inclusion

* LLB (Makerere), LLM (Harvard Law School), SJD-in-progress (Harvard Law School); rkaroro@sjd.law.harvard.edu

R Karoro 'Interrogating inclusion under the African Continental Free Trade Area'
(2023) 7 *African Human Rights Yearbook* 303-324
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a14

CONTENT:

1 Introduction....304
2 Conceptualising inclusion under AfCFTA....305
3 Differentiation under AfCFTA through a political economy lens 312
4 Small and medium-sized enterprises under AfCFTA 320
5 Conclusion 323

1 INTRODUCTION

The normative design of the African Continental Free Trade Area (AfCFTA) is often presented in emerging literature on AfCFTA as an alternative innovative trade model that is attentive to vulnerabilities that accrue when countries trade with one another.[1] Unchecked trade liberalisation has been linked to a number of negative outcomes, such as the loss of livelihoods for less skilled labour due to offshoring manufacturing, the stifling of middle and small-scale businesses that fail to compete internationally, increased climate vulnerability, among others.[2] AfCFTA's structure is argued to possess legal principles and mechanisms that serve as building blocks for fostering a trade regime that is attentive to these vulnerabilities and seeks to enhance inclusion of those that have lost their livelihoods under a free-trade regime.[3] Some of these mechanisms include the legal provisions on special and differentiated treatment (S&D); flexibility; variable geometry; equity; sustainable development; and the additional protocols such as that on women and youth.[4] The emerging literature and contemporary discourse on AfCFTA endorse this approach to inclusion under AfCFTA and is descriptive of it as an alternative innovative trade model of which the mechanisms allow for sufficient policy space for states to pursue domestic policies that foster inclusion and also act as a kind of buffer against the negative dynamics trade liberalisation may create or exacerbate on the continent.[5] The AfCFTA trade regime, therefore, is

1 See eg D Luke & J Macleod *Inclusive trade in Africa: the African Continental Free Trade Area in comparative perspective* (2019); T Masiko *Flexible regional economic integration in Africa: lessons and implications for the multilateral trading system* (2022); V Songwe, J Macleod & SN Karingi 'The African Continental Free Trade Area: a historical moment for development in Africa' (2021) 8(2) *Journal of African Trade* 12; K Kuhlmann & AL Agutu 'The African Continental Free Trade Area: towards a new legal model for trade and development' (2019) 51 *Georgia Journal of International Law* 753.

2 See eg D Rodrik *The globalisation paradox: why global markets, states and democracy can't co-exist* (2011).

3 See eg V Songwe 'Intra-African trade: a path to economic diversification and inclusion' in BS Coulibaly *Foresight Africa: Top priorities for the continent* (2019) 97; D Luke & J Mcleod 'Introduction: Bringing about inclusive trade in Africa with the African Continental Free Trade Area' in Luke & Macleod (n 1).

4 Art 5(c) & (d) of the Agreement Establishing The African Continental Free Trade Area (AfCFTA), https://au.int/en/treaties/agreement-establishing-african-continental-free-trade-area (accessed 8 December 2023).

5 See, eg, The World Bank The African Continental Free Trade Area: Economic and distributional effects' (2020); L Abrego and others 'The African Continental Free Trade Agreement: Welfare gain estimates from a general equilibrium model' IMF Working Paper, African Department, WP/19/124; ET Aninche 'African Continental Free Trade Area and African Union Agenda 2063: the roads to Addis Ababa and Kigali' (2020) 41 *Journal of Contemporary African Studies* 1-16.

perceived as one that is not exclusively about free trade, but one of qualified openness.

It is against this backdrop that this article seeks to interrogate the overall background conceptualisation on inclusion that undergirds the AfCFTA normative design. The analysis will examine this background conceptualisation on inclusion alongside what the literature on AfCFTA considers differentiation, which justifies the mechanisms employed under AfCFTA as tools of inclusion. The article will interrogate whether or not this is a sufficient lens through which vulnerabilities may be addressed and alleviated. An alternative conceptualisation of differentiation will be foregrounded in contrast to the predominant one. This alternative approach will focus on an examination of the market structure, relations of production and consumption, the labour market and background rules such as property rights. Further, this alternative lens will draw on literature that examines the political economies of African states, which will illuminate the differences internal and external to the countries that are likely to be enhanced once the countries start to trade with one another under a regime of free trade. Showing this alternative conceptualisation of differentiation is important in assessing the extent of inclusion under the current AfCFTA structure. Taking small and medium-sized enterprises (SMEs) as the subject group for thinking about inclusion, the article will analyse whether a differentiation that focuses on levels of economic development, special economic situations or trade and financial needs of state parties as espoused in the AfCFTA protocols on trade goods and services is a sufficient lens through which questions of inclusion are dealt with.

The article is presented in four parts. Part 2 examines emerging literature on AfCFTA and looks at the different strands and arguments about inclusion foregrounded in it. Part 3 presents an alternative lens through which the question of inclusion may be conceptualised. Part 4 looks at small and medium-sized enterprises, in fairly general terms, as a point of analysis on what an alternative conceptualisation of inclusive trade would consider.

2 CONCEPTUALISING INCLUSION UNDER AfCFTA

Contemporary discourse on trade liberalisation is cognisant of the negative implications that emerge when nations trade with one another under a regime of trade liberalisation.[6] It now is common for the discourse on international trade to speak of the 'distributional consequences' of openness, creation of 'losers' and 'winners', poverty alleviation, loss of employment and income inequality.[7] As the newest

6 See, eg, J Bhagwati *Free trade today* (2002); Rodrik (n 2); A Roberts & N Lamp *Six faces of globalisation: who wins, who loses and why it matters* (2021).

7 See, eg, N Pavcnik 'The winners and losers from international trade' (2019) 61 *Global Politics and Strategy* 97; EB Kapstein 'Winners and losers in the global

trade agreement in contemporary times, AfCFTA has been hailed in the emerging literature, as an alternative legal arrangement characterised by an inbuilt structure that considers the different needs of African nations. In doing so, AfCFTA creates sufficient policy space[8] for countries to pursue domestic economic policies that are favourable to the nation's respective economic and political needs while participating in the regional trade agreement.[9] AfCFTA has also been hailed as a game changer in its projected potential of boosting intra-African trade, having positive distributional effects in terms of lifting approximately 30 million people out of poverty, boosting industrialisation, creating more employment opportunities and reducing inequality across African countries.[10] By doing this, AfCFTA is argued to foster inclusive participation of nations regardless of their economic, political and social differences. This part examines the emerging literature on AfCFTA and how arguments foregrounding AfCFTA as an inclusive trade regime have conceptualised inclusion and differentiation. It will look at some of the provisions and principles in AfCFTA that are argued to enhance inclusion and provide policy space or autonomy[11] to sovereign states to pursue economic policies favourable to their countries while participating in a regional trade agreement with other countries. It is also important to note that this literature on AfCFTA is not homogenous. As such, this part attempts to tease apart the different strands of arguments in the literature by focusing on the differences in their theoretical underpinnings.

economy' (2000) 54 *International Organisation* 359; M Gasiorek, JM Garrett & I Serwicka 'Winners and losers from international trade: What do we know and what are the Implications for policy?' Briefing Paper 33 July 2019, UK Trade Policy Observatory.

8 Policy space or policy autonomy is a concept used by Santos in his work to show the indeterminacy of rules of international trade. In this article, policy autonomy and space are used to mean both the indeterminacy of rules, broadness and actual legal autonomy provided for under Special and Differentiated Treatment that allows nations to pursue domestic policies. Policy space gives room for nations to pursue domestic economic and political policies that may be deemed contradictory to the goals of free trade agreements. See, eg, A Santos 'Carving out policy autonomy for developing countries in the World Trade Organisation: the experience of Brazil and Mexico' (2012) 52 *Va J Int'l L* 551.

9 T Masiko *Flexible regional economic integration in Africa: Lessons and implications for the multilateral trading system* (2022); K Kuhlmann & AL Agutu 'The African Continental Free Trade Area: towards a new legal model for trade and development' (2019) 51 *Geo J Int'l* 753.

10 See S Mevel, S Karingi & S Sadio Diallo 'Country-level implications of AfCFTA agreement's implementation on inequality and poverty' 2023 Global Economic Analysis Conference, https://www.gtap.agecon.purdue.edu/resources/download/11798.pdf (accessed 8 December 2023); United Nations Economic Commission for Africa 'An empirical assessment of the African Continental Free Trade Area modalities on goods' November 2018, https://repository.uneca.org/bitstream/handle/10855/41828/b1192911x.pdf?sequence=1&isAllowed=y (accessed 8 December 2023); V Songwe, J Macleod & KN Stephen 'The African Continental Free Trade Area: A historical moment for development in Africa Journal of African Trade' (2021) 8 *Atlantis Press, Paris*, 12.

11 Santos (n 8).

The first strand of emerging literature on AfCFTA[12] is grounded in mainstream market economics that advances trade liberalisation as an engine for economic growth. In this strand of literature, there is less focus on the creation of policy space through legal levers such as variable geometry, flexibility and special and differentiated treatment and more focus on the creation and maintenance of free market dynamics. The underlying theoretical premise is that the market system and its undistorted price mechanism are an effective distributional tool that re-orients nations resources to productive activities that will, in the aggregate (subject to proper implementation of the AfCFTA), lift approximately 30 million people from extreme poverty and 68 million from moderate poverty,[13] thus effectively fostering their full participation under AfCFTA. This first strand of literature therefore argues along mainstream economic discourse lines focusing on, for instance; formalising the informal sector, particularly cross-border informal trade through regulation in order to boost intra-African trade;[14] arguing for more trade liberalisation in the manufacturing sector to promote knowledge transfer among countries;[15] creating more value chains and boosting export diversification among countries; and calling for harmonisation of regulatory standards across the African continent to reduce the costs of trade and do away with fragmented regulatory spaces. The lack of fragmented legal regimes will ultimately create a unified model of political economy among African states.[16] Fragmented regulatory spaces in this literature are seen as a form of non-tariff barrier that hinders market entry for small-scale and medium-sized enterprises that have to bear the cost of navigating multitudes of regulations in legally fragmented spaces.[17] For this strand of literature, the background conceptualisation of inclusion is one that seeks to bring into the market system different players, particularly those in the informal economy. Full participation in the AfCFTA therefore means full participation in the market system, undergirded by an undistorted price mechanism.

12 See, eg, The World Bank 'The African Continental Free Trade Area: Economic and distributional effects' 2020; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) 'Reaping the potential benefits of the African Continental Free Trade Area for inclusive growth' 2021; International Trade Centre 'Opportunities for youth employment and entrepreneurship: understanding the African Continental Free Trade Area' 2021, Abrego and others (n 5).

13 World Bank (n 12).

14 See, eg, TV Warikandwa 'Financial inclusion, intra-African trade and the AfCFTA: a law and economics perspective' in H Chitimira & TV Warikandwa *Financial inclusion and digital transformation regulatory practices in selected SADC countries* (2023) 207-228. Warikandwa argues that formal financial services can help boost intra-African trade. Since most small-scale enterprises cannot afford formal financial services, the use of mobile money for enterprises in the informal sector would be helpful in lowering the cost of international transfers and making the informal transaction visible in the formal sector.

15 See eg, Songwe (n 3) 97.

16 The World Bank (n 12) 13-16.

17 As above.

This strand of literature falls short in several respects when it comes to the question of inclusion. First, the literature assumes that the market system and undistorted price mechanism are the best tool to guarantee aggregate welfare for all that participate in it. Although the discussion obviously does not hold the market as a panacea for negative distributional impact and pushes for corrective measures, it falls short in as far as it disguises several dynamics, sometimes referred to as unintended consequences,[18] that perpetuate inequality and thus work against the goal of having inclusive trade. For instance, a regime of trade liberalisation will cause expansion and contraction of certain sectors in the market as resources are re-oriented to the most efficient producer. What is not adequately captured in this literature is the implication of expansion and extent of contraction that is felt by firms, particularly those that are susceptible to being outcompeted by larger and more seasoned firms. Second, the literature does not adequately discuss characterisations of firms that make them susceptible to negative dynamics of trade liberalisation. Studies have shown, for instance, that firms possessing certain characteristics such as being woman led, being a SME, or being in a conflict zone increases a firm's vulnerability to being outcompeted in the market, leading to the loss of livelihoods for vulnerable populations.[19]

The second strand in the emerging literature on AfCFTA and regional trade agreements in Africa[20] is one that presents the question of inclusion as having been adequately addressed in the legal provisions and principles inbuilt into the structure of AfCFTA (as well as some regional economic communities) which include provisions on special and differentiated treatment; flexibility; variable geometry; equity; sustainable development as well as the additional protocols such as that on women and youth.[21] These legal tools provide a plethora of alternative arrangements for countries with varying economic and political challenges to favourably participate in the regional trade agreements given their needs. The literature argues that considering the integration history of the African continent – from the moment of decolonisation to contemporary times – African nations have sought to accommodate their differences in an effort to cooperate economically at sub-regional levels and thereafter at the continental level.[22] As such, the legal arrangements born out of the compromises made between African nations' attempts to cooperate are more flexible and

18 See TK Tieku 'Analysing the African Continental Free Trade Area (the AfCFTA) from an informality perspective: a beautiful house in the wrong neighbourhood' (2003) 3 *Global Studies Quarterly* 1; F Kelleher 'The African Continental Free Trade Area [AfCFTA] and Women: a pan-African feminist analysis' FEMNET, 2021.

19 Kelleher (n 18).

20 See, eg, JT Gathii *African regional agreements as legal regimes* (2011); Luke & Macleod (n 1); Masiko (n 1); ET Aninche 'African Continental Free Trade Area and African Union Agenda 2063: the roads to Addis Ababa and Kigali' (2020) 41 *Journal of Contemporary African Studies* 1-16.

21 See, eg, arts 5(c) & (d) of the Agreement establishing the African Continental Free Trade Area, https://au.int/en/treaties/agreement-establishing-african-continental-free-trade-area (accessed 8 December 2023).

22 AA Mazrui (ed) *General history of Africa VII, Africa since 1935* (1993).

accommodative of the diverse economic and political exigencies of the nations.[23] In contemporary times, it is argued that African countries are less distinct particularly in economic terms and have moved towards some of form of common capitalism, thus justifying deeper levels of integration.[24] It is against this backdrop that AfCFTA has gained so much traction and was adopted by 54 of the 55 African countries.[25]

As already mentioned, the provisions on special and differentiated treatment, flexibility, variable geometry, equity and sustainable development are argued to give room for African countries to participate in the AfCFTA in a manner that fosters cooperation and at the same time allows for a degree of policy autonomy. Policy autonomy is important for nations because it gives room for the pursuit of domestic policies that either cushion (such as protection of infant industries) or correct (allowing for stronger labour protections) the negative implications of trade liberalisation. It is argued that AfCFTA's structure centres flexibility and that this approach to flexibility in trade agreements is not new to the African context. The regional economic arrangements in Africa have already taken this approach and are committed to variable geometry and multiple ways of cooperating.[26] For instance, under the East African Community (EAC), the principle of variable geometry – which is also enshrined in AfCFTA – allowed for the conflicting economic and political interests of Rwanda, Uganda, Kenya, Tanzania and later Burundi and South Sudan to be mitigated, which encouraged cooperation between them.[27] The principle of variable geometry allowed these nations with different economic policies and levels of development to participate in the integration project at their pace and time, permitting the nations to pick and choose areas of cooperation, members to cooperate with and at varying speeds of cooperation.[28]

Further, it has been argued that in the African context, particularly in the EAC, flexibility in economic cooperation is of three characterisations.[29] The first allowed for flexibility in pursuit of policy changes by nations at different speeds. The second allowed for distribution of institutions across cooperating member states to avoid concertation in one dominant country and the third involved

23 Gathii (n 20).

24 Masiko argues that the ideological differences existing at the height of continental integration efforts leading to the divide between the Casablanca and Monrovia blocs have died down as African nations have converged to a similar level of capitalism. As such, cooperation between the nations becomes easier. See Masiko (n 1).

25 The World Bank 'Trade pact could boost Africa's income by $450 billion, study finds' The World Bank Press Release Statement, 27 July 2020.

26 Gathii (n 20).

27 Masiko (n 1).

28 Masiko (n 1) ch 3.

29 Gathii (n 20).

distribution of industries across member states allowing states to almost exclusively pursue particular industries at the domestic level.[30] These characterisations arose from the colonial history in the EAC, which saw the concentration of institutions and industries in Kenya that caused tension with Tanzania and Uganda. In a bid to foster cooperation, in the face of varying levels of economic development and limited political will, the second and third approaches to flexibility were adopted to mitigate concentration of benefits in one country while allowing countries such as Tanzania and later on Burundi and South Sudan to integrate at their own pace.[31]

Another tool foregrounded in the second strand of literature is special and differentiated treatment (S&D).[32] S&D is argued to be a tool of inclusion, a 'central feature of multilateral trading system and a core element of many regional trade agreements and Mega Regional Trade Agreements (MRTAs)'.[33] Traditional S&D is of varying kinds targeting a range of issues. For instance, as per the World Trade Organisation (WTO) secretariat, S&D is classified along provisions on increased participation of developing countries, flexibility commitments, transitional time frames and technical assistance.[34] The issues targeted under these provisions include protection of infant industry, stabilisation of balance of payments, agricultural development and food security, investment, intellectual property policies, subsidies and countervailing measures and trade facilitation.[35] S&D is provided for under article 6 of the Protocol on Trade in Goods and article 7 of the Protocol on Trade in Services. The conditions for invoking S&D under the Protocol on Trade in Goods are 'different levels of economic development' and 'individual specificities' that are recognised by other state parties. With regard to the Protocol on Trade in Services, article 7 calls upon state parties to 'take into account the challenges that may be encountered by state parties' on a 'case-by-case basis', such as the levels of economic development, the nation's financial needs and also an obligation to accord technical assistance and capacity building. Authors such as Sommer and Macleod[36] argue that these S&D provisions under the AfCFTA protocols do not provide much leeway for countries to pursue favourable domestic policies, which brings into question their

30 As above.

31 Under the East African Community, institutions were distributed across the region. The headquarters of Air and Rail Transport were located in Kenya, Uganda had the East African Development Bank, while Tanzania had the headquarters of the East African Community. See Masiko (n 1).

32 Masiko (n 1).

33 See L Sommer & J Macleod 'How important is special and differential treatment for an inclusive AfCFTA' in Luke & Macleod (n 1).

34 Seem eg, World Trade Organizations 'Special and differential treatment', https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/status_e/sdt_e.htm#:~:text=The%20WTO%20agreements%20contain%20special,abbreviated%20as%20S%26D%20or%20SDT (accessed 4 October 2023); also see A Keck & P Low 'Special and differential treatment in the WTO: Why, when and how?' World Trade Organisation, Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2004-03.

35 Sommer & Macleod (n 33).

36 As above.

relevance to fostering inclusion. Sommer and Macleod argue that given the homogenous nature of African economies as predominantly low income and a few middle-income economies, S&D provisions under AfCFTA are less expansive than those under the WTO because it is not logical for countries with relatively similar economic levels to pursue different obligations under the traditional S&D approach.[37] Further, S&D under the AfCFTA Protocol on Trade in services is vague and the technical assistance provided is non-binding in nature. The vague, non-binding nature of S&D under the Protocol on Trade in Services deprioritised questions of inclusion, although Sommer and Macleod argue that this voluntary approach to technical assistance and disbursement of best practices is a better approach.[38]

From the above discussion, it may be argued that the second strand of literature on AfCFTA is undergirded by a series of background ideas that influence the conceptualisation of inclusion. The first is the overarching constitutional architectural approach to inclusion that favours a traditional understanding of state sovereignty in international law.[39] This approach foregrounds the inbuilt legal provisions and principles – variable geometry, flexibility, S&D discussed above – that creates room for policy autonomy, which allows for the pursuit of favourable domestic policies. This approach is backed up by a background idea of traditional state sovereignty in international law, which prioritises inward-looking strategies and thereafter regional cooperation. In this conceptualisation, AfCFTA is understood along two axes of integration, namely, how unified the integration versus how variable the integration. The states, enabled by legal levers of inclusion discussed above, determine the extent of integration or variability. States are able to first turn internally, tend to their own domestic economic policies and make distributional choices, and thereafter come together to cooperate at the regional level in the reserve. What is variable and flexible is a matter that is organised according to the political exigencies of individual countries; in effect a bargain. Essentially, differentiation and, therefore, inclusion, is a nation-state issue and is conceptualised along those terms. Therefore, when one speaks of legal provisions and tools that foster inclusion, the background conceptualisation is that this matter is one of national interest determined by the nation state.

This conceptualisation is limited in two major respects. The first is that the constitutional architectural approach does not go into a substantive inquiry about the different rationale informing the distributional choices that the individual states take when designing domestic policy and strategies for regional cooperation and whether or

37 As above.

38 As above.

39 The traditional understanding of state sovereignty conceptualises sovereignty as being concentrated within the boundaries of the nation state. The nation state has full authority over its physical borders and has the power to determine its social, political and economic policies. See, eg, LF Damrosch & S Murphy *International law: cases and materials* (2019); O Schachter *International law in theory and practice* (1991).

not these choices are helpful or harmful to the states or their neighbours. Second, this approach takes a national approach to a transnational phenomenon. When one looks at AfCFTA as a transnational phenomenon due to its transnational effects, then taking a national approach to AfCFTA's effects falls short. AfCFTA as a continental project will have continental effects on many aspects, such as the structure of markets, the labour relations, the relations of production, among others. Through the law and other tools or actors such as the state and private sector, the internal political economies of African nations will shift – expand or contract – as the nations trade with one another and resources are reshuffled among who is and who is not most productive.[40] This is not a new theory as it is postulated predominantly by the first strand of literature on AfCFTA[41] and literature generally on international trade.[42] Addressing vulnerabilities and inclusion with the constitutional architectural approach backed by a background idea rooted in traditional state sovereignty may be one of the ways to go about the question of inclusion, but it is not the only one. A substantive approach that delves more into the political economies of African nations, a looser understanding of state sovereignty[43] and an assumption of AfCFTA as an inherently transnational phenomenon as the background idea would be suggestive of an alternative conceptualisation of the vulnerabilities and the question of inclusion.

3 DIFFERENTIATION UNDER AfCFTA THROUGH A POLITICAL ECONOMY LENS

The term 'political economy' has been a historically contested term[44] that has taken on different meanings ranging from a mainstream economic conceptualisation that foregrounds the 'application of rational choice models to government actors and institutions'[45] to a meaning that centres questions of distribution, power and democracy.[46] In this part, political economy is used to mean an alternative framework of analysis that foregrounds the intertwined

40 The World Bank (n 12).

41 As above; Abrego and others (n 12).

42 See D Ndonga, E Laryea & M Chaponda 'Assessing the potential impact of the African Continental Free Trade Area on least developed countries: a case study of Malawi' (2020) 46(4) *Journal of Southern African Studies* 773.

43 See, eg, R Malley, J Manas & C Nix 'Constructing the state extraterritorially: jurisdictional discourse, the national interest and transnational norms' (1990) 103 *Harvard Law Review* 1273.

44 See, eg, J Britton-Purdy and others 'Building a law-and-political-economy framework: beyond the twentieth-century synthesis' (2020) 129 *Yale law Journal* 1791; also see Y Benkler 'Power and productivity: institutions, ideology and technology in political economy' in D Allen and others *A political economy of justice* (2022); MS Langevin *The political economy of Brazil's WTO case against the United States: inside the Cotton dispute* (2023); C Ake *A political economy of Africa* (1981).

45 See Britton-Purdy and others (n 44).

46 As above.

nature of political and economic power[47] which influences particular distributional choices, questions the assumption of an efficient self-regulating market and a supporting non-distortive legal framework as an effective tool for fostering inclusion and attempts to tease apart the various actors or groups involved when African nations begin to trade with one another. In the emerging literature on AfCFTA, the term 'political economy' has been used to describe the homogenous nature of African economies in terms of levels of income,[48] which need structural changes catalysed by increased intra-African trade. Regional trade between the countries is expected to spur greater productivity, create regional value chains, transform the agricultural sector in different African countries from subsistence to large-scale production and boost industrialisation.[49] AfCFTA is the legal instrument projected to stimulate these structural transformations subject to proper implementation so as to alleviate some of the continent's economic ills.[50] In the alternative framework suggested in this part, the analysis will look at, in fairly general terms, different sources of literature, and go beyond the mainstream approach that homogenises African economies and tease out differences that exist in across different sectors of the economy such as the labour market, informal economic arrangements, class structures or even property ownership, in other words, attempting to describe the political economies of these African countries. This becomes instrumental in looking at the ways in which these political economies interact with legal arrangements such as AfCFTA.

In 2021 the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)[51] issued a report on inclusive growth in Africa under AfCFTA. This report encompassed perhaps the closest application of a political economy lens. Unlike the first and second strands of literature discussed in the previous part, this report conceptualises inclusion in terms of growth and not necessarily trade. First, the report states that in development discourse, the term 'inclusive growth' means 'growth coupled with equal opportunities'.[52] Thereafter, the report distinguishes between two definitions of inclusive growth, namely, growth that benefits people of all income levels and multidimensional growth that encompasses human, social, economic and environmental development. Trade integration under this conceptualisation drives inclusive growth – particularly multidimensional growth – through the

47 As above. The authors argue that a political economy lens pays attention to the ways in which 'economic and political power are inextricably intertwined with racialised gendered inequity and subordination' (1792).

48 African economies have been described by Sommer & Macleod as 'predominantly low-income and lower-middle income, with a handful of upper-middle income and in high income [but save] economy'; Sommer & Macleod (n 33) 72.

49 Songwe & others (n 1).

50 See, eg, M Diatta and others 'AU summit: will free trade be Africa's economic game changer? (2019) 114 *Peace and Security Council Report*; H Fofack 'Making AfCFTA work for "The Africa we want"' (2020) Working Paper Africa Growth Initiative, Part 2 3.

51 UNCTAD (n 12).

52 UNCTAD (n 12) 4.

creation of new jobs. This is due to increased access to wider markets, the creation of regional value chains and the adoption of regional integration measures that support groups such as women and youth in their participation in business, trade and labour markets.[53] The report further argues that for AfCFTA to promote inclusive growth, there must be effective and sustainable reduction of disparities between 'diverse entities between and within countries',[54] the 'diverse entities' being informal and formal actors, men and women, governments, regions, among others.

In an attempt to analyse the disparities between African countries, UNCTAD began with examining the disparities within the regional economic communities (RECs) with regard to income inequality as opposed to growth. The report noted that whereas poverty levels fell in Africa between 2010-2018, the question of income inequality remained unresolved. Countries that are members of the Arab Maghreb Union experienced economic growth with less inequality and poverty rates whereas those from the Southern African Development Community (SADC) and the Economic Community of Central African States (ECCAS) exhibited the highest inequality indices.[55] The report also looked at three countries, The Gambia, South Africa and Zambia, as case studies of inclusive growth. Gambia was postulated in the UNCTAD report as an example of a country that pursued policies of inclusive growth following the recommendation set out in a series of poverty reduction strategy papers issued and backed by the World Bank, the International Monetary Fund (IMF) and the African Development Bank (AfDB), as well as focus on development of the agricultural sector helped to alleviate rural poverty.[56] The South African economy was described as having reduced poverty by following free market principles and austerity measures but increased inequality due to entrenchment of pre-existing inequalities.[57] The Zambian economy was described as having experienced non-inclusive growth. In the description of the Zambian economy, UNCTAD highlighted several characteristics that are important for conceptualising the meaning of having a country such as Zambia participate in AfCFTA. Zambia is described as a landlocked country, with poor access to services and markets, high debt levels, under-sourced education and health services and vulnerable to climate shocks such as drought because of its heavy reliance on agriculture as the leading sector. In spite of the multiple poverty reduction strategy papers supported by the government of Zambia and the IMF, inequality levels in Zambia did not drop and poverty levels remained high.

Although the UNCTAD report attempted to tease apart the disparities in a manner that demonstrates the complexities involved in

53 UNCTAD (n 12) 6.

54 UNCTAD (n 12) 3.

55 UNCTAD (n 12) 20.

56 International Monetary Fund (IMF) 'The Gambia: Poverty Reduction Strategy Paper 2007-2011' IMF Country Report 07/308, September 2007; UNCTAD (n 12) 33.

57 UNCTAD (n 12) 35.

dealing with questions of inclusion, it did not get to the granular level that may suggest alternative perspectives as to why these disparities persist in different countries. An alternative approach that draws on political economy methods would for instance, consider the historical trajectory of different countries, the interests created as these countries went through different post-colonial transitions and what those interests would translate into when these countries begin to trade with each other in contemporary times. This approach would therefore desist from taking the quintessential approach to inequality that places large economies versus smaller ones as the focal point of analysis. Rather, it opens up the countries and looks at the different actors and the dynamics internal to these countries that are enhanced or stifled once a transnational point of view fostered by transnational trade is accounted for. In other words, a granular level analysis will highlight in more detailed terms the political economy of African nations showing how different aspects of their political economies will be impacted once the countries are subjected to a transnational phenomenon such as AfCFTA.

Take the example of the EAC and the dynamics that exist between the nations and within the nations. Starting from the impact of British colonialism, it has been argued that one of the implications of the colonial encounter was such that disparities were created between the different economies; with Kenya – being a white settler economy with British corporations, headquarters of institutions and ahead in infrastructural development – as the leading economy in East Africa.[58] Furthermore, in Kenya – as is the characteristic of most British colonies – the colonial architecture was such that the division of labour was organised along racial lines with European settlers dominating trade, finance, manufacturing and commercial agriculture: Asian populations played the role of junior officials and middlemen and African populations were mostly small-scale farmers and petty commodity producers.[59] The Kenyan political economy was complexified in the post-colonial nation-building process that saw the creation of an African political and capitalist class working in tandem with regional and multinational corporations that drove Kenyan economic policies more to the right, thus being a more favourable regulatory environment for foreign investment and a relatively open capital market compared to Tanzania and Burundi.[60] In contrast to Kenya, Tanzania's transition was twofold. First, a relatively easy post-colonial transition favoured socialist policies, nationalisation of corporations, creation of a single party state to forge national unity and a general move towards socialist policies with a few pockets of opposition, as well as lack of African capitalistic class. The second came with the rise of neoliberalism in the 1980s that saw a transition from the socialist experiment under the Nyerere government that was influenced by exogenous factors such as

58 B Cooksey 'Tanzanian in the East African Community: a comparative political economy' European Centre for Development Policy Management, Discussion Paper186, May 2016.

59 As above.

60 D Himbara *Kenyan capitalists, the state and development* (1994).

increased globalisation, structural adjustment policies, growing significance of foreign aid, abandonment of socialist policies as the Soviet countries collapsed and a general movement towards market logics late 1980s and 1990s.[61]

In light of this historical background, this article argues that the way in which regional integration in the EAC was carried out resulted in elevated tensions between the different political economies.[62] The glaring disparity is best exemplified by the domination of Kenyan industry over other nations with Kenyan exportation constituting well over 60 per cent of intra-regional trade in the EAC.[63] The response to this disparity by Tanzania, to take one example, was retreating behind its walls, resorting to nationalist policies while preaching free-market policies to attract investment.[64] Given Tanzania's history of economic transition and the development of neighbouring countries, pressured it to 'catch-up' to globalisation, attract foreign direct investment (FDI) and create more employment, which translated into a hybrid approach to international trade and integration. On the one hand, there was economic and political nationalism that led Tanzania to be described as dragging its feet to cooperate with the EAC in economic policies and at the same time allowing FDI with several qualifications. For instance, in the EAC Tanzania has side-stepped the requirement to harmonise laws and has preferred an ad hoc negotiation with its neighbouring countries regarding trade in food.[65] With regard to expansion of agricultural industry under the EAC, Tanzania has chosen to keep its land and labour markets relatively closed to foreign investment despite it having the most arable land in an attempt to hold off the negative dynamics that come with liberalising land markets such as the creation of a landless rural class once the prime land is taken.[66]

In the South African context, the political economy lens that this article goes beyond the perspective that highlights the industrial inequality between countries under RECs such as the SADC[67] and adds an additional layer that enquires into dynamics internal to South Africa that emerged out of the transition periods when interests were created and evolved through this process right up to contemporary times as

61 With regard to the second transition in Tanzania, it is argued that there was no complete sweep from the African socialist experiment under Nyerere's government to free-market economies. It is still a point of controversy as to the extent of the adoption of neoliberal policies. However, the point of consensus is that there was no complete sweep but a shift nonetheless. Cooksey (n 58).

62 AT Mugomba 'Regional organisations and African underdevelopment: the collapse of the East African Community' (1978) 16 *Journal of Modern African Studies* 261-272; M Godfrey & S Langdon 'Partners in underdevelopment? The trans-nationalisation thesis in a Kenyan context' (1976) *Journal of Common wealth and Comparative Politics* 42; Cooksey (n 58).

63 Cooksey (n 58).

64 As above.

65 As above.

66 As above.

67 Govender and others describe South African economic dominance in the SADC as 'extreme version [s] of industrial inequality' where South Africa's industrial sector is far ahead the other members and is now considered the 'service hub' meaning

well as external factors such as the influence of international financial institutions and the pressure of globalisation.[68] The major transition for South Africa was the move from an apartheid regime to democracy under the leadership of the African National Congress (ANC). What is of relevance to a political economy lens in this transition process are the ideological struggles between the different interest groups that took place behind the scenes.[69] The ideological struggles consisted of tensions between the adoption of free-market policies pushed by big businesses in South Africa[70] and residual socialist policies by the ANC that pushed for the unbundling of four of the massive corporations that dominated the South African economy, the insistence of providing workers with living wages, and the pursuit of growth alongside redistribution.[71] It is also important to mention the role of international financial institutions such as the IMF that also lobbied for neoliberal policies among top ANC political elite. The result was a concerted effort by big businesses, international investors and financial institutions to pursue economic reconstruction within an overarching vision of a free market economy.[72] The dynamics in the transition process also saw a shift in class alliances as exemplified in back ground rules such as the land reform policy. Hall argues that there has been a shift in land reform from a focus on the rural poor to what is described as 'emerging black commercial farmers'.[73] The consequences of this dynamic were that little attention was paid to the structural inequalities that existed such as racialised division of labour resulting in living under one of the most unequal economies.[74]

The discussion above uncovers the dynamic interactions between economic and political power in the region. It goes beyond the quintessential discussion of inequality between nations that pits strong economies characterised by relatively strong industrial sectors against smaller and less developed economies. Instead, it takes a deep dive into each of these nations, showing that inequality is a phenomenon that is created by dynamics internal to each nation (for instance, the workings of political and business elite) and external to it (for instance, the

that it pulls more 'developed service-consumer sectors' and they occupy the position of an importer of skills from neighbouring markets to supply smaller neighbouring markets'. See D Govender, K Jules & C Wood 'Trade in services in imbalanced regional markets: lessons from SADC for the AfCFTA' (2023) *The Centre for Africa-Europe Relations*, ECDPM 53.

68 P Carmody 'Between globalisation and (post) apartheid: the political economy of restructuring in South Africa' (2002) 28 *Journal of Southern African Studies*; P Williams & I Taylor 'Neoliberalism and the political economy of the "new South Africa"' (2000) 5 *New Political Economy* 21.

69 P Williams & Taylor (n 68).

70 Williams & Taylor describe the 'big business interests' as the informal association of monopoly capitalists led by Harry Oppenheimer of the Anglo-American Company in South Africa known as the 'Brenthurst Group'. Williams & Taylor (n 68).

71 Williams & Taylor (n 68).

72 As above.

73 R Hall 'A political economy of land reform in South Africa' (2004) 31 *Review of African Political Economy* 213.

74 Williams & Taylor (n 68).

influence of international financial institutions and the pressures of globalisation). It therefore follows that although the portrayal of African nations' political economies as homogeneous – although true in some respects – serves the purpose of concluding that more trade liberalisation is a catalyst for propelling nations, most prominently, moving out of the low-income bracket. However, as seen from the discussion above, homogeneous portrayals ignore a myriad of interests that are expected to intersect with one another once AfCFTA is implemented. What is often described as the unintended consequences of trade liberalisation that goes beyond the creation of losers and winners, and delves deeper into transnational inequalities that cannot be mitigated by a national state alone. These include the influx of migrant labour across regions; disparities in labour markets along lines of intersecting identities such as race, gender, HIV status that cut across income levels; the adoption of austerity measures and neoliberal policies by nations without safety nets;[75] and income inequalities both within 'city hubs' (for instance, Nairobi, Cape Town and Lagos) and between urban and rural regions of the nations.

It therefore follows that the question of inclusion and what constitutes inclusive trade under the law and political economy perspective proposed in this article complexifies how we should think about inclusion in general. First, it highlights the shortcomings of the contemporary conceptualisation of inclusion in the emerging literature on AfCFTA, which takes a national approach to a transnational phenomenon. More importantly, it illuminates the underlying ideological struggles and background assumptions underlying such the conceptualisation that foregrounds tools such as flexibility, variable geometry, S&D as promoting inclusive trade. The central challenge for AfCFTA, therefore, is whether inclusion should mean being attentive to the realities of different groups living in countries with distinct economic and political dynamics. The granulated approach foregrounded in this article, through its inherent complexities, brings out the nuances that are important when thinking about what 'inclusion' and 'inclusive trade' should mean when considering AfCFTA's effect on vulnerable groups such as women, youth, farmers and SMEs.

This granulated approach would inquire into what it would mean, for different groups, that their country moves from a low-income level to middle-income level, to have regional value chains, and to grow existing and new industries, all of which having significant

75 In the 2021 UNCTAD report, a study by Silungwe & Silungwe found that the persistent inequality and poverty in Zambia were a culmination of the Structural Adjustment Policies adopted in the 1990s that disproportionately impacted the poor, the HIV/AIDS pandemic and the privatisation of Zambia Consolidated Copper Mines. A political economy lens on the Zambia economy would identify the interests that sedimented after the turn to neoliberal policies under the SAPs; whether it meant the increased presence of foreign capital or the loss of livelihoods of a section of workers in the public sectors. See AS Silungwe & W Silungwe 'Implications of the Structural Adjustment Programme on Human Security in Zambia' (2019) 7 *International Journal of Management and Commerce Innovations* 826; UNCTAD (n 12).

distributional implications. In other words, whether increased industrialisation translates into stronger property rights for foreign investors in prime land at the cost of displacement of rural populations, or whether it translates to a regime of property rights that promote redistribution of wealth to vulnerable groups and lagging sectors in the economy. Some of the considerations in making these determinations include whether the creation of regional value chains is expected to result in the convergence of financial resources across nations and heightened income inequality transnationally and whether there are institutional checks at the regional level to rectify capital concentration, should it occur.

When industrial growth is discussed in the emerging literature on AfCFTA, it is often argued that AfCFTA presents opportunities for infant industries to tap into new markets, as the deregulation and legal harmonisation required by AfCFTA render them attractive investment destinations that could potentially serve the growing middle class.[76] What is left out of this discussion, however, is an analysis of the implications for different actors once this choice is made. Specifically, the in-between steps involved in this transition, from reconstructing property (and intellectual property) rights to the expected by-product of exiting of small businesses from these 'new markets', leaving the low-income class unprotected and left in flux to respond to these distributional implications. To take one significant industry as an example, the agricultural sector, the questions that should be asked is what kind of agriculture is being targeted by AfCFTA and which actors are included or left out. It has been argued that the opportunities presented by AfCFTA would allow investors to tap into the agro-industry – a step that will increase food security and reduce the food import bill. The positive spill-over effects would be increased mechanisation, trade facilitation, and growth of trade-related infrastructure.[77] However, one should keep in mind that the majority of the agriculture in Africa is subsistent, with 70 per cent being performed by women.[78] In light of this, it is important to take into account what inclusion and inclusive trade will look like for the groups of people performing subsistence agriculture that is targeted to be transformed into agro-industry; what would their property rights look like; what would their source of livelihood relative to the amounts of capital injected into this sector.

76 UNCTAD (n 12) 74.

77 Sommer & Macleod (n 34) 76.

78 YI Ogunlela & AA Mukhtar 'Gender issues in agriculture and rural development in Nigeria: the role of women' (2009) 4 *Humanity and Social Sciences Journal* 19; E Boserup, Su Fei Tan & C Toulmin *Woman's role in economic development* (2013).

4 SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES UNDER AfCFTA

This part will use small and medium-sized enterprises to assess whether the tools of inclusion discussed in the first and second strands of literature on AfCFTA are sufficient to address the negative dynamics that accrue from trade liberalisation and foster inclusion. The part will also examine the different factors that affect the extent of participation of SMEs in regional trade agreements such as; access to capital, protection of particular sectors, the role of the state in supporting SMEs, property rights, among other things. Looking at SMEs is important because they constitute 50 per cent of the gross domestic product (GDP) of most African countries and provide approximately 70 per cent of the employment opportunities in Africa.[79] Under the emerging literature on AfCFTA, the question of inclusion of SMEs is often addressed under the discourse on 'financial inclusion'[80] and 'digital trade'.[81] The literature links financial inclusion to digital transformation and the utilisation of e-commerce as tools for facilitating inclusion and effective participation under the AfCFTA.[82] E-Commerce – specifically the use of mobile money services – is foregrounded as a positive development towards the transformation of the financial sector in African countries[83] and fostering financial inclusion for those in the informal sector.[84] For SMEs digital trade has been linked to boosting growth, innovation and entry into export markets by reducing transaction costs, delivery of goods and services and fostering innovation and entrepreneurship.[85] Although these are

79 T Fafunwa & F Odufuwa 'African micro, small and medium enterprises need to digitally transform to benefit from the Africa Continental Free Trade Area' in C Daniel, B Erforth & C Teevan (eds) *Africa-Europe cooperation and digital transformation* (2022) 1.

80 Financial inclusion or having 'inclusive financial systems' means the availability of 'broad access to financial services (savings, credit, payment, risk management) without price or nonprice barriers to their use'. See A Demirgüç-Kunt & F Klapper 'Financial inclusion in Africa: an overview' World Bank Policy Research Working Paper 6088, 2016 1.

81 United Nations Economic Commission for Africa 'Next steps for the African Continental Free Trade Area: assessing regional integration in Africa, ARIAIX' (2019).

82 An e-commerce protocol is to be negotiated under Phase III of the negotiations. The protocol is meant to harmonise regulations of African countries concerning the digital economy and harness the benefits of e-commerce. See, eg, B Karishma, J Macleod & M Mendez-Parra (2021-04) 'Digital trade provision in the AfCFTA: what can we learn from South-South trade agreements?' Addis Ababa, https://repository.uneca.org/handle/10855/43949 (accessed 29 September 2023); Fafunwa & Odufuwa (n 79).

83 Y Ismail 'Mobilising e-commerce for development in Africa through AfCFTA' CUTS International Geneva, German Federal Ministry for Economic Cooperation and Development 2020.

84 As above.

85 BA Hagos, 'Digital trade in the African Continental Free Trade Agreement: exploring its promises and challenges, 2022', https://www.afronomicslaw.org/category/analysis/digital-trade-african-continental-free-trade-agreement-exploring-its-promises-and (accessed 27 September 2023).

positive developments, SMEs still face challenges such as a lack of access to capital and bank lines and underdeveloped equity markets which stifle growth.[86]

Although the emerging literature on AfCFTA is cognisant of the challenges faced by SMEs in domestic or regional markets, the analysis falls short in elucidating the multi-faceted nature of these markets[87] that further complexifies the participation of SMEs. This complexity is exemplified in the interaction of the said social and economic challenges with state policies such as the accelerated drive towards technology diffusion or the harmonisation of digital trade rules and regulations. Despite the fact that state policies such as the harmonisation of laws and technological advancement *per se,* is not a negative thing; they are experienced differently by a wide range of actors that are homogeneously categorised in the literature, under the blanket description of SMEs. Take the example of the gendered dimension of SMEs in the agricultural sector.[88] The main arguments presented in the literature are that, under AfCFTA, the challenges that women ordinarily face in international trade due to their high participation in the informal sector – such as border delays, transaction costs and gender-based sexual harassment – are addressed through the harmonisation of regulations and the adoption of simplified trade regimes as seen under RECs such as the Common Market for East and Southern Africa (COMESA) and the Southern Africa Development Community (SADC). Such legal arrangements foster inclusion because they are able to cover small-scale traders (SMEs) who handle small consignments. Simplified trade regimes are foregrounded as an avenue for penetration into new markets and fostering export opportunities[89] for SMEs.

The analysis in the literature falls short in the following respects. First, the SMEs are not homogenous and navigate markets in widely different ways facing different challenges. For instance, one study demonstrated that SMEs that are run by women face additional structural challenges relating to ownership of property, influence on unpaid care work and access to credit.[90] Another study described

86 Fafunwa & Odufuwa (n 79).

87 Boakye-Ansah, B Nana & A Parbin 'Internationalisation prospects of small and medium enterprises (SMEs) in Africa through AfCFTA, DiVA, https://www.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A1781813&dswid=-7128 (accessed 25 July 2023).

88 Women 's labour is predominantly found in the agricultural sector contributing to 70% of food production and also constituting the majority of the small-scale farmers. They also occupy the post-harvest production sector and contribute direct income. See Kelleher (n 18).

89 UN Women 'Opportunities for women entrepreneurs in the context of the African Continental Free Trade Area, 2018; UNECA 'Gender mainstreaming in African Continental Free Trade Area national implementation strategies: an inclusive and sustainable pathway towards gender equality in Africa' 2020.

90 EF Jaiyeola & MM Adeyeye 'Obstacles along the path of women enterprises in Africa: a case study of Ogotun women in Ekiti state, Nigeria' (2021), https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8327673/ (accessed 6 October 2023).

women-led SMEs to be 'precarious, primarily survivalist, horizontal' – and are hugely burdensome for women.[91] While there was a demonstrated increase in income for women, the structural changes stifled full participation and growth of these SMEs. Second, the literature is silent about the unintended consequences of trade liberalisation on SMEs, such as the creation of low-wage, unprotected, gender-segregated jobs through export-oriented policies that disproportionately impacts women. Women participating in regional markets are susceptible to these consequences because they already occupy an economically disadvantaged position.[92] Given that trade liberalisation causes expansion in some sectors and lines of business and contraction in others, women-run SMEs are vulnerable to economic shock and dislocation once exposed to larger well-established markets. Unchecked free trade sets in motion dynamics where women will look towards labour where they have 'competitive advantage'[93] in low-wage, unregulated labour located, for instance in special economic zones or export processing zones. These zones are legally created and operate outside of the legally-acceptable employment regulations. Studies have empirically shown that special processing zones have negatively impacted women.

Furthermore, the emerging literature focuses more on increased productivity that is fostered by their full participation under AfCFTA rather than the structural challenges that inhibit participation of groups such as women. The argument in the literature is to the effect that participation under AfCFTA shall open up productive resources such as finance, new markets, technology and other assets that in turn would facilitate women's transition from subsistence agriculture to higher value crops for export in regional value chains.[94] This analysis misses the mark in under-estimating the nature of agro-industrialisation in relation to women. Women's experiences in the agro-industry are characterised by patriarchal traditions and rules relating to property ownership, structural inequalities of rural livelihood and hierarchical power dynamic between large agro-processors and small-scale subsistence women farmers.[95]

Furthermore, an empirical and theoretical study done on Nigerian SMEs examined the impact of trade liberalisation from a time frame of 1981 to 2019.[96] The study found that from the literature and empirical data, openness has a 'positive but insignificant' impact on the performance of SMEs in Nigeria. The explanation for this finding is to

91 Kelleher (n 18).

92 As above.

93 As above.

94 M Ngom AfCFTA: 'Reaping the benefits of the world's most youth and women-friendly trade agreement' UN Africa Renewal, February 2023, https://www.un.org/africarenewal/magazine/february-2023/afcfta-reaping-benefits-world%E2%80%99s-most-youth-and-women-friendly-trade-agreement#:~:text=The%20AfCFTA%20will%20address%20the,undermining%20the%20continent's%20overall%20development (accessed 6 October 2023).

95 Kelleher (n 18).

96 L Effiom and others 'Does trade openness influence the performance of small and medium enterprises in Nigeria? a re-evaluation of the evidence' (2022*) Heliyon* 8.

the effect that SMEs benefit from external economies; but the benefit is too low and inconsiderable because the major beneficiaries of trade liberalisation are countries of which the 'domestic economic conditions are robust enough to attract and adapt the dynamic benefits arising from trade and economic relations with other countries'.[97] Furthermore, the study refers to other literature that argues that firms that produce local products are negatively impacted once the market is penetrated by well-established firms.[98] The study also points to factors internal to the countries such as poor basic infrastructure, double taxation, lack of venture capital, that inhibit the performance of SMEs. It also demonstrated that lack of safety nets that cushion the negative impacts of openness when SMEs are exposed to competition with larger foreign firms, inhibits the performance of SMEs in regional trade.[99]

5 CONCLUSION

This article has attempted to present an alternative conceptualisation of what inclusion means and therefore reveals the shortcomings of the current understanding of inclusion under emerging literature on AfCFTA. This alternative approach has focused, in fairly general terms, on the political economies of different African nations and RECs such as the East African Community. It has attempted to tease apart the different actors involved when countries begin to trade with one another. In so doing, it has presented a complex picture of the political and economic landscape that sets in motion different dynamics once AfCFTA is operationalised. The complexity shows whether or not the tools of inclusion foregrounded in the emerging literature are sufficient enough to address different vulnerabilities. As opposed to the constitutional architectural approach postulated in the emerging literature, the article has taken a substantive approach that examines some granular aspects of select countries, regional economic communities, the agricultural sector and SMEs to illustrate the different dynamics that will face different actors in an economy once trading begins.

This substantive approach to regional economic arrangements such as the AfCFTA, which delves more into the political economies of African nations, a looser understanding of state sovereignty and an assumption of AfCFTA as an inherently transnational phenomenon as the background idea, suggests an alternative conceptualisation of the vulnerabilities, the question of inclusion and possible tools and legal arrangements for fostering inclusion. Such a conceptualisation would be more apt in capturing the consequences of trade liberalisation that have been described as unintended. The tools for inclusion under this perspective would vary widely and be more context specific as well as highly innovative to capture, absorb and deal with the dynamics of

97 As above.

98 A Abiodun Eniola & H Entebang 'SME firm performance: financial innovation and challenges' (2015) 195 *Procedia - Social and Behavioural Sciences* 334.

99 Effiom and others (n 96) 8.

increased openness. Principles such as variable geometry would be re-conceptualised to move beyond the boundaries of the nation state. For instance, variability could also mean variability along sectors in particular regional economic arrangement or variability along labour markets. Institutions would have to be strengthened to deal with transnational phenomenon and not just left to states. This is so because the market dynamics arising out of free-trade regimes such as AfCFTA transcend nation states. This will consequently require state-like institutions at a transnational level that are equipped enough to curb negative free-trade dynamics and protect vulnerable groups.

Assessment of the potential impact of the African Continental Free Trade Area on the right to food security of small-scale farmers and vulnerable groups

*Firew Tiba**
https://orcid.org/0000-0002-0742-8953

ABSTRACT: The African Continental Free Trade Area (AfCFTA) presents opportunities but also risks for food security of vulnerable groups and small-scale farmers. Increased intra-African trade could improve efficiency, lower costs, and boost food availability. However, more imports may displace local production by smallholders who struggle to compete, worsening hunger and eroding food sovereignty. Policies prioritising exports or imports over domestic farming can reduce control of food systems and increase reliance on foreign sources for food. The right to food security is recognised under international and African human rights instruments. The AU's Malabo Declaration aims to spur agricultural development and food security access across Africa. This article analyses AfCFTA's potential impact on smallholders' and vulnerable groups' right to food security. It identifies possible benefits and risks of greater agricultural trade and examines how policies could undermine food sovereignty and security. The article outlines policy recommendations to mitigate potential adverse effects of AfCFTA on food security. It argues that targeted policies and investments are needed to safeguard vulnerable groups. The doctrinal analysis reviews applicable rules and literature to elucidate AfCFTA's nuanced impacts on food security and inform policy making. Recommended collaborative efforts involve subsidies, microloans, extension services, infrastructure, and public-private finance partnerships to support smallholders. Additional policies include strengthening land rights and gender equality, upholding seed protections, leveraging AfCFTA safeguards, pursuing deeper integration, and combining trade reforms with transport upgrades. Holistic, tailored approaches suiting countries' diverse contexts are required, not one-size-fits-all solutions. Strategic policies and investments empowering farmers, building resilience, and enabling inclusive agricultural development can help vulnerable populations seize AfCFTA opportunities.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS:

Évaluation de l'impact potentiel de la zone de libre-échange continentale africaine sur le droit à la sécurité alimentaire des petits exploitants agricoles et des groupes vulnérables

RÉSUMÉ: Cette contribution formule des recommandations de politiques visant à atténuer les effets négatifs potentiels de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) sur la sécurité alimentaire. La contribution relève que des politiques et des investissements ciblés sont nécessaires pour protéger les groupes vulnérables. Grâce à la technique juridique, la contribution analyse les règles

* LLB (Addis Ababa), LLM (Pretoria), LLM (Kyushu), PhD (Hong Kong); Senior Lecturer, Deakin Law School, Deakin University; firew.tiba@deakin.edu.au

F Tiba 'Assessment of the potential impact of the African Continental Free Trade Area on the right to food security of small-scale farmers and vulnerable groups'
(2023) 7 *African Human Rights Yearbook* 325-352
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a15

applicables. Elle analyse, par ailleurs, la doctrine afin d'élucider les impacts nuancés de la ZLECAf sur la sécurité alimentaire et d'éclairer l'élaboration des politiques. Les efforts de collaboration recommandés concernent les subventions, les microcrédits, les services de vulgarisation, les infrastructures et les partenariats financiers public-privé pour soutenir les petits exploitants. Les politiques supplémentaires comprennent le renforcement des droits fonciers et de l'égalité des sexes, le maintien de la protection des semences, l'exploitation des garanties de la ZLECAf, la poursuite d'une intégration plus poussée et la combinaison des réformes commerciales avec la modernisation des transports. Il est nécessaire d'adopter des approches globales et personnalisées adaptées aux contextes de chaque pays, et non pas des solutions uniques. Des politiques et des investissements stratégiques permettant aux agriculteurs de se prendre en charge, de renforcer leur résilience et de favoriser un développement agricole inclusif peuvent aider les populations vulnérables à saisir les opportunités offertes par la ZLECAf.

KEY WORDS: African Continental Free Trade Area Agreement, food security, small-scale farmers, vulnerable groups, agricultural trade liberalisation, right to food, food sovereignty, sustainable agriculture

CONTENT:

1 Introduction 326
2 Food security 328
3 Smale-scale farmers and vulnerable groups 333
4 The African Continental Free Trade Area 335
4.1 Overview and objectives 335
4.2 Potential benefits of AfCFTA to food security 335
4.3 Potential challenges and risks to food security 337
4.4 Policy and legal recommendations 345
5 Conclusion 351

1 INTRODUCTION

Africa has a long history of regional integration, dating back to the early twentieth century. The South African Customs Union was formed in 1910, followed by the East African customs union in 1917.[1] Since then, the continent has seen the formation of numerous economic communities and, currently, there are 14 overlapping regional economic communities (RECs) in Africa.[2] Every country in Africa is a member of at least one regional economic community, with some countries belonging to multiple communities.[3] The African Union (AU) Commission recognises eight of these communities as building blocks of the African Economic Community, which aims to establish a continental customs union and eventually an economic and monetary union.[4]

The historical context of trade agreements and food security may broadly be divided into colonial and post-colonial developments. During colonialism, colonial powers focused on extracting resources including food from colonies through mercantilist trade networks that

1 FN Tegebu & EH Seid 'Effects of regional trade agreements on strategic agricultural trade in Africa and its implications to food security: evidence from gravity model estimation' (2019) 9 *Theoretical Economics Letters* 536-537.

2 As above.

3 As above.

4 As above.

primarily benefited home industries, with no formal agreements. This encouraged cash crops for export over local food production, adversely impacting food security. Following World War II, the post-colonial period saw the emergence of multilateral agreements such as GATT in 1947 aimed at reducing trade barriers, including in agriculture. However, tariff reductions and increased competition in this sector meant farmers in developing countries often faced livelihood and food security issues as they struggled against market pressures.

The implementation of the African Continental Free Trade Area (AfCFTA) has the potential to create a single market for goods and services across the African continent, which could lead to increased trade and economic growth. AfCFTA entered into force on 30 May 2019. Currently 46 states have ratified the treaty. Trade under AfCFTA commenced on 1 January 2022.[5] It is the largest free trade area, bringing together 54 countries and eight RECs.[6] Eritrea is the only country that has not yet signed the treaty.

While the vision for the creation of a continental-wide economic community was set in the Abuja Treaty of 1991, concrete steps were taken in 2012 when the AU Commission approved the establishment of a pan-African free trade area. While the AfCFTA breaks new important ground, it is important to remember that there are already eight RECs in Africa that have laid the groundwork for regional integration.[7]

Benefits of free trade have been widely discussed and acknowledged.[8] Simola and others list a number of indirect benefits in addition to 'static first order effects' of allowing countries to better exploit their comparative advantage and reducing dead weight losses occasioned by trade restrictions.[9] These indirect benefits, among others, include increased productivity growth, economies of scale, access to better technologies, rationalisation gains, improved price signals and restraint on government corruption.[10] Grant and Lambert, who studied the effects of eight regional trade agreements (RTAs) on nine specific agricultural commodities between 1985 and 2002 found

5 As above.

6 About the AfCFTA, Brief Overview, https://au-afcfta.org/about/#:~:text=The per cent20AfCFTA per cent20is per cent20one per cent20of,and per cent20boost per cent20intra per cent2DAfrica per cent20trade (accessed 20 July 2023).

7 These regional agreements are the Common Market East and South Africa (COMESA), composed of 21 countries; the Eastern African Community (EAC) composed of five countries; the Southern African Development Community (SADC), composed of 16 countries; the Economic Community of West African States (ECOWAS), composed of 15 countries; the Economic Community of Central African States (ECCAS) composed of 11 countries; the Intergovernmental Authority on Development (IGAD), composed of seven countries; the Arab Maghreb Union (AMU), composed of five countries; the Community of Sahel-Saharan States (CENSAD), composed of six countries.

8 A Simola and others 'Economic integration and food security: the case of the AfCFTA' (2022) 35 *Global Food Security* 1.

9 As above.

10 As above.

that RTAs are an effective way to promote multilateral free trade as they are trade creating.[11]

Likewise, researchers have projected that AfCFTA has a positive impact of increasing intra-African trade by 528 per cent by 2030 and 922 per cent by 2050.[12] They also find that food security improves in aggregate concurrently with income gains.[13] However, they note, in particular:

> Food prices, and especially cereal prices increase in most of the regions, which can negatively affect the food security of the lowest income households and households, who are employed by import-competing industries. In some regions food prices increase more than wages, which is an indicator of food becoming less affordable for some consumer groups.[14]

This shift is likely to have a significant impact on the poorest households, necessitating policy intervention. Hence, as highlighted above, while the overall positive impact of AfCFTA is widely acknowledged, there are significant issues to consider regarding the impact it will have on the food security of small-scale farmers and vulnerable groups. Understanding these issues is important for the implementation of tailored and targeted policies and legal frameworks to cushion these groups from an otherwise adverse impact of the implementation of AfCFTA. This article aims to analyse the potential impact of AfCFTA on food security for small-scale farmers and vulnerable groups.

2 FOOD SECURITY

As will be shown in the next paragraphs, food security is important in ensuring that all individuals get access to sufficient, safe, and nutritious food to lead a healthy and active life. These individual benefits have a flow-on effect of accelerating the socio-economic development of a country. The definition of food security has gone through several iterations and has evolved over time. A 2003 Food and Agricultural Organisation (FAO) report noted that even a decade before the publication of this report, there were at least 200 definitions of food security in published writings.[15] Food security as a concept originated in the mid-1970s and has since gone through several changes.[16] Initially, it focused on the volume and stability of food supplies.[17] It was

11 Literature reviewed in M Ward and others 'South Asian Free Trade Area and food trade: implications for regional food security' ECONSTOR, Working Paper 148/2020 8, https://www.econstor.eu/bitstream/10419/224943/1/1733851682.pdf (accessed 20 July 2023).

12 C Janssens and others 'A sustainable future for Africa through continental free trade and agricultural development' (2022) 3 *Nat Food* 608-618, https://doi.org/10.1038/s43016-022-00572-1 (accessed 20 July 2020).

13 Simola and others (n 8) 7.

14 As above.

15 FAO *Trade reforms and food security: conceptualising the linkages* (2003) 25, https://www.fao.org/3/y4671e/y4671e.pdf (accessed 20 July 2023).

16 FAO (n 15) 26.

17 As above.

later expanded to include access to food by vulnerable people.[18] In 1986 the World Bank in its report 'Poverty and Hunger' introduced the distinction between chronic and transitory food insecurity, with chronic food insecurity associated with ongoing poverty and low incomes, and transitory food insecurity caused by natural disasters, economic collapse, or conflict.[19] By the mid-1990s food security encompassed not only sufficient food but also food safety, nutritional balance, and consideration of food preferences. The construct of human security, which includes food security, was promoted in the UNDP Human Development Report.[20] The 1996 World Food Summit defined food security as when all people have access to sufficient, safe, and nutritious food to meet their dietary needs and preferences.[21]

Along the way, the notion of household entitlement to food came to be widely used to investigate issues related to both food security and nutrition.[22] The concept of entitlements, focusing on the rights of individuals, households and vulnerable groups was influenced by Amartya Sen in his ground-breaking work on poverty and famines.[23] Sen's conceptions will be examined below. While the international community has accepted broad goals related to food security, practical responses have often focused on narrower objectives, such as poverty reduction.[24] Food security ultimately relates to individuals' nutritional status, with vulnerability being a key concern.[25] Household food security extends this concept to the family level.[26] Food insecurity occurs when people lack adequate access to food.[27]

Currently, there is a wide consensus that the notion of food security has four pillars: 'Food security exists when all people, at all times, have physical, social and economic access to sufficient, safe and nutritious food which meets their dietary needs and food preferences for an active and healthy life.'[28]

18 As above.

19 World Bank *Poverty and hunger: Issues and options for food security in developing countries* (1986) Washington DC 1-4, https://documents1.worldbank.org/curated/en/166331467990005748/pdf/multi-page.pdf (accessed 20 July 2023).

20 UNDP *Human Development Report 1994* (1994).

21 FAO *Rome Declaration on World Food Security and World Food Summit Plan of Action*. World Food Summit 13-17 November 1996.

22 FAO *Trade reforms and food security: Conceptualising the linkages* (2003) 10, https://www.fao.org/3/y4671e/y4671e.pdf (accessed 20 July 2023).

23 FAO (n 15) 28.

24 As above.

25 FAO (n 15) 29.

26 As above.

27 As above.

28 FAO *The state of food insecurity in the world 2001* (2001), https://www.fao.org/3/y1500e/y1500e00.htm (accessed 20 July 2023); see also the World Bank's definition of food security: *What is food security?* https://www.worldbank.org/en/topic/agriculture/brief/food-security-update/what-is-food-security#:~:text=Based per cent20on per cent20the per cent201996 per cent20World,an per cent20active per cent20and per cent20healthy per cent20life (accessed 20 July 2023).

Measurements linked to the four commonly recognised pillars of food security usually concentrate on both food and nutrition-specific data, like rates of malnutrition, food costs, and the nutritional value and variety of foods.[29] They also consider wider data that can serve as an indicator for food insecurity, including household earnings, possessions, spending, and personal perceptions.[30]

While these are important pillars, they do not represent the only considerations. For example, some researchers, going beyond the four pillars, find agency to be one of the cogs in the wheel. They define agency as 'the capacity of individuals and groups to exercise a degree of control over their own circumstances and to provide meaningful input into governance processes'.[31]

Agency underscores the significance of process-oriented aspects like the ability of individuals and communities to make significant decisions about, and be actively involved in, food systems on their own terms.[32] This allows them to be free from hunger and related hardships.[33]

An emphasis on agency acknowledges that societal structural inequalities and power imbalances – due to gender, race, literacy, or other factors – can hinder individual and community participation in food system decisions, potentially compromising food security.[34] Improved agency at the individual level boosts autonomy and control over participation in food systems, ensuring access to culturally acceptable food and livelihoods, upholding human dignity, and reducing hunger fears.[35] Strengthened collective agency at the community level, through increased involvement in shaping food and agriculture development projects and food system governance, leads to improved food security and nutritional results.[36]

A related concept is that of food sovereignty. It represents the idea that people have the right 'to define their own food systems to ensure their own livelihoods and access to culturally appropriate foods'.[37] It is true to say that food sovereignty is a precondition for food security and both concepts are complementary.[38]

Apart from agency and food sovereignty, there is the additional notion of sustainability which is relevant to food security.[39]

29 J Clapp and others 'The case for a six-dimensional food security framework' (2022) 106 *Food Policy* 6 citing JB Upton and others 'Food security as resilience: reconciling definition and measurement' (2016) 47 *Agricultural Economics* 135-147.

30 As above.

31 Clapp and others (n 29) 3.

32 Clapp and others (n 29) 4.

33 As above.

34 As above.

35 As above.

36 As above.

37 As above.

38 As above.

39 Clapp and others (n 29) 5.

Sustainability refers to 'food system practices that contribute to long-term regeneration of natural, social, and economic systems, ensuring the food needs of the present generations are met without compromising food needs of future generations'.[40] Researchers distinguish sustainability from stability, which is one of the pillars of food security. Accordingly, stability considers short-term disruptions like market changes, conflicts, and natural disasters that could jeopardise immediate food security.[41] However, sustainability focuses on the links between ecosystems, livelihoods, society, and political economy to preserve food systems and support long-term food security.[42]

In this connection, it is important to note that AfCFTA makes a reference to sustainable development as one of its objectives. Thus, it aims to promote and attain sustainable and inclusive socio-economic development, gender equality and structural transformation of the state parties.[43] In its Preamble it also recognises state parties' right to regulate and introduce new rules for services supply within their territories to meet national policy objectives like competitiveness, consumer protection, and sustainable development.[44] This right must be exercised without compromising consumer and environmental protection and overall sustainability.[45] While it is too early to conclusively conclude whether the AfCFTA would lead to sustainable development, there already exists research that purports to analyse the potential outcomes of AfCFTA in terms of sustainable development. For example, Quartey, using data from the World Bank and AfCFTA Secretariat to assess the welfare effects of AfCFTA on deforestation, solid waste management, and climate change adaptation, concluded that the environmental damage resulting from AfCFTA is estimated to be US $744,71 billion, surpassing the projected benefits of US,$450 billion by 2035.[46] Based on this finding, Quartey underscores the need for a fully operational plan to offset the environmental damage and achieve sustainable development.[47]

Theoretically, while trade has the potential to affect food security pillars, 'there is relatively little empirical evidence on the impacts of changes in the trading environment on measures of food security explicitly'.[48] The study by Jha and Srinivasan examines the impact of

40 HLPE *Food security and nutrition: building a global narrative towards 2030* (2020), http://www.fao.org/3/ca9731en/ca9731en.pdf (accessed 20 July 2023).

41 HLPE (n 40) 4.

42 As above.

43 Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area art 3(e) 21 March 2018 (58) ILM 1028 (AfCFTA).

44 AfCFTA (n 43) Preamble.

45 As above.

46 JD Quartey 'Africa's continental free trade and sustainable development: an economic assessment' (2023) 5(1) *Management and Economics Research Journal* 15-44.

47 Quartey (n 46) 15.

48 H Lloyd-Ellis & A Nordstron 'Trade, poverty and food security: a survey of recent research and its implications for East Africa' *Queen's Economics Department Working Paper* 1460 20.

liberalised trade on food inventory policies.[49] The study found that liberalised trade can lead to increased food imports and decreased food self-sufficiency.[50] Santos-Paulino and Thirlwall examined the impact of trade liberalisation on developing countries and found that trade liberalisation can lead to increased exports and imports, but may also negatively impact the balance of payments.[51] McCorriston and others also examined the impact of agricultural trade liberalisation on food security and found mixed results, with some countries experiencing increased food security and others experiencing decreased food security.[52]

Another framework for looking at food security is by considering Amartya Sen's concept of entitlements. Entitlement introduces an ethical and human rights dimension to the discussion of food security, a discussion which has previously been given a narrow definition, a little more than a proxy for chronic poverty.[53] According to Sen, the entitlement approach 'concentrates on the ability of people to command food through the legal means available in the society, including the use of production possibilities, trade opportunities, entitlements relating to the state, and other methods of acquiring food'.[54] There are four types of entitlements outlined in Sen's work: trade-based, production-based, own-labour, and inheritance/transfer entitlements that determine what one is entitled to own based on trade, production using owned resources, one's own labour power, and gifts from others.[55] Sen applied this framework to analyse famine, starvation, poverty, and food security issues by situating them on a continuum where famine and starvation represent the extremes.

The rights-based approach is yet another framework that may be used to examine food security. Food security and the right to food are interrelated concepts. The 1948 Universal Declaration of Human Rights is the first international human rights instrument to acknowledge the right to food in its article 25. The right obtained strong legal backing in article 11 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). General Comment 12 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (ESCR Committee) elaborates on what the right to food entails in concrete terms.[56]

The right to food security is a fundamental human right as acknowledged by the interpretation of regional instruments such as the

49 S Friel and others 'The nexus between international trade, food systems, malnutrition and climate change' (2020) 1 *Nature Food* 51-58.

50 As above.

51 As above.

52 As above.

53 FAO (n 28) 34.

54 A Sen *Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation* (1983) 45.

55 Sen (n 54) 2.

56 ECOSOC, Committee on Economic, Social and Cultural Rights 'Substantive issues arising in the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: General Comment 12 – the right to adequate food (art 11), E/C. 12/1999/5, 12 May 1999.

African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter).[57] Although the African Charter does not mention the right to food, the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) concluded that the right to food must be read into the right to dignity and other rights.[58]

The AU's Malabo Declaration on Accelerated Agricultural Growth and Transformation for Shared Prosperity and Improved Livelihoods also makes several recommendations towards achieving food security in the continent.[59] These instruments aim to promote agricultural development and food security across the continent and ensure that all individuals have access to safe, nutritious, and culturally appropriate food.

3 SMALE-SCALE FARMERS AND VULNERABLE GROUPS

Small-scale farmers are those who manage land holdings varying from less than one hectare to 10 hectares.[60] In Africa, small-scale farms number around 33 million and contribute up to 90 per cent of the food supply in some sub-Saharan African countries.[61] The overall contribution of small-scale farmers to continental food production is estimated at 70 per cent.[62] The smallest farms on average are found in Africa and Asia and in these two regions the vast majority of farming is done on farms of less than 1 hectare.[63]

In 2021 the percentage of the undernourished in Africa was at 20,2 per cent.[64] Regionally, the highest rates of the undernourished are

57 *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) & Another v Nigeria* (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001) para 65 cited in C Heyns 'The African regional human rights system: the African Charter' (2004) 108 *Dickinson Law Review* 691.

58 As above. See also C Mbazira 'Reading the right to food into the African Charter on Human and Peoples' Rights' (2004) 5 *Economic and Social Rights in South Africa Review*, https://journals.co.za/doi/pdf/10.10520/AJA1684260X_71 (accessed 21 July 2023).

59 AU, Malabo Declaration on Accelerated Agricultural Growth and Transformation for Shared Prosperity and Improved Livelihoods, 2014, https://archives.au.int/bitstream/handle/123456789/5527/Malabo_declaration_2014_11_2631247-doc.pdf?sequence=1&isAllowed=y (accessed 21 July 2023).

60 FAO Smallholders and family farmers factsheet, https://www.fao.org/fileadmin/templates/nr/sustainability_pathways/docs/Factsheet_SMALLHOLDERS.pdf (accessed 20 July 2023).

61 FAO Family farming knowledge platform, https://www.fao.org/family-farming/detail/en/c/289255/ (accessed 20 July 2023).

62 As above.

63 J von Braun 'Small-scale farmers in liberalised trade environment' in T Huvio and others (eds) *Small-scale farmers in liberalised trade environment* Proceedings of the seminar in October 2004 in Haikko Finland (2005) University of Helsinki 25, https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/1975/683/Pub38.pdf?sequence=1#page=23 (accessed 20 July 2023).

64 The State of Food Security and Nutrition in the World 2022, https://www.fao.org/3/cc0639en/online/sofi-2022/food-security-nutrition-indicators.html (accessed 20 July 2023).

to be found in middle Africa at 32,8 per cent, followed by Eastern African 29,8 per cent; Southern Africa (9,2 per cent); Western Africa (13,9 per cent).[65] In 2019-2020 there was an overall jump of more than 2 per cent in Africa under the shadow of the COVID-19 pandemic.[66]

Vulnerability refers to the full range of factors that place people at risk of becoming food insecure.[67] The degree of vulnerability of an individual, household or group of persons is determined by their exposure to the risk factors and their ability to cope with or withstand stressful situations.[68]

A study by FAO identifies vulnerable households as constituting three groups.[69] The first group includes inherently vulnerable households while the second comprises those vulnerable to economic shocks, and the third has unstable income and resources. To identify vulnerable households, their resources are often compared to an established poverty line to gauge if their income and assets fall below it.

Once vulnerable groups are identified, the second step in identifying the vulnerable or poor is to determine their household characteristics, including location (rural or urban, small, or large village, remote or near capital city), composition (size, age, dependency ratios, male or female head), and sources of income (production, employment, trade, remittances, and other transfers).[70]

In Africa's context, we can identify the following as a non-exhaustive list of vulnerable groups. These include small-scale farmers, women, youth, pastoralists, indigenous and marginalised groups, the urban poor, and people living in conflict areas.

Small-scale farmers produce up to 80 per cent of the food consumed in Africa and Asia, although these farms account for only 12 per cent of the world's farmland.[71] Yet they face the challenges of limited farm size, restricted access to financial services, climate change, price volatility, and inadequate access to modern markets.[72] Small-scale farms are a major source of employment. In 2023, according to an ILO estimate, in Africa, 50 per cent of the total work force, and 52 per cent of which are women, are employed in the rural agricultural sector which are almost small scale in nature.[73]

Given the diversity of vulnerable groups and small-scale farmers, it is important that any policy intervention to mitigate the impact of

65 As above.

66 As above.

67 FAO (n 28) 9.

68 As above.

69 FAO (n 28) 9-10.

70 FAO (n 28) 10.

71 S Fan & C Rue 'The role of smallholder farms in a changing world' in G Paloma and others (eds) *The role of smallholder farms in food and nutrition security* 2020 13.

72 Fan & Rue (n 71) 14.

73 ILO 'Africa's employment landscape', https://ilostat.ilo.org/africas-changing-employment-landscape/ (accessed 6 September 2023).

AfCFTA, consider the specific circumstances of these groups. AfCFTA already recognises some of these groups given that the AfCFTA Secretariat is working on the development of the AfCFTA Protocol on Women and Youth in Trade, in line with the commitment of African leaders to broaden inclusiveness in the operation of the AfCFTA.[74] This is based on the Assembly of the Heads of State and Government of the AU's commitment to enhance inclusivity in the functioning of the AfCFTA.[75] This commitment involves implementing measures that support the youth, women, and SMEs, while also integrating informal cross-border traders into the formal economy through the simplified trade regime.[76]

4 THE AFRICAN CONTINENTAL FREE TRADE AREA

4.1 Overview and objectives

The relevant AfCFTA instruments for agriculture are the main agreement, Protocols on Trade in Goods and Trade in Services. In addition, the annexed AfCFTA state party schedule of concessions will form part of the applicable agreement to trade in agricultural goods and services. At this stage there is no separate agreement on Agriculture unlike the World Trade Organisation (WTO) Agreement. The AfCFTA aims to create a single market for goods and services across Africa to promote intra-African trade. It also seeks to improve harmonisation of trade policies between RECs and across the continent more broadly to help integrate Africa's economy.[77] Of relevance to the topic of this research contribution, AfCFTA aims to promote agricultural development and food security.[78] AfCFTA in its fifth objective stresses the importance of promoting and attaining sustainable and inclusive socio-economic development, gender equality and structural transformation of the state parties.

4.2 Potential benefits of AfCFTA to food security

Policy debates in Africa regarding agricultural market organisations remain contentious, with many governments questioning the effectiveness of market liberalisation and advocating for state intervention to achieve food security.[79] The academic literature is

74 AfCFTA 'Women and Youth in Trade', https://au-afcfta.org/trade-areas/women-in-trade/ (accessed 20 July 2023).

75 As above.

76 As above.

77 'CFTA- Continental Free Trade Area', https://au.int/en/ti/cfta/about (accessed 20 July 2023).

78 AfCFTA (n 49) Preamble and art 3(g).

79 FAO (n 28) 165.

divided, with some scholars arguing that market reform supports agricultural growth and food security, while others attribute the poor results to inadequate attention to institutional foundations and infrastructure.[80]

Market reforms at the domestic level in Africa can have a positive impact on consumers, millers, traders, and producers by increasing competition and reducing costs and risks.[81] According to a study by the United Nations (UN) Economic Commission for Africa, the AfCFTA is expected to significantly boost trade within Africa.[82] It is projected to increase the value of intra-African trade by 15 to 25 per cent (between $50 billion and $70 billion by 2040), depending on the level of liberalisation efforts.[83] Simply removing tariffs on goods could increase the share of intra-African trade by nearly 40 per cent to over 50 per cent between 2020 and 2040.[84]

The AfCFTA is expected to have a significant impact on intra-African trade, particularly in industrial sectors. In 2040, with the implementation of the AfCFTA, trade in industrial products within Africa could increase by 25 to 30 per cent (between $36 billion and $44 billion), depending on the level of liberalisation.[85] Similarly, trade in agriculture and food products could increase by 20 to 30 per cent (between $9,5 billion and $17 billion, while energy and mining products could see a growth of 5 to 11 per cent (between $4.5 billion and $9 billion).[86] This offers valuable opportunities for industrialisation through trade within the continent.

The AfCFTA agreement is expected to increase regional output and productivity, leading to a redistribution of resources across sectors and countries.[87] By 2035, total production in Africa would be significantly higher, with the services sector experiencing the most gains, followed by manufacturing and natural resources.[88] However, agriculture is projected to decline in output, except for North Africa, which is shifting towards manufacturing and services under AfCFTA.[89]

AfCFTA aims to attract more foreign direct investment (FDI) into Africa. Increased FDI can bring in new technologies, managerial expertise, and capital, which can help upgrade and modernise value

80 As above.

81 FAO (n 28) 175.

82 UNECA 'An empirical assessment of the African Continental Free Trade Area modalities on goods' (November 2018) 3, https://archive.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/brief_assessment_of_afcfta_modalities_eng_nov18.pdf (accessed 20 July 2023).

83 As above.

84 As above.

85 As above.

86 As above.

87 World Bank 'The African continental free trade area: Economic and distributional effects' (2020) 5, https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/ef1aa41f-60de-5bd2-a63e-75f2c3ff0f43/content (accessed 20 July 2023).

88 As above.

89 As above.

chains.[90] It can also facilitate the transfer of knowledge and best practices, supporting the development of local industries.

The above projections do not mean that every region or every country in each region in Africa would reap similar benefits. For example, an empirical simulated study of the impact of AfCFTA in grains trade in SADC Region found that 'AfCFTA will only lead to positive outcomes in four (Angola, the Democratic Republic of Congo, Madagascar and Namibia) of the fifteen SADC countries, with the rest remaining unchanged'.[91] This is because 'previously closed economies, such as economies which were not part of a free trade agreement (FTA) or a deeper arrangement, will stand to gain more than open economies because they are already opened up at the free trade level, which is equivalent to the AfCFTA'.[92] It, thus, concluded that 'as far as cereals and food security is concerned, the AfCFTA will add minimal value'.[93]

4.3 Potential challenges and risks to food security

The implementation of the AfCFTA brings immense opportunities but also poses risks for food security among marginalised populations across the continent. Smallholder farmers and vulnerable groups with limited resources could face increased challenges in remaining competitive as trade barriers fall. While increased trade flows can improve availability and affordability of food, this upside comes with potential risks as trade can also lead to the displacement of small-scale farmers and the loss of local food systems, which can exacerbate food insecurity.[94] This displacement could be direct or indirect. Directly, large agribusinesses may simply buy out small-scale farmers. Indirectly, market forces may force out small-scale farmers due to increased competition. Elsewhere, trade liberalisation has led to the displacement of small-scale farmers and increased land concentration, particularly in countries such as Cambodia, where more land has been bought and sold, leaving farmers with inadequate or no land.[95] This has contributed to landlessness and increased inequality in land ownership.[96]

90 I Fusacchia and others 'The AfCFTA impact on agricultural and food trade: a value-added perspective' (2022) 49 *European Review of Agricultural Economics* 274.

91 MT Pasara & N Diko 'The effects of AfCFTA on food security sustainability: an analysis of the cereals trade in the SADC region' 2020 (12) *Sustainability* 1419.

92 As above.

93 As above.

94 J Madeley 'The impact of trade liberalisation on food security and poverty', https://www.iatp.org/sites/default/files/Impact_of_Trade_Liberalisation_on_Food_Securit.htm (accessed 20 July 2023).

95 As above.

96 As above.

Trade policies can also undermine food sovereignty, which is the right of communities and countries to determine their own food systems and policies.[97] Food sovereignty encompasses food security, food safety, diverse sustainable agriculture, and subsistence and small-scale farming.[98] It emphasises the importance of diverse and sustainable agricultural practices in ensuring an abundant supply of affordable, safe, and nutritious food for everyone.[99] This approach also contributes to the well-being of rural and urban communities, preserving cultural heritage, and maintaining a healthy environment.[100] Countries such as India have seen a decline in self-sufficiency in edible oils due to increased imports, and many developing countries have experienced a shift towards prioritising export crops over domestic food production.[101] This shift has undermined food security and the ability of households to feed themselves.[102] Trade policies that prioritise exports or imports over domestic food production can lead to a loss of control over the food system and create dependency on foreign countries for food.

Studies consistently show that trade liberalisation has heavily impacted women and exacerbated gender inequality in countries such as Kenya, Ghana, Uganda, Zimbabwe, Mexico, Jamaica, and the Philippines.[103] The women, who produce a significant portion of food in many African countries, have been disproportionately affected by the elimination of subsidies, rising input costs, and increased food imports.[104] As noted above, up to 52 per cent of the agricultural workforce in Africa are women.[105]

Writing specifically about the impact of regional economic integration in East Africa, Lloyd-Ellis and Nordstrom find that the gains from reduction of trade barriers are highly nuanced and depend on many factors.[106] In other words, the potential gain is not uniform, but depends on 'the characteristics and activities of the households.'[107] For example, they argue:[108]

> Female-headed houses are often among the poorest and, within households, income changes for females may affect their standing in intrahousehold decision-making. By impacting these incomes, trade liberalisation and regional integration can partly determine their poverty status.

97 Friends of the Earth International 'Trade and people's food sovereignty' (April 2003) 2, https://www.foei.org/wp-content/uploads/2014/12/newfinallowres.pdf (accessed 20 July 2023).

98 As above.

99 As above.

100 As above.

101 Madeley (n 94).

102 As above.

103 As above.

104 As above.

105 See also FAO 'The state of food and agriculture: women in agriculture, closing the gender gap for development' (2010/2011), https://www.fao.org/3/i2050e/i2050e.pdf (accessed 18 September 2023).

106 Lloyd-Ellis (n 48) 7.

107 As above.

108 As above.

The production and consumption habits of a household is another factor that can lead to different outcomes depending on whether the household is a consumer or a producer.[109] A fall in food price due to removal of trade barriers may benefit consumers more than producers.[110] However, if local producers enjoy a comparative advantage and are efficient, they can reap better rewards.

Furthermore, small-scale farmers and large-scale farmers are not impacted the same way. Thus:

> High initial costs, as well as long term costs, represent key barriers to participation, which large farms are often able to manage better than smaller farms ... as larger scale producers are better able to undertake the documentation and certification required for formal trade and have access to lower average transportation and logistics costs.[111]

In addition, geographical factors such as climate, soil quality, and patterns of precipitation are key determinants of agricultural productivity which in turn impact the community's capacity to 'produce marketable goods or a surplus of commodities'.[112] The location of remote and isolated communities where road infrastructure is lacking can also impact on whether they can take advantage of the benefits of trade liberalisation.[113]

One of the overriding outcomes of trade liberalisation is the reduction or elimination of tariffs on a range of products, including agricultural products. AfCFTA is no exception. Reduction of tariffs can make imported products cheaper. One may say this is a good thing for consumers. However, it comes at the expense of 'creating disincentive to domestic food production and encouraging reliance on imported food'.[114] To use Amartya's Sen's framework, this phenomenon adversely impacts production entitlement, that is the ability of the producing class to produce food. This was observed in earlier regional liberalisation that took effect in North America under the framework of North American Free Trade Agreement (NAFTA). Upon joining NAFTA, Mexico introduced several measures in compliance with its treaty requirements. With the start of tariff-free imports in 1994, Mexico's agriculture sector experienced a reduction of public support for credit, infrastructure, research and development, and technical assistance.[115] The ending of the assistance impacted corn farmers in

109 E Becker 'US corn subsidies said to damage Mexico' *The New York Times* (27 August 2003), https://www.nytimes.com/2003/08/27/business/us-corn-subsidies-said-to-damage-mexico.html (accessed 20 July 2023).

110 M Ward and others 'South Asian Free Trade Area and food trade: implications for regional food security' *ECONSTOR Working Paper 148/2020* 22 https://www.econstor.eu/bitstream/10419/224943/1/1733851682.pdf (accessed 20 July 2023).

111 Becker (n 109).

112 As above.

113 As above.

114 CG Gonzalez 'Institutionalising inequality: The WTO agreement on agriculture, food security, and developing countries' (2002) 27 *Columbia Journal of Environmental Law* 474.

115 MA Echolas 'Paths to local food security: a right to food, a commitment to trade' (2007) 40 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1121.

Mexico and, to an extent, consumers, due to an increase in food prices when domestic subsidies were eliminated.[116] On the other hand, the subsidies given to the US farmers continued. According to an Oxfam report, the more than $10 billion subsidies given to US farmers had resulted in the fall of the price of Mexican corn by more than 70 per cent since NAFTA took effect and severely reduced the incomes of 15 million Mexicans who depend on corn for their livelihood.[117] Even if the rules are equally applied in Mexico and the United States, the impact on Mexico is more pronounced given corn (maize) is a staple of a Mexican diet, while it is just a major export crop in the United States.[118]

The strategy pursued by the country may also determine whether trade liberalisation adversely or positively impacts its food security. Some countries may follow food reliance, while others may follow food self-sufficiency strategies.[119] Gayi defines these strategies as follows:[120]

> Self-reliance in food is when a country pursues an externally oriented trade regime with a view to earning enough from its exports of goods and services to finance its food requirements. On the other hand, the food self-sufficiency approach entails the country meeting its food requirements – or a substantial part of it – from domestic production.

In a way, countries may not have a choice but to pursue a strategy that enables them to capitalise on the sectors in which they have a comparative advantage. Nonetheless, these ideal choices are impacted by additional factors. For example, a country that pursues a food self-reliance strategy and is prone to terms-of-trade losses that reduces its purchasing power, is exposed to variability in food supplies which in turn threatens its food security.[121] Primary commodities sold by African countries are prone to market or climate shocks from time to time. Furthermore, African commodity producers are not necessarily the ones to reap the benefit of rising prices given the bulk of the profit goes to other actors in the value chain as is evident from the experiences of small-scale coffee and cocoa producers.[122] According to FAO, given that agri-food global chains are dominated by few transnational corporations, these corporations take the benefits of comparative advantage and economies of scale due to their monopsony position.[123]

The loss of revenue from reductions or elimination of tariffs could also 'adversely affect the governments' capacity to invest in infrastructure, education and social programs, which are crucial for attaining sustainable development and decrease inequality in

116 As above.

117 Becker (n 109).

118 Echolas (n 115) 1121.

119 SK Gayi 'Does the WTO Agreement on Agriculture endanger food security in sub-Saharan Africa?' United Nations University, UNU_WIDER, Research Paper 2006/60, 2006, https://www.econstor.eu/bitstream/10419/63303/1/514201541.pdf (accessed 20 July 2023).

120 Gayi (n 119) 4.

121 As above.

122 As above.

123 Ward (n 110) 24.

developing countries'.[124] This can affect both production and transfer-based entitlements by

> reducing the government revenue available to support domestic subsidies, such as subsidised or free inputs, research and extension services, access to credit, irrigation projects and investments subsidies ... reducing the ability of governments to finance food-price subsidies, targeted feeding programs, food stamps, labour-intensive public works programs and income safety nets.[125]

Other researchers find that 'tariff liberalisation reduces tariff revenue, but the reduction is expected to be small for most countries in Africa, and on average compensated by increased economic activity'.[126]

Another impact of trade liberalisation is its mandate to reduce and eventually remove agricultural subsidies. While AfCFTA does not have a separate agreement on agriculture, its Protocol on Trade in Goods in article 17 allows subsidies to assist members to pursue their own development programmes. However, any member impacted by these subsidies can request consultations with a member party that provides subsidies. The fact that subsidies are permitted means that member states are not hamstrung by trade rules that prevent them from taking measures to alleviate production and entitlement-based concerns. The question, however, is for how long these permissive rules will continue to exist within the framework of AfCFTA.

If many African countries continue to protect some of their sensitive agricultural sectors, experience from at least one other regional trade agreement should provide insight as to what can be expected. As per the study of the South Asian Free Trade Area Agreement (SAFTA), the cereals sector, which remained highly protected by SAFTA's sensitive lists, showed a decrease in trade and there has been no increased specialisation and competition in this sector.[127] There has also been little improvement in production.[128] However, in the livestock sector, which was not on the sensitive list in many member states, trade in meat and meat preparations became more regionalised, and certain countries have specialised and are producing more in this sector.[129]

At the same time, low-income countries (LICs) and lower middle-income countries (LMICs) to which most African countries belong, have 'historically protected poor consumers using trade and market policies that keep domestic prices low, implicitly penalising the farming sector'.[130] This is usually done through market price control such as

124 T Albert 'The African continental free trade agreement: Opportunities and challenges', https://www.parliament.gov.za/storage/app/media/Pages/2021/may/24-05-2021_Africa_Day_Lecture/docs/AfCFTA_opportunities_and_challenges.pdf (accessed 20 July 2023).

125 Gonzalez (n 114) 474.

126 Janssens (n 12) 614.

127 Ward (n 110) 19.

128 As above.

129 Ward (n 110) 20.

130 FAO 'The state of food security and nutrition in the world 2022', https://www.fao.org/3/cc0639en/online/sofi-2022/food-agricultural-policy-support.html (accessed 20 July 2023).

administered prices used for direct government procurement from farmers.[131] The dilemma here is that such policies would prevent small-scale farmers from reaping the benefits of free trade, whilst protecting poor consumers. But the level of support should not be overestimated, particularly in the context of LICs given the financial constraints these countries face.

Universal price subsidies, while benefiting everyone, tend to be ineffective as the largest portion of the subsidies is often claimed by well-organised, politically influential groups such as urban residents, government workers, and industrial labourers.[132] As a result of surging costs of these subsidies and intermittent international donor pressure, most developing nations are driven to progressively liberalise their food markets.[133]

At the same time, government support, 'has the potential to affect the cost and affordability of healthy diets by shaping production and consumption choices as well as affecting food supply chain dynamics and food environments'.[134] For instance, import tariffs or export ban measures can favour producers of certain crops and potentially discourage production of others.[135] These same measures can also affect consumption decisions as they raise the price of imported foods, as well as their domestic substitute to consumers.[136] This can impact food security of farmers who do not produce these goods and those of vulnerable groups. Input subsidies provided without any condition may also lead to overuse of agrochemicals, natural resources and promote mono-culture with negative impacts on the environmental sustainability of agrifood systems.[137] Such subsidies may also 'hinder positive nutritional outcomes, in some cases by disproportionately fostering the production of cereals in the long term at the expense of other foods that contribute to healthy diets, such as fruits and vegetables'.[138] Having said this, FAO in its state of food security and nutrition in the world 2022 report acknowledges that, 'if designed with sustainability objectives in mind, fiscal subsidies may contribute to better production and livelihoods'.[139]

In addition to tariffs, non-tariff measures (NTMs), which are still more prevalent and higher than tariff impositions, can 'impact agrifood trade and diet affordability and diversity, because producers and traders may have complied with standards and other regulatory requirements that increase trade costs'.[140] These measures are likely to

131 As above.

132 K Boratyńska & RT Huseynov 'An innovative approach to food security policy in developing countries' (2017) 2 *Journal of Innovation and Knowledge* 43.

133 As above.

134 FAO (n 130).

135 As above.

136 As above.

137 As above.

138 As above.

139 As above.

140 As above.

increase the cost of food to consumers, particularly vulnerable group consumers.[141]

Trade agreements commonly lead to commercial liberalisation, which opens markets to competition from imported products. This increased competition could encourage crop growers to embrace industrialised agriculture systems with a view to maximising yields and reducing costs. Industrialised farming systems generally favour mechanisation, chemical inputs, and genetically-modified organisms (GMOs), which could prompt the abandonment of traditional, small-scale farming practices that have been passed down through generations. Growers may experience pressure to produce more, faster, and more affordable ways to continue competing, resulting in the potential loss of conventional farming knowledge and techniques.

Trade agreements can also lead to the standardisation of agricultural products and farming methods. These standards, often developed by international bodies, can be beneficial in ensuring the safety and quality of agricultural goods.[142] However, they could also be incompatible with traditional farming practices, especially those in developing countries.[143] To meet these international standards and remain competitive, farmers might need to adopt new farming methods or crop varieties, which can lead to the erosion of traditional agricultural knowledge and biodiversity.

Intellectual property rights can also be a contentious issue in trade agreements. Some agreements include provisions that protect the intellectual property rights of seed companies and other agribusinesses. These provisions might allow companies to patent certain seeds or farming techniques, which can limit farmers' ability to save and exchange seeds, a practice integral to many traditional farming systems.[144] This can also lead to the loss of traditional knowledge as farmers are forced to rely on patented seeds or practices. In this connection, it is important to note that small-scale farmers in sub-Saharan Africa supply 80 to 90 per cent of all the seeds planted in Africa, using their own inter-generational knowledge, experiences, and skills.[145]

141 As above.

142 FAO 'Environmental and social standards, certification and labelling for cash crops' 2003, https://www.fao.org/3/Y5136E/Y5136E00.pdf (accessed 20 July 2023).

143 MA Altieri 'Agroecology, small farms, and food sovereignty' 2009, https://monthlyreview.org/2009/07/01/agroecology-small-farms-and-food-sovereignty/ (accessed 20 July 2023).

144 'Seed laws that criminalise farmers: resistance and fightback' 2015, https://grain.org/fr/article/entries/5142-seed-laws-that-criminalise-farmers-resistance-and-fightback (accessed 20 July 2023).

145 'The real seeds producers: Small-scale farmers save, use, share and enhance the seed diversity of the crops that feed Africa' 2018, https://grain.org/en/article/6035-the-real-seeds-producers-small-scale-farmers-save-use-share-and-enhance-the-seed-diversity-of-the-crops-that-feed-africa (accessed 20 July 2023).

Article 8 of the draft Protocol on Intellectual Property creates an opportunity to address this challenge.[146] The provision requires state parties to establish a *sui generis* system for the protection of new plant varieties; this system should include farmers' rights, plant breeders' rights, and guidelines on access and benefit sharing. Furthermore, they must adhere to additional obligations specified in an Annex to the Protocol on Plant Varieties, which may incorporate relevant African and international instruments that align with their developmental objectives and interests.

In addition to AfCFTA's upcoming Protocol on Intellectual Property, efforts towards the harmonisation of seed laws in continental Africa are made on two levels: the African Union and various regional trading blocs and intellectual property organisations.[147] Key programmes such as the Comprehensive Africa Agriculture Development Programme (CAADP) and the African Seed and Biotechnology Programme (ASBP) have led to efforts in seed sector development.[148] Criticisms arise with the development of two continental guidelines for harmonisation of seed regulatory frameworks in Africa, with some alleging a lack of articulation on farmers' rights and agricultural diversity.[149]

Regional efforts towards implementing seed laws through different trading blocs and Plant Variety Protection (PVP) components also exist, but the implications and effectiveness of these are uneven and face criticism.[150] For example, seed certification, variety testing, and regulation also differ among regions, with some restrictions noted in COMESA, and more flexibility seen in SADC and ECOWAS.[151] The discussion clearly highlights the complex and layered nature of seed laws and regulations in Africa, with varying degrees of inclusivity for farmers' rights and interests.[152]

AfCFTA recognises the fact that African countries find themselves in different stages of economic development and that the challenges each country faces could be different from each other. That is why it acknowledges the need to provide special consideration to some economies. For example, article 6 of Protocol on Trade in Goods requires state parties to provide flexibilities including special consideration and additional transition periods for implementation of

146 Protocol to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area on Intellectual Property Rights (Draft), 7th extra-ordinary session of the Specialised Technical Committee on Justice and Legal Affairs (Experts Meeting) 16-21 January 2023 Accra, Ghana, STC/Legal/Exp.

147 P Munyi 'Current developments in seed laws harmonisation in Africa' DeSIRA, LIFT, October 2022 24, https://www.desiralift.org/wp-content/uploads/2022/11/161122-DeSIRA-LIFT-Current-Developments-in-Seed-Laws-Harmonisation-in-Africa.pdf (accessed 14 September 2023).

148 As above.

149 As above.

150 As above.

151 Munyi (n 147) 25-26.

152 As above.

the AfCFTA to account for differences in economic development levels or individual circumstances between countries.[153]

Likewise, the Protocol on Trade in Services in its Preamble recognises 'the serious difficulty of the least developed, land locked, island states and vulnerable economies in view of their special economic situation and their development, trade and financial needs'. Article 7 of the Protocol on Trade in Services further notes that state parties should 'grant flexibilities such as transitional periods, on a case-by-case basis, to accommodate special economic situations and development, trade and financial needs of the state parties'.

Thus, the AfCFTA Agreement and the Protocol on Trade in Services both emphasise the need for flexibility and special consideration for state parties with specific economic situations or development needs. These provisions aim to ensure that the benefits of trade are inclusive and mutually beneficial.

4.4 Policy and legal recommendations

To mitigate potential negative impacts of AfCFTA on food security, countries will need to proactively implement protective policies and support investments to safeguard vulnerable groups, while also taking advantage of opportunities to improve regional food availability. Safeguards are necessary to ensure greater trade does not undermine local farmers or production.

Addressing food insecurity in Africa requires collaborative efforts from multiple stakeholders including governments, non-governmental organisations (NGOs), international organisations, businesses and communities to ensure underprivileged groups have adequate access to food. Member states of AfCFTA can work together and individually through policy reforms while organisations like the Alliance for a Green Revolution in Africa demonstrate how partnerships between different entities can help small farms boost production and access markets.[154]

Ideally, small-scale farmers can rise to the challenge, become competitive to take advantage of the benefits of AfCFTA. However, the reality is that small-scale farmers and vulnerable groups in sub-Saharan Africa, who contribute to 80 per cent of the region's food, require significant support due to challenges like limited access to resources, technology, markets and support programs, and unfavourably skewed transportation and trade policies.

Governments could help by subsidising farm implements farmers need, giving microloans, sending agricultural advisors, and building roads and such in rural areas. Providing subsidies for farm equipment is a worthwhile strategy, as it can reduce the cost burden on farmers

153 Protocol on Trade in Goods, art 6.

154 AGRA 'Our story', https://agra.org/our-story/ (accessed 21 July 2023).

while promoting the use of modern, efficient tools to improve crop yield.[155] However, it has been shown that assistance programmes aimed at certain demographic groups, or those focusing on the consumption of specific foods linked with a particular health goal (such as reducing anaemia), produce more effective results.[156] Such subsidies can be justified on the basis of AfCFTA's safeguard provisions.

Microloans can serve as an excellent mechanism to financially support farmers, especially those that cannot access conventional loans due to their lack of collateral or credit history.[157] This approach has been empirically endorsed by researchers, who found that microcredit significantly improved the socio-economic conditions of farmers in India.[158] There are a few suggestions in public private partnership format that could be explored. Such suggestions advocate strategic use of public funding to stimulate increased private sector lending to smallholder farmers, who have traditionally lacked financial access.[159] Recommended public-private partnerships include guarantee funds to de-risk bank lending, risk sharing facilities to incentivise private loans, start-up capital to incubate rural financial institutions, co-financing to leverage donor funds, investments in financial infrastructure as public goods, reforms to state agricultural banks, and supportive policies/ regulations.[160] These measures aim to crowd-in private finance by absorbing risks, providing platforms, and creating incentives.[161] It is argued that public funds should be used catalytically to address market failures and systemic barriers, while promoting commercially-oriented rural financial systems.[162] By de-risking and structuring partnerships appropriately, limited public resources can mobilise significant private capital for the unmet smallholder finance needs.

The deployment of extension workers can contribute considerably to enhancing farming techniques, offering access to innovative farming methods that could increase productivity and income. However, these services often face limitations in coverage, leaving many remote areas and female farmers underserved.[163] To address this, innovative methods like using traditional media and digital platforms are being

155 S Fan and others 'From subsistence to profit: transforming smallholder farms' (2013) Food policy report. Washington, D.C.: International Food Policy Research Institute (IFPRI) 12.

156 FAO (n 130).

157 S Datta & TN Sahu 'Impact of microcredit on employment generation and empowerment of rural women in India' (2021) 17(1) *International Journal of Rural Management* 140-157.

158 As above.

159 A Rahman & J Smolak 'Financing smallholder farmers in developing countries' in BR Hazell & A Rahman (eds) *New directions for smallholder agriculture* (2014) 238.

160 As above.

161 As above.

162 As above.

163 NEPAD 'Expanding agricultural extension services for capacity strengthening of Africa's small-scale and subsistence farmers using technology' 22 June 2022, https://www.nepad.org/blog/expanding-agricultural-extension-services-capacity-strengthening-of-africas-small-scale-and (accessed 13 September 2023).

employed to expand access to agricultural extension services and enhance their effectiveness across diverse regions in Africa.[164] Hence, more innovative approaches need to be explored.

In the event that enough extension workers are not available, one can use other farmers as substitutes. Some countries have used a lead farmer approach – a method intended to facilitate agricultural learning and growth among farmers, through the sharing of knowledge from peer farmer trainers.[165] Although such extension methods have typically formed the nucleus of most extension models, their implementation has suffered criticism due to selectivity of prosperous farmers and lacklustre development impacts.[166] Current efforts seek to ameliorate these challenges by focusing on farmer-trainers that reflect an average community farmer and promoting a community-based selection process.[167] Although lead farmers assist extension workers, the approach suffers from limited coverage and poor implementation efficaciousness, demonstrating no significant influence over increasing awareness or adoption of majority promoted management practices.[168] Yet, notable effects on awareness and adoption have been recognised, prompted through improvements in lead farmer quality, adoption behaviour, and regular training.[169]

Infrastructure improvements, such as roads, greatly facilitate the transport of produce from farms to markets, minimising the loss and assuring farmers get the best prices for their produce.[170] According to a World Bank study, post-harvest losses in sub-Saharan Africa average 30 to 50 per cent due to inadequate transport and storage infrastructure.[171] Better rural road connectivity in developing nations is estimated to increase agricultural productivity and outputs.[172] Additionally, improved roads allow more farmers access larger urban markets with higher demand, encouraging further agricultural investment and specialisation.

164 As above.

165 C Ragasa 'Effectiveness of the lead farmer approach in agricultural extension service provision: nationally representative panel data analysis in Malawi' (2020) 99 *Land Use Policy* 1.

166 As above.

167 Ragasa (n 165) 2.

168 As above.

169 Ragasa (n 165) 3.

170 MN Lokesha & M Mahesha 'Impact of road infrastructure on agricultural development and rural road infrastructure development programmes in India' (2016) 5(11) *International Journal of Humanities and Social Science Invention* 1-7; N Sieber & H Allen 'Impacts of rural roads on poverty and equity' (2016) 86 *Transport and Communications Bulletin for Asia and the Pacific* 23-40.

171 J Kaminski & L Christiaensen 'Post-harvest loss in sub-Saharan Africa: what do farmers say?' (2014) 3 (3-4) *Global Food Security* 149.

172 GM Lianto 'The impact of infrastructure on agricultural productivity' (2012) 2012-12. PIDS discussion paper series.

Aid and school meal programmes can help the food insecure to get healthy food too. Ethiopia's safety net programme has given money to 8 million people, reducing poverty and hunger.[173] However, providing direct aid should always be considered as a last resort option, as it may potentially disrupt local food systems and markets if relied on as a long-term solution.[174] While Ethiopia's safety net programme has positively impacted poverty and hunger levels by giving money to millions, alternative measures that strengthen domestic food production, processing and distribution should remain a priority over the long run. Empowering small-scale farmers through training, infrastructure and access to financing can help countries develop sustainable and resilient local food economies that are less dependent on outside aid during times of crisis.

Traditional farming practices support biodiversity and resilience while being threatened by modern technology. Support programs are needed to protect small farmers from risks through promoting biodiversity and helping with market fluctuations, disasters, and disease.

The AfCFTA provides avenues to strengthen food sovereignty that member states should leverage. Article 4(a)'s allowance for gradual tariff reductions means priority crops can be excluded from immediate liberalisation, buying time for domestic production development. This flexibility must be used strategically via a progressive 'sensitive products' schedule that safeguards food security inputs. Furthermore, article 19 of Protocol on Trade in Goods establishes special safeguard mechanisms to temporarily raise tariffs if imports surge in a manner threatening markets or livelihoods as trade opens up.

The promotion of gender equality and empowerment of women farmers, who are among the most vulnerable groups in society and often face discrimination, is essential. Implementation of measures to guarantee equal access to resources, training, and decision-making forums, and address bias in agricultural spaces, alongside developing an inclusive culture that eradicates historical obstacles is critical. Enacting robust social support programs that cater to the most disadvantaged groups, such as small-scale farmers, women, and indigenous communities, can considerably lessen disparities and enhance women's rights and powers, given their crucial role in all aspects of food systems.[175]

173 BA Bahru and others 'Impact of Ethiopia's productive safety net programme on household food security and child nutrition: a marginal structural modelling approach' (2020) 12 *Population Health* 2.

174 N Ferrière & A Suwa-Eisenmann 'Does food aid disrupt local food market? Evidence from rural Ethiopia' (2015) 76 *World Development* 114-131.

175 Clapp and others (n 29) 4.

Another challenge small-scale farmers and vulnerable groups face is securing land rights and access to natural resources, a problem that could be exacerbated due to economic liberalisation.[176] Secure legal claims to land and guaranteed access to natural resources are essential for the longevity of small farms, therefore policies enhancing land tenure security and resource access are necessary.

Land tenure reforms varying from individual land rights to integration of customary systems into statutory law have been experimented with in various countries, with varying success and influence on marginalised groups such as women. Land tenure reforms, such as those seen in Ethiopia and Rwanda, have had positive impacts on investment, agricultural productivity, and food security, particularly benefiting female-headed households.[177] However, these reforms are complex and not thoroughly studied, with a need for more high-quality studies amidst diverse tenure systems.[178] The surge in land demand exposes weak tenure systems and poses a threat to food and livelihood security of marginalised groups, requiring careful land governance to prevent the exploitation of customary land rights and elite capture.[179] Key elements deciding if customary land and smallholder farmers are shielded from land acquisitions by investors include (a) legal acknowledgment of customary land and its land rights; (b) the feasibility of transitioning customary land to state land for investor leasing; (c) if such converted land returns to its customary status post-lease; (d) the power of traditional leaders to grant customary land to investors; and (e) the state's authority to seize customary land for investor allocation, potentially without compensation.[180]

Land tenure security needs to be supported by other policy measures. The fragmentation of agricultural land, particularly in African countries, is a significant issue impacting the sustainability and productivity of farming.[181] This trend is often exacerbated by increasing population pressures and land acquisition by investor farmers, intensifying the marginalisation of smaller farmer households.[182] Combined with the sentimental value attached to land, this makes consolidation challenging.[183] To address this, it is crucial to formulate policies that support viable consolidation of farming lands, balance the needs of small and investor farmers and encourage

176 M Rukuni & C Kambanje 'Impact of land rights on productivity of agriculture and natural resource enterprises in Africa', https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=01be40c4ca45471860a65eef338854169d2de4b1 (accessed 21 July 2023).

177 ST Holden 'Policies for improved food security: the roles of land tenure policies and land markets' in S Gomez y Paloma, L Riesgo & K Louhichi (eds) *The role of smallholder farms in food and nutrition security* (2020) 163-164.

178 As above.

179 As above.

180 As above.

181 K Giller 'The food security conundrum of sub-Saharan Africa' (2020) 26 *Global Food Security* 5.

182 As above.

183 As above.

modernised agricultural practices.[184] Incentive structures could be developed to promote joint or cooperative farming, allowing smallholder farmers to benefit from economies of scale while maintaining their connection to their land.[185] Increasing rural employment and skill development opportunities can also alleviate pressure on land and contribute to a more productive agricultural sector.[186] Furthermore, recognising smallholders as a diverse group, development policies should be tailored to support their dynamic needs based on their constraints and economic stages.[187] While some could profit from commercial agriculture, others must be supported in transitioning to non-farm employment, bearing in mind the various challenges such as climate change, price shocks, limited financing, and access to nutritious food.

Guarding traditional seed types from improper patenting under trade agreements could involve multiple tactics, inclusive of recognising exceptions for biodiversity and indigenous wisdom in intellectual property clauses, implementing compulsory disclosure and documentation procedures to ascertain prior work, availing registration and legal aid to farmers for preserving rights over local varieties, providing profit allocation plans for commercial products sourced from traditional seeds, obligatory licensing arrangements to ensure uninterrupted access, *sui generis* plant variety protection structures adapted to meet regional necessities and customs, and setting up community seed banks and databases.[188] There should also be overarching commitments to policies that honour farmer rights. The simultaneous execution of these disclosure regulations, licensing methods, registries, traditional rights protections, benefit allocation, and impact evaluations can facilitate an equilibrium between motivation for innovation and preventing the improper use of traditional agricultural knowledge and resources.

A one-size-fits-all approach is unlikely to be effective or appropriate given the complexities of the situation. Therefore, individual countries can boost their food security and the prosperity of their inhabitants by concentrating on their unique domestic objectives and benefitting from the domains in which they possess a comparatively advantageous standing. Optimal strategies will vary from one member state to

184 As above.

185 As above.

186 As above.

187 S Fan and others 'From subsistence to profit: transforming smallholder farms' (2013) *Food policy report*. Washington, DC: International Food Policy Research Institute (IFPRI) 16.

188 T Cottier & M Panizzon ' A new generation of IPR for the protection of traditional knowledge in PGR for food, agricultural and pharmaceutical uses' in S Biber-Klemm & T Cottier *PGR for Food, Agricultural and Pharmaceutical Uses in Rights to plant genetic resources and traditional knowledge: basic issues and perspectives* (2006) 229; D Muyldermans 'Genetic resources, traditional knowledge and disclosure obligations: some observations from the life science industry' in DF Robinson and others (eds) *Protecting traditional knowledge: the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (2017) 231.

another based on diverse socio-economic, geographic, and cultural determinants. Thus, practical endeavours are more likely to emerge from nationally tailored approaches grounded in an accurate understanding of each context's specific strengths, limitations, and priorities.[189]

There is not a single magic bullet here. Supporting small-scale farmers and vulnerable groups, working together, monitoring effectively, stimulating innovation and capacity, and leveraging regional markets can all help ensure African people get adequate, nutritious diets. Targeted policies and political willpower will be key to making solutions work on the ground.

While a good start, the impact of AfCFTA does not need to be overstated, particularly in some regions that already have regional free trade agreements. This calls for deeper integration levels of common markets and economic unions which allow for movement of production factors such as capital and labour.[190]

Studies show that to stimulate agricultural trade across Africa, individual policy measures will not yield significant benefits in isolation, but need to be implemented together.[191] In other words, to fulfil its promise of boosting African trade, the AfCFTA cannot rely solely on tariff liberalisation.[192] This must be paired with regulatory reform to streamline administrative import and export procedures, as well as investments to enhance port efficiency and lower inland transportation costs.[193]

5 CONCLUSION

This study illuminates the complex trade-offs surrounding greater economic unification across Africa. The African Continental Free Trade Area (AfCFTA) seeks to establish a single market for goods and services throughout the continent. Proponents argue this could catalyse commerce and prosperity. However, one must also carefully weigh the implications for small-scale farmers and vulnerable groups.

Integrating markets could potentially bolster agricultural efficiency, leading to increased production and reduced costs for numerous consumers. Yet these gains might also come at the expense of local crop farming and time-honoured traditional cultivation practices. Small-scale farmers who currently supply local markets could face stiff competition from larger producers, potentially threatening their livelihoods and their food security.

The core challenge is balancing economic goals with social welfare. Growth should not eclipse the imperative for inclusive development

189 Simola (n 8) 8.
190 Pasara (n 91) 10.
191 Janssens (n 12) 614.
192 As above.
193 As above.

and sustainability. With conscientious reforms centred on safeguarding rural livelihoods and nutritional security, African countries can promote collective prosperity. However, this demands prioritising human dignity over statistics. As the African Commission recognised, the right to food is one important measure of how well human dignity is respected. Policy makers must be willing to make tough decisions that empower the vulnerable, not only the well-off.

Thus, realising the benefits of AfCFTA while protecting vulnerable groups will require proactive and judicious policy measures. Governments must make meaningful investments to support small-scale and traditional farming. Land rights and access to resources for local farmers should be secured. Targeted programmes to help rural communities adjust and participate in emerging opportunities will be crucial.

More broadly, policy makers should prioritise upholding the right to food security. Economic growth objectives, while important, should be balanced with social protection. Impact assessments and continuous monitoring can identify problems early. Designing policies that specifically benefit historically-marginalised groups will help ensure widely shared prosperity.

In summary, increased African economic integration offers much promise but also poses risks. With thoughtful policies centred on safeguarding rural livelihoods and food security, countries can work towards sustainable development that leaves no one behind. Policy makers should consider incentives promoting biodiversity, smallholder competitiveness and programmes supporting vulnerable communities. If managed inclusively, AfCFTA can drive growth while protecting the food rights of all.

III

CASE COMMENTARIES

COMMENTAIRES DE DECISIONS

A commentary on the African Court on Human and Peoples' Rights' remedial approach in its ruling on reparations in *African Commission on Human and Peoples' Rights v Kenya*

*Nelson Baiye Mbu**
https://orcid.org/0009-0001-4403-7783

*Fabrice Tambe Endoh***
https://orcid.org 0000-0002-2813-3636

ABSTRACT: This commentary examines and highlights some crucial aspects of the reparation ruling by the African Court on Human and Peoples' Rights in *African Commission on Human and Peoples' Rights v Kenya* (*Ogiek* case), focusing on its reparation approach to formulate adequate solutions. The commentary points out that the Court's remedial approach faces challenges concerning specificity and state-centrism, which hinders the development of an efficient indigenous remedial practice and the implementation of its decisions by third parties. Moreover, the commentary argues that the African remedial approach failed to recognise and provide adequate remedial response to the intergenerational nature of the Ogieks' suffering. Considering these gaps, the commentary advocates a reinforced specificity of the African Court's remedial orders to encourage compliance and minimise state dominance, embrace a participatory approach to undermine state centrism, and adopt a regulatory-participatory method to guarantee more efficient intergenerational remedies. The research methodology used in this commentary was qualitative, and content analysis was adopted as the methodological paradigm.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS:

Commentaire sur l'approche de réparation adoptée par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans son arrêt sur les réparations dans l'affaire *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya*

RÉSUMÉ: Ce commentaire examine et met en lumière certains aspects cruciaux de l'arrêt *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya* (*Ogiek*) de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en matière de réparation, en se concentrant sur son approche de la réparation afin de formuler des solutions adéquates. Le commentaire souligne que le modèle de réparation de la Cour est toujours confrontée à des défis concernant la spécificité et centrisme étatique, ce qui entrave le développement d'une pratique réparatrice indigène efficace et la mise en œuvre de ses décisions par des tiers. En outre, le commentaire affirme que l'approche africaine de la réparation n'a pas réussi à reconnaître et à fournir une appréciation

* LLB (Buea), MA (Yaounde); Doctoral researcher, Centre for Human Rights, University of Pretoria, South Africa; nelsonmbu@yahoo.com

** LLB (Buea), LLM (Fort Hare), LLD (Mafikeng); Lecturer, Faculty of Law and Political Science, University of Buea, Cameroon; fabriceendoh21@gmail.com

N Baiye Mbu & FT Endoh 'A commentary on the African Court on Human and Peoples' Rights' remedial approach in its ruling on reparations in *African Commission on Human and Peoples' Rights v Kenya*' (2023) 7 *African Human Rights Yearbook* 355-374
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a16

adéquate de la nature intergénérationnelle de la souffrance du peuple Ogiek. Compte tenu de ces lacunes, le commentaire préconise un renforcement de la spécificité des ordonnances de réparation afin d'encourager la conformité et de minimiser la supériorité de l'État, d'adopter une approche participative pour rabaisser le centrisme étatique et d'adopter une méthode réglementaire-participative pour garantir des réparations intergénérationnelles plus efficaces. La méthodologie de recherche utilisée dans ce commentaire est qualitative et l'analyse de contenu a été adoptée comme paradigme méthodologique.

KEY WORDS: African Court, *Ogiek* reparation decision, remedial approach

CONTENT:

1 Introduction 356
2 Summary of facts and brief analysis of the *Ogiek* decision on merits 357
3 A synopsis of the African Court's reparation practice 360
4 Analysis of the African Court's remedial approach in the *Ogiek* reparation ruling 361
4.1 The communitarian approach 362
4.2 Cultural approach 362
4.3 Equitable remedy approach 363
4.4 Prescriptive approach 364
5 Shortcomings of the African Court's reparation approach 365
5.1 Inadequate specificity and clarity in its remedial orders 365
5.2 Inadequate remedial appreciation of the intergenerational sufferings of the Ogiek people 367
6 Overcoming gaps in the African Court's indigenous reparation practice 369
6.1 Reinforcing the specificity of remedial orders 369
6.2 Fine-tuning specificity and embracing a negotiation approach to minimise state-centrism 371
6.3 Adopting a regulatory-participatory approach to guarantee adequate intergenerational justice 372
7 Conclusion 373

1 INTRODUCTION

The African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) handed down a ruling on reparations on 23 June 2023 regarding the forced eviction of the Ogiek people, a Kenyan indigenous community numbering between 10 000 and 20 000 people, from their ancestral land in the Mau Forest, a region covering approximately 400 000 hectares. The African Court has predominantly addressed individual cases in its decisions on reparations, with only two instances involving indigenous peoples.[1] The Court has only issued one ruling regarding reparations for indigenous peoples, namely, the *Ogiek* ruling on reparations, the first case issued by an African regional judicial body. This ruling is a significant milestone for indigenous peoples in Africa as it sets binding precedents and outlines Africa's response and approach to reparation for harm caused to indigenous peoples, particularly the Ogiek community.

This commentary focuses on some of the key issues in the Court's remedial approach and offers suggestions for improvement to enhance

1 See https://www.african-court.org/cpmt/decisions (accessed 8 December 2023) *Twifo Hemmang Community v Ghana* Application 59/2016, African Court on Human and Peoples' Rights (2016). The African Court dismissed the case for lack of temporal jurisdiction. Meanwhile, the *Ogiek* case was declared admissible by the Court, and separate decisions were made on the merits and reparations.

the Court's future handling of similar cases. Since the *Ogiek* reparation practices serve as a representation and articulation of the broader reparation practices of the African Court, this commentary provides a comprehensive overview of the Court's reparation practices, followed by a detailed examination of its approach in the *Ogiek* case. The commentary then identifies the inadequacies of the Court's remedial approach. It concludes with strategies to improve the Court's indigenous remedial practices and enhance the implementation of its decisions by third parties.

This study uses a qualitative methodology, including analytical legal analyses involving primary and secondary data collection methods. The primary materials were obtained from the *Ogiek* reparation judgment to aid in the commentary's examination of the Court's approach in the *Ogiek* case. The analysis involved a desk review of the *Ogiek* reparation ruling. Where relevant, reference was made to the merit decision of the case, other relevant reparation decisions from domestic and supranational bodies, such as the Australian domestic system and the United Nations Committee against Torture, and the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court). However, it should be noted that this is not intended to make the commentary a comparative analysis; rather, it aims to use these relevant cases as a lens to provide detailed insight and clarity on the analysis arising from the African Court's ruling. Secondary materials were sourced through a desk review deemed appropriate for the analysis derived from exploring the African Court's remedial practice in the case under consideration.

2 SUMMARY OF FACTS AND BRIEF ANALYSIS OF THE *OGIEK* DECISION ON MERITS

Since time immemorial, the Ogiek indigenous peoples of Kenya have lived and depended on the land for their socio-economic and cultural survival. Since and before independence, the Kenyan government has regularly and arbitrarily subjected the community to forced evictions from their ancestral land, without consultation or compensation.[2] The Ogieks' rights over their traditionally-owned lands have been continually denied and ignored. The government has allocated to third parties, and permitted substantial commercial logging to take place, without sharing any of the benefits with the Ogiek.

In October 2009 Kenya issued an eviction notice to the Ogiek indigenous community and other settlers of the Mau Forest, giving them 30 days to leave. After having exhausted domestic remedies, the Ogiek community, with the assistance of the Minority Rights Group International (MRG), Ogiek Peoples' Development Programme (OPDP) and Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE),

2 *African Commission on Human and Peoples' Rights v Kenya* Application 6/2012, African Court on Human and Peoples' Rights, ruling on reparations (2022) para 8 (*Ogiek* case).

filed a complaint against Kenya with the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) on 14 November 2009. The Ogiek community alleged violations of articles 2, 4, 8, 14, 17(2), 17(3), 21 and 22 of the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter). On 23 November 2009 the African Commission issued an Order for Provisional Measures, requesting Kenya to suspend the implementation of the eviction order. On 12 July 2012 the African Commission referred the case to the African Court under article 5(1)(a) of the Protocol establishing the Court Protocol due to Kenya's lack of response in what became known as the *Ogiek* case.[3] The African Commission on behalf of the Ogiek community alleged that Kenya violated their rights to life, property, culture, natural resources, development and religion, as enshrined in articles 1, 2, 4, 8, 14, 17(2) and (3), 21 and 22 of the African Charter.[4] The Commission pleaded that the Court ordered Kenya, among others, to stop the evictions and provide a remedy for violations of the rights of the Ogieks.[5] Kenya requested that the application be dismissed and that there were no violations of Ogieks' rights, as the Commission alleged.[6] Kenya further contended with the African Commission's lack of standing and the African Court's lack of temporal jurisdiction.[7]

After hearing both parties, the Court held that it had personal and material jurisdiction to entertain the case. For temporal jurisdiction, it stated that although the violations fell outside the critical dates,[8] the violations were 'continuing'. Here, the Court acknowledges the longstanding and intergenerational injustices[9] experienced by the Ogiek community.[10] The Court recognised that the Ogieks' suffering had been ongoing since independence, characterised by continued subjugation, marginalisation, denial of access to land and lack of adequate constitutional or judicial remedy.[11] Additionally, the African Court declared the case admissible under articles 55 and 56 of the African Charter.[12]

After examining the parties' pleadings on the merits, on 26 May 2017 the Court unanimously ruled that Kenya violated articles 1, 2, 8, 14 17(2) and (3), 21 and 22 of the African Charter. Two of the takeaways in this Court's merits decision relate to its interpretation of the status of the Ogiek and their right to property under article 14 of the African

3 *Ogiek* ruling on reparations paras 1-3.

4 *Ogiek* ruling on reparations para 1.

5 *African Commission on Human and Peoples' Rights v Kenya* Application 6/2012 (2017) decision on merits para 43.

6 *Ogiek* decision on merits para 46.

7 *Ogiek* decision on merits paras 48-62.

8 This is the date that a state legally recognises and becomes subject to the jurisdiction of the Court.

9 Intergenerational suffering is a historic and ongoing human rights violation that impedes indigenous communities from perpetuating their practices, culture and philosophies over time.

10 *Ogiek* decision on merits paras 47-68.

11 *Ogiek* decision on merits paras 111, 130, 141 & 193.

12 *Ogiek* decision on merits paras 69-100.

Charter. It acknowledged that the Ogieks are an indigenous people, with a unique cultural lifestyle, religious practices and historical connection to the Mau Forest.[13] It recognises the Ogiek traditional land tenure system for property ownership and use and recognises their traditional right to collective property ownership.[14]

In its operative paragraphs, the Court held that Kenya must take all appropriate measures within a reasonable period of six months to remedy all the violations established and inform the Court of the measures taken from the decision date.[15] The Court decided that it would rule on reparations in a separate decision, taking into consideration additional submissions from the Ogiek community and Kenya, and granting each party a period of 60 days in which to provide its submissions.[16]

On 23 June 2022 the Court issued a judgment on reparation that spelt out measures to be undertaken by the government of Kenya to end enduring violations against the Ogiek community. During the reparation proceedings, between 10 August 2017 and 22 June 2021 the African Court received submissions from the parties and experts during which the African Commission and Kenya made specific requests.[17] The Commission requested that the Court orders Kenya to provide monetary and non-monetary reparations to address their longstanding suffering, including legislative and administrative measures, rehabilitation, restitution, apology, and the erection of monuments.[18] On its part, the African Commission expressed its commitment to implement the African Court's remedial orders, particularly measures of rehabilitation and non-recurrence.[19] It requested the Court to reject the Ogiek survey report and request the relocation of the monument and that the Court had due regard for its economic viability before awarding monetary compensation. It also asked that the Court facilitate an amicable settlement of the dispute. Kenya had contested its liability for violations before 1992, which the Court dismissed, stating that comprehensive reparations should include past events so far as they are connected to recent harms.[20]

In its decision the Court recalled the parties' positions during the merit proceedings. It concluded that the parties' submissions to the case held opposing views regarding the possibility of an amicable settlement.[21] The Court then proceeded to award various remedies, including pecuniary and non-pecuniary reparation measures encompassing rehabilitation, restitution, guarantees of non-repetition,

13 *Ogiek* decision on merits paras 105-113.
14 *Ogiek* decision on merits paras 122-131.
15 *Ogiek* decision on merits para 227(xii).
16 *Ogiek* decision on merits para 227(xiv).
17 *Ogiek* ruling on reparations paras 4-20.
18 *Ogiek* ruling on reparations para 22.
19 *Ogiek* ruling on reparations para 23.
20 *Ogiek* ruling on reparations paras 25-27.
21 *Ogiek* ruling on reparations paras 28-32.

and satisfaction.[22] The decision demonstrated the African Court's commitment to the efforts of the African human rights system to protect the rights of indigenous minority groups.

This case commentary contends that although the reparation decision of the African Court remains instructive and reflective of genuine judicial efforts to resolve the plight of the indigenous peoples in Africa, its remedial approach still grapples with issues relating to the specificity of its decisions, state-centrism, and insufficient appreciation of its remedies with respect to the intergenerational character of the Ogiek people's suffering.

3 A SYNOPSIS OF THE AFRICAN COURT'S REPARATION PRACTICE

Foremost, it is imperative to emphasise that the African Court's reparation practice is guided by the general principle of state responsibility in international law that acknowledges the state's duty and obligation to provide remedy for violation of an international obligation that causes injury or harm.[23] The Court recognises material and moral harms and acknowledges that such harm may be individual and collective as in the *Ogiek* case. Consequently, it has a collective and individual approach in awarding remedies. Collective remedies are generally awarded to a group of aggregate individuals and collectives such as Indigenous communities. The African Court also has a flexible remedial approach awarding a wide variety of remedial measures envisaged under the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law[24] and General Comment 4 on the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Right to Redress for Victims of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment or Treatment,[25] ranging from monetary to non-monetary damages, including cash awards, restitution, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition which encompass legislative and administrative measures.[26]

In terms of the determining and assessing remedial measures, the African Court employs different approaches. Generally, the African Court's practice reveals a state-centric model and accords a large margin of discretion to the state to determine the appropriate award. However, it often uses an equity approach to provide monetary

22 *Ogiek* ruling on reparations paras 15-48.

23 *Reverend Christopher Mtikila v Tanzania* Application 11/2011, African Court on Human and Peoples' Rights, judgment on reparations (2011) para 27.

24 Adopted on 16 December 2005 by UN General Assembly Resolution 60/147; see paras 19-23 on the different forms of remedies.

25 See paras 39-49.

26 African Court on Human and Peoples' Rights 'Comparative study on the law and practice of reparations for human rights violations' (2019) 45-67.

remedies for economic and cultural harms. The African Court typically specifies the exact quantum to be paid to the victim – whenever it determines that monetary compensation must be paid. However, it does not have a standardised approach by which it arrives at a precise quantum. This practice is equally applied for indigenous cases.

Furthermore, in assessing monetary compensation for material harm such as damage to individual property, the African court employs the property's current market value when determining the exact monetary compensation.[27] Due to the complexity of determining the value of property, particularly land, expert opinions are often requested and consulted.[28] However, where the material damages involve a group of people, or an aggregate of a large number of people, the African Court adopts an equitable remedy approach based on its discretion. This is particularly the approach for moral harms.

In addition, the Court at times uses an amicable settlement approach as a proactive measure for remedying human rights violations.[29] However, the African Court has resorted to this approach in relatively few cases.[30] The African Charter only deals with amicable settlement in the context of inter-state communications.[31] The African Court[32] has relied on their Rules of Procedure and article 60 of the African Charter to provide remedies through 'individual' settlement procedures. The African Court's approach on the issue of reparation may still be said to be narrow with problems of content specificity characterised by lack of standardised and clear methodology for assessing monetary damages.

4 ANALYSIS OF THE AFRICAN COURT'S REMEDIAL APPROACH IN THE *OGIEK* REPARATION RULING

The *Ogiek* reparation judgment has led to the identification of four primary remedial methods, including communitarian, cultural, judicial discretion, and equitable remedy, and prescriptive methods.

27 See *Mbiankeu v Cameroon* Communication 389/10, African Commission on Human and Peoples' Rights (2015) para 136.

28 *Mbiankeu* (n 27) para 142 (noting that the complainant should have provided an expert assessment);

29 VO Ayeni & TO Ibraheem 'Amicable settlement of disputes and proactive remediation of violations under the African human rights system' (2019) 10 *Beijing Law Review* 406-422.

30 F Viljoen *International human rights law in Africa* (2012) 309-910, 440.

31 African Charter arts 47-52.

32 See Rules 26(1)(c), 56 and 57 of the Rules of the African Court Protocol and art 9 of the Protocol to the African Charter.

4.1 The communitarian approach

The model is grounded in communitarianism and is informed by the Court's interpretation of indigenous rights as a collective right, where land is not only a matter of shared ownership but also serves as a spiritual connection that enables the transmission of culture to future generations. The African Court's communitarian approach stems from its interpretation of the status of the Ogiek people. It recalled its position in its decision on the merits where it found that the Ogiek people are indigenous community[33] with the right to collectively own property,[34] further stating that the failure to consult the Ogiek community was violating this communal interest in land.[35] The Court also recalled its previous ruling on the matter, emphasising the necessity of the Ogiek people's right to be consulted and participate in any development projects in a way that respects their traditional and cultural practices.[36] By affirming the communal character and lifestyle of the Ogiek people, it is apparent that safeguarding this communal interest in land and collective identity logically means adopting an approach that can safeguard and reflect the communal nature of the community. This approach was instrumental in shaping the remedial measures which the Court awarded to Ogieks.[37] In fact, in awarding monetary compensation the Court stated that 'given the communal nature of the violations, the Court finds it inappropriate to order that each member of the Ogiek community be paid compensation individually or that compensation be pegged to a sum due to each member of the Ogiek community'.[38]

Based on the Court's decision on merits, monetary and the non-monetary and non-monetary awards encompassing cash awards, measures of restitution and rehabilitation were granted collectively rather than individually.[39] Even in its order for the establishment of a community development fund, the African Court stated that the fund was intended for projects that would benefit the community as a whole.[40]

4.2 Cultural approach

The cultural approach strives to maintain indigenous culture and ways of life. It closely connects with the communitarian model, as it seeks to recognise and uphold indigenous communities' collective cultural

33 *Ogiek* ruling on reparations para 122; see *Ogiek* decision on merits para 112.
34 *Ogiek* decision on merits paras 123 & 127.
35 *Ogiek* decision on merits para 131.
36 *Ogiek* ruling on reparations paras 134-145; see *Ogiek* decision on merits paras 128, 123 & 127.
37 *Ogiek* ruling on reparation paras 76, 112.
38 *Ogiek* ruling on reparation para 76.
39 *Ogiek* ruling on reparation paras 77, 112 & 155.
40 *Ogiek* ruling on reparation paras 151 & 152.

identity and heritage. It emphasises the importance of taking into account customs and traditions in all processes related to indigenous reparation. In its decision on merits, the African Court acknowledged the Ogieks as indigenous peoples having a unique culture and way of life and considered their evictions as violation of their religion and culture.[41]

Based on this reasoning, the African Court demonstrated an increasing appeal towards protecting the indigenous traditions and customs in the award of reparations by insisting that Kenya consider the Ogiek traditions and customs in every phase of the reparation process and in implementing the various forms of reparation the reparation order.[42] For instance, in its decision on reparations, the Court ordered Kenya to ensure compliance with the Ogiek people's culture/customs, during consultation with regard to development, conservation or investment projects on Ogiek ancestral land or/and when adopting legislative, administrative or other measures to protect, recognise, and protect the Ogiek's right.[43] The Court further requested Kenya to conform to the Ogiek culture and traditions in all the stages of the reparation process.[44] Clearly, the Court's appeal to Kenya to take into consideration Ogiek people's cultures and tradition reveals a remedial response that is deeply embedded, shaped, and defined by the traditional and cultural realities of the Ogieks.

4.3 Equitable remedy approach

The African Court's approach in this case was guided by judicial subjectivity and discretion and it is not bound by submissions made by parties nor experts. The Court is considered a free agent with broader powers and latitude to determine what is fair and equitable in ensuring that the remedy is efficient, adequate, and commensurate to the harm suffered by the Ogiek people. The Court's approach finds justification under article 27 of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights (Protocol), which gives the Court extensive powers in exercising its remedial authority.[45] Therefore, in its reparation ruling it stated that 'while noting the Applicant's effort to deploy a scientific method for determining the compensation due to the Ogiek, holds that the best way forward is to make an equitable award ... resultantly does not consider itself bound by the community survey report submitted by the Applicant'.[46]

41 *Ogiek* decision on merits paras 164-166.

42 *Ogiek* ruling on reparation paras 145 & 160(x).

43 *Ogiek* ruling on reparation paras 142, 144, & 160(ix) & (x).

44 *Ogiek* ruling on reparation para 145.

45 SH Adjolohoun & S Ore 'Between unlimited imperium and restrained decidendi: reparation in the African Court on Human and Peoples' Rights' (2019) 3 *African Human Rights Yearbook* 318-347.

46 *Ogiek* ruling on reparation paras 63 & 23(viii).

The Court acknowledged that ongoing violations affected a particularly vulnerable section of the Ogiek community[47] and that it was difficult to use a mathematical formula to quantify such enduring violations. Therefore, the Court relied on judicial discretion to make an award in equity.[48] When determining reparations for moral harm, the Court considered a reasonable exercise of judicial discretion, taking into account the specific circumstances of the *Ogiek* case and based its decision on the principles of equity.[49]

In exercising its discretion in equity, the Court directed Kenya to compensate the Ogiek community with a sum of KES100 000 000 for moral prejudice which is equivalent to US $679 300.[50] However, this approach lacks content specificity and clarity, as the Court did not provide any details on how it arrived at the quantum award. Such details are crucial to ensure the legitimacy and transparency of remedial responses.

4.4 Prescriptive approach

An interesting approach that the African Court adopted in the *Ogiek* reparation decision was to use a temporal prescription, which involved setting deadlines for implementing reparation orders. This method may have been employed by the Court to put pressure on Kenya to comply with its decision and provide a framework for ongoing engagement. It brings temporal specificity to the time within which Kenya must implement the required remedial orders. This method was used to determine the timeline for different forms of reparations awarded in the reparation ruling. For the reparation measure of restitution, which includes delimiting, demarcating, and granting collective title to Ogiek, the African Court ordered Kenya to do so within two years from the date of the reparation ruling.[51]

Regarding guarantees of non-repetition, the Court instructed Kenya to implement administrative and legislative measures within two years of the decision.[52] Measures of satisfaction, including recognising Ogiek as an indigenous community, were ordered to be implemented within 12 months.[53] The Court ordered the publication of full judgments on the merits of reparations and summaries provided by the registry on an official government website within six months and to remain available for at least one year.[54] Regarding measures of rehabilitation involving the development of the Ogiek community fund for socio-economic and cultural projects for Ogiek's welfare, Kenya was

47 *Ogiek* ruling on reparation para 66.
48 *Ogiek* ruling on reparation paras 63, 66, 67 & 90.
49 *Ogiek* ruling on reparation para 90.
50 *Ogiek* ruling on reparation para 93.
51 *Ogiek* ruling on reparation paras 166 & 160(x-xvi).
52 *Ogiek* ruling on reparation para 116.
53 *Ogiek* ruling on reparation paras 126 & 160(xiv).
54 *Ogiek* ruling on reparation para 160(xiv).

instructed to establish the fund within 12 months of the decision.[55] Lastly, the Court ordered Kenya to submit a report on the status of the implementation of its orders within 12 months[56] and took upon itself to hold a hearing on the status of the implementation of the orders made in the decision on a date to be decided by the Court within 12 months of the reparation hearing.[57] The Court's approach encourages the temporal specificity of its remedial measures to monitor compliance with decisions and ensure rapid relief for victims.

5 SHORTCOMINGS OF THE AFRICAN COURT'S REPARATION APPROACH

The *Ogiek* reparation ruling undoubtedly is a significant jurisprudential advancement towards the protection of indigenous peoples in Africa. Nonetheless, the Court is still grappling with jutting issues relating to the specificity of its remedial responses and the influence of the state in the remedial process. While the Court can be applauded for its temporal specificity in the *Ogiek* case, it is yet to adopt a holistic approach to specificity that touches various areas and aspects of its approach. This appears to be an issue regarding its general reparation practice. This can lead to the heavy influence of the responsible states or Kenya in the reparation process and may hinder third-party implementation. In addition to these challenges, the Court's remedial approach, particularly for the assessment of monetary compensation may equally lead to insufficient appreciation of the monetary awards for the intergenerational nature of the Ogiek people's suffering. These issues must be addressed to ensure that the Court's remedial response is effective and fair to all parties involved.

5.1 Inadequate specificity and clarity in its remedial orders

One of the significant drawbacks of the Court's remedial approach in the *Ogiek* reparation ruling is the lack of clarity regarding remedial measures. Specificity in this context refers to linguistic/content specificity, responsible-state-agent specificity, specificity in the quantification of monetary compensation and paying special attention to the intergenerational character of Ogiek evictions and suffering. The Court has not engaged specifically when it comes to this aspect in its reparation approach.

55 *Ogiek* ruling on reparation para 155.
56 *Ogiek* ruling on reparation para 160(xv).
57 *Ogiek* ruling on reparation para 160(xvi).

5.1.1 Insufficient linguistic/content specificity

The clarity and detail of the Court's remedial orders are dependent on content specificity, which refers to the Court's ability to provide clarity and detail concerning its remedial measures. In its judgment on the merits, the Court orders Kenya to take legislative or administrative steps to restitute indigenous land and provide a collective title.[58] Still, it is necessary to clarify the nature of the legislation or administrative reform/measures to be adopted by Kenya. The Court also requires Kenya to ensure the victims' participation in all phases of the redress process, but it does not clarify how participation is to be achieved. Although it had mentioned in paragraph 142 that such consultation be undertaken in 'good faith' and using culturally 'appropriate-procedures', it still needs to elucidate on what is 'good faith' and using 'culturally appropriate procedures'. Such linguistic specificities would solicit state compliance much more than a less detailed decision. Lack of detail may allow states to substitute more convenient measures or to avoid their duties entirely.

5.1.2 Lack of responsible-state-agent specificity

To facilitate the implementation of this decision, the guidelines must be specific to enable state agents to clearly understand their obligations in implementing remedial orders. There was a lack of specificity in identifying the responsible state actors. The Court requested Kenya to take legislative and administrative measures to remedy the harms. Therefore, it was an opportunity to specify the responsible agents in the two arms of government. Given the complexities of national procedures and the variety of actors involved in implementing reparation orders and recommendations, defining each party's role and responsibility is crucial. This will help determine the responsible state agent for implementing a particular remedial order, thus facilitating domestic processes to enforce the decision.

The absence of clear content clarity hinders a productive post-decision dialogue or consultation process between the victim and the responsible state. The lack of a clear line of responsibility may equally lead to a disconnection between the 'reparator' and 'reparatee' after the decision is made, causing the victim or their legal representative to struggle to find implementation mechanisms, and possibilities. This may result in the responsible state – who is both the 'reparator' and violator – to have too much control over the redress process.

5.1.3 Inadequate legal reasoning in the quantification of monetary compensation

Specificity also refers to the depth of reasoning in a decision, particularly regarding how monetary compensation is determined. The

58 *Ogiek* ruling on reparation paras 166, 126.

African Court does not detail how it arrived at monetary awards for the moral and material damages suffered by the Ogiek people. There is no clear standard for how compensation is measured to ensure that the form of payment aligns with the estimate of moral damage. The Court did not clarify how to quantify the moral damages caused by the long and ongoing injustices of dispossession and eviction. In its decision on reparations, it acknowledges that the length of time over which the violations occurred and the number of people affected by the violations, among other factors, make it difficult to arrive at a mathematical formula for determining the amount of monetary compensation for both material and moral prejudice.[59] The Court rejected the Ogiek community survey report[60] in arriving at the quantum of compensation and decided to proceed with the amount of compensation based on equitable assessment and judicial discretion. The Court should have expanded on the fair criterion or developed a standardised formula that details how it arrived at monetary value. Limiting its argument to the enduring nature of harm and the number of victims questions its legitimacy and renders its practice ambiguous. The Court was not persuasive enough to decide on monetary awards in equity. This raises doubts about the commensurability, adequacy, and proportionality of quantum awards in their judgment.

5.2 Inadequate remedial appreciation of the intergenerational sufferings of the Ogiek people

One of the major shortcomings of the Court's decision is the inadequate remedial appreciation towards the enduring material and moral prejudice suffered by the Ogiek people. In its decision on merits, referring to the *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v Ecuador* (*Kichwa Indigenous* case)[61] and *Saramaka People v Suriname* (*Saramaka* case),[62] the African Court stated that the violations in the later cases were 'not on all fours' with those of in the *Ogiek* case and acknowledged that the violations of the rights of the latter case have spanned a long period.[63] In its decision on the merits, the African Court

59 *Ogiek* ruling on reparation para 66.

60 The survey report was founded on an investigation carried out by the legal representatives and the Ogiek community, intended to assist the African Court in evaluating both pecuniary and non-pecuniary damages resulting directly from the evictions endured by the Ogiek people.

61 *K v E* IACHR (27 June 2012) Ser C/245.

62 *S v S* IACHR (28 November 2007) Ser C/272.

63 *Ogiek* ruling on reparation para 74. Unlike the *Ogiek* case, where evictions of the Ogiek have been ongoing since the colonial era, in the *Moiwana Community* case (*M v S* IACHR (15 June 2005) Ser C) the evictions occurred a year before the critical date. One of the specificities regarding the *Ogiek* case is that the reparations claim concerns violations of the distant past as opposed to the *Kichwa and Saramaka* cases, where the violations were more of a recent history (see para 60 of the *Saramaka* decision). Also, the number of victims in the *Ogiek* case concerns more people than in the *Saramaka* case, with about 120 victims (see para 108 of the *Saramaka* decision).

described the longstanding violations as 'continuing violation'.[64] The Court's reverence for the continuing violation doctrine is commendable, as it reflects a judicial commitment to address past and ongoing dispossession, marginalisation, exploitation of Ogiek resources, and eviction of the Ogiek community from their ancestral land. However, the Court's reliance on this doctrine might have only served as a basis for entertaining the Ogiek community's claims for land restitution rather than adequately considering the impact and relevance of time in assessing the enduring economic and cultural harms suffered by the Ogiek community. Neglecting the importance of the community survey report was a mistake, as it had significant intergenerational significance. Overall, the Court failed to adequately impute historic and continuing injustices experienced in the valuation of the historical material and moral injustices that the Ogiek faced. In addition to acknowledging that the violations of the Ogieks' rights have been ongoing,[65] the Court rejected the Ogieks' request for a reparation measure of satisfaction involving apology and the erection of a monument,[66] which could have provided the community with moral psychosocial healing to past events, dignify victims and fostered respect for cultural diversity. Such remedial measures remain indispensable to addressing longstanding and gross human rights violations.

Moreover, the Court's inadequate attention to the intergenerational nature of the Ogieks' suffering was exacerbated by the insufficient linguistic specificity in its remedial orders. The Court undermined these intergenerational concerns by ignoring the importance of providing clear normative recommendations that can rapidly nullify or amend existing legislation perpetuating colonial laws. A decision highlighting these normative areas or laws would have been more effective in addressing the ongoing struggles of the Ogiek community.

This demonstrated the Court's reluctance to pay attention to the longstanding claims of the Ogiek community.

5.2.1 Preponderance of state centrism

The African Court's remedial approach in the *Ogiek* case raised concerns about the power asymmetry unintentionally created between Ogiek and Kenya in the redress process. The Court directed Kenya to implement legislative, administrative, and other measures in full compliance with the traditions and customs of the Ogiek people and to ensure their full consultation and participation in the process.[67] This was a complex and dilemmatic recommendation whose implementation remains tricky and ambiguous given that Kenya is responsible for providing the remedy. How much compliance is Kenya going to observe with respect to the victims' tradition remains a major concern.

64 A continuing violation may be defined as an act or a series of acts extending over a duration of time; see Viljoen (n 30) 439.

65 *Ogiek* ruling on reparation para 74.

66 *Ogiek* ruling on reparation paras 129 & 133.

67 *Ogiek* ruling on reparation para 145.

The inadequate linguistic specificity of the court's remedial orders exacerbated the power asymmetry problem. It is worth noting that the court was already aware and dissatisfied with the level of progress made by the Multi-Joint Task Force – an administrative measure established by the respondent state – towards implementing its judgment on the merits.[68] Given that it was aware of this administrative impasse, it should have cautioned the Court to grant a more detailed and language-specific decision to override Kenya's domineering role in the reparation process. The Court should have requested an efficient institutional mechanism to address the power imbalance between Ogieks and Kenya.

The power asymmetry problem may have been addressed when the Court requested Kenya to engage in good faith consultations and adopt measures using culturally-appropriate procedures. However, the Court should have specified the standards of 'good faith' and what constitutes 'culturally-appropriate' procedures. Allowing Kenya, the discretion to set these standards diminished the victims' role in the redress process.

6 OVERCOMING GAPS IN THE AFRICAN COURT'S INDIGENOUS REPARATION PRACTICE

In the preceding part, the article identifies and elucidates the imminent challenges that are inherent in the *Ogiek* reparation decision. Therefore, the most fundamental question is how we can overcome these gaps to ensure more well-organised decisions in future cases before the African Court. This part focuses on providing strategies for improving the Court's remedial approach with specific attention to the inadequacies already discussed in the preceding analysis. These strategies will also inform the legal practice of other judicial and quasi-judicial institutions, as well as state endeavours towards the implementation indigenous reparation orders.

6.1 Reinforcing the specificity of remedial orders

As earlier mentioned, specificity relates to the content clarity and legal reason of the Court's decision and its ability to identify key state agents responsible for implementing its decisions.

Regarding the issue of content specificity, there is need for greater detail in the Court's decision. A content-specific decision clearly spells out the specific legislative area of reform required to address the victims' claims or the Court's remedial order. For instance, the United Nations Committee against Torture, in its Concluding Observations on Brazil's Second Periodic Report, not only called for legislative measures to combat the offence of torture but also urged Brazil to amend the

68 *Ogiek* decision on merits paras 124 & 141.

definition of the offence in article 1 of Law 9.455 of 1997 of its Law on Torture and revise the necessary legal provisions to prevent the law from being subject to the statute of limitation.[69] Such linguistic specificities are necessary to enhance state compliance and implementation of decisions. In the *Ogiek* case, given that the Ogiek sufferings stemmed from colonial legislations that are still legally enforceable in Kenya, the Court should have identified and elucidated on the specific legislative reforms/remedy that Kenya could undertake. This will enhance the credibility of its decision, ease implementation and curb state-centrism or reduce state discretion in the redress process.

In addition, the Court should be explicit on the nature of the administrative measure required of the state. It may even produce guidelines on structuring the administrative mechanism as a measure to strive to uphold victims' rights to access to justice during the domestic implementation of its decisions. The *Moiwana Community* case is an example. After directing Suriname to create a committee responsible for implementing the psychosocial rehabilitation programme, the Inter-American Court provided guidelines on the functioning of this administrative body. It further stated that the committee's composition should be determined by the Moiwana community and the Suriname government, who shall agree to the third party to be a part of the committee and decide on the specific aspects of the implementation programme.[70] The Court's ruling lacked specific details about the management of the development fund ordered for the Ogiek community. Specifically, it did not provide any administrative or managerial guidelines on how the fund would be used to benefit the community.[71]

Given that the Court was dissatisfied with the progress of the Multi-Joint Task Force in implementing its judgment on the merits, it should have recommended that an independent and impartial institution be established to monitor Kenya's compliance with its decision.[72] The Court would have recommended guidelines on structuring such an administrative body. Greater precision would reduce disputes between victims and state representatives and expedite the implementation of remedies. The Court must therefore be unequivocal in its remedies to advance greater compliance.

69 Concluding Observations on the Second Periodic Report of Brazil, Committee against Torture (9 May 2023) UN Doc CAT/C/BRA/CO/2 paras 9-11.

70 *Moiwana Community* (n 63) paras 213-215; see also *S V P* (29 March 2006) ser C 146 paras 224-225.

71 *Ogiek* ruling on reparation paras 151-152.

72 Eg, in a particularly innovative recent example, the African Commission in its decision in Communication 393/10, *IHRDA, ACIDH and RAID v Democratic Republic of Congo* June 2016 requires, as part of the reparations listed in the decision, for the state to 'ensure that the implementation of the present decision is supervised by a Monitoring Committee which includes the representatives of victims and their successors, and a Member of the African Commission on Human and Peoples' Rights in charge of the country'. However, it is too early to tell whether this has been effective.

Regarding specificity of responsible state agent, given the array of actors involved in implementing the reparation orders and recommendations, it is crucial to define each party's roles and responsibilities. This will help identify the state agent responsible for implementing a particular remedial order, thus expediting domestic processes to enforce the decision. It will also alleviate the stress of victims or their legal representatives, who will know which government body is responsible for what measures and avoid the need to search for mechanisms. By clarifying responsible state actors, the problems associated with the lack of political will can also be undermined, as victims will better understand which actor is responsible for a specific remedial measure. This can pressure the implementing state actor to hasten implementation strategies and procedures, leading to continuous post-decision communication between parties in seeing effective enforcement of the Court's decision.

To ensure specificity in the legal reasons for its decisions, the Court is encouraged to provide details on how certain remedial measures are reached. For instance, the Court should strive to provide methods for quantifying economic harm and moral loss, as in the Australian system.[73] In *Northern Territory v Griffiths* (*Northern Territory* case) the High Court of Australia (HCA) adopted a social judgment test to assess moral damage, which included the permanency and intergenerationality of the harm, the victim's connection thereto, and the effects of legislation on their ancestral land. For economic loss, the HCA adopted a freehold approach calculated through the Spencer test lens.[74] Implementing a standard method other than the equity approach that relies on the Court's discretion can potentially reduce the Court's propensity to award disparate and incompatible remedies.

6.2 Fine-tuning specificity and embracing a negotiation approach to minimise state-centrism

Regarding the problem of state dominance, the first step in overcoming the impasse is that the African Court fine tune the specificity of its remedial orders as explained in the preceding analysis. The Court must emphasise on linguistic specificity with the aim of informing domestic policies in the responsible state. Such legislative remedial orders could focus on measures for determining beneficiaries, compensation assessment modalities, and encouraging domestic laws of retrospective character. Such specific orders may have a tremendous effect on domestic law, eventually leading to effective victim remedy. For

73 See *Northern Territory v Griffiths* [No 2] [2019] HCA 19 (19 June 2019). In the landmark judgment, the HCA offered interesting criteria to assess monetary compensation for moral and material loss to native title. This case concerned a claim for compensation under sec 61(1) of the Native Title Act 1993 (Cth) (NTA) in relation to native title rights and interests over land and waters within the township of Timber Creek in the Northern Territory which had been partially extinguished by earlier acts and three invalid future acts.

74 *Northern Territory* (n 73) para 60. See *Spencer v The Commonwealth* (1907) 5 CLR 418.

instance, in South Africa there is the Restitution of Land Rights Act 22 as the primary legislative framework regulating indigenous claims to reparations, especially claims for past or historical injustices.[75] Also in Ghana, there exists the State Land Act that focuses on the payment of compensation for individuals or communities that are victims of past and continuing compulsory land acquisition by the government of Ghana.[76] In addition, the Court may avoid a state-centric remedial model by subscribing to a negotiation or participation approach in awarding remedies, which enables parties to reach an agreement on reparation measures once responsibility for human rights violations is established. For instance, in Australia, post-*Northen Territory* cases have adopted a consent and conciliation approach between the parties for loss of native title.[77] This approach may require the Court to re-think the potential of its amicable settlement procedures under article 9 of its Protocol.

6.3 Adopting a regulatory-participatory approach to guarantee adequate intergenerational justice

To reckon with longstanding injustices experienced by African indigenous peoples in future cases, the African Court will have to reform its procedures and adopt a participatory approach that will enable the victims and responsible states to participate in formulating remedial responses. In this way, the victims are given the opportunity to share their vast reservoir of their informal experiences and traditional methods of evaluating and remedying cultural and material injuries of historical and intergenerational significance to them. This would avoid the problem of incommensurate and unwarranted remedies.

This approach can also be described as a regulatory approach. The model suggests a procedural adjustment where the Court makes a merit-based ruling and then allows the state and the indigenous peoples or their representative, reflecting on-the ground conditions and governmental capabilities, to come to an agreement on the amount of monetary compensation or non-monetary awards to be incorporated in the final judgment for reparation. The resulting agreement, to be approved by the Court, would lend even more legitimacy to the Court's reparation judgment, since the remedies would ultimately be formulated not by distant international judges, but rather by the stakeholders and experts after substantial deliberation.

For instance, in *Wotton v State of Queensland*, following a complaint brought by Aboriginals of the Torres Strait Islander people over allegations of acts of racial discrimination in the conduct of

75 See sec (2)(1)(a)-(e), 4 and 22 of the Restitution of Land Rights Act 1994.

76 State Lands Act 125 of 1962.

77 See *Pearson on behalf of the Tjayuwara Unmuru Native Title Holders v State of South Australia* [2017] FCA 1561 (Tjayuwara Unmuru Native Title Compensation Claim).

investigations into the death of an aboriginal member, the Federal Court of Australia approved the settlement sum agreed by the parties, ordered the state to pay legal costs and make a public apology to the Aboriginal community.[78]

7 CONCLUSION

In this commentary the reparation judgment of the African Court in the *Ogiek* case is critically examined to analyse the Court's response to addressing the plight of indigenous communities across Africa regarding violation of their fundamental rights. The commentary focuses on the Ogiek people's plight as a case study with focus on the Court's remedial approach towards addressing concerns raised by the Ogiek community. In this regard, the Court adopted a multifaceted remedial model to answer to the Ogiek plight. This commentary sheds light on the various models to determine the extent to which their application serves as a remedy to alleviate the conditions of the Ogiek people.

Among other responses, the Court invoked four models to serve as reparations directly channelled to the Ogiek people. These models include the communitarian approach in which the Court expressed its intention to protect the collective identity of the Ogiek as well as their cultural and traditional integrity. In the second model the Court invoked the cultural approach, insisting that the traditions and customs of the people be included in all spheres of the reparation process.[79] In the third model the Court invoked the judicial discretion and equitable remedy approach to overcome the general difficulties associated with qualifying monetary compensations for material and moral wrongs affecting many members of the Ogiek community. Lastly, the Court utilised the prescriptive approach that concerns the usage of temporary prescription or references to deadlines for the implementation of its reparation orders.

Going by the models enumerated herein, the Court seems to have an advanced policy in the realm of reparations accorded to indigenous communities in Africa for harm suffered due to violation of their rights. However, the commentary further explores the possibility that some characteristics specifically attributed to the dynamics of rights violation across African communities are not reflected in the judgment. This includes among others, the lack of linguistic/content specificity, lack of responsible-state-agent specificity, lack of specificity in the quantification of monetary compensations and many more. Conclusively, the commentary deduced that the African Court in the *Ogiek* judgment did not satisfactorily project a remedial model that considers the dynamics and reality sufferings prevailing in indigenous communities across Africa, particularly the Ogiek community. In this light, the commentary provides strategies for improvement to inform

78 *Wotton v State of Queensland* (2016) 1367 (5th) FCA para 13.

79 *Ogiek* ruling on reparation paras 142, 144 and 160 (ix) & (x).

subsequent judgments of the Court to promote efficiency of its remedial orders and facilitate third party implementation of its decisions.

Les limitations de l'accès à internet en Afrique à l'aune de la Communication 742/20, *African Freedom of Expression Exchange et 15 autres (représenté par FOI Attorneys) c. Algérie et 27 autres*

*Têtêvi Didier Prince-Agbodjan**
https://orcid.org/0000-0003-2451-5714

*Bienvenu Criss-Dess Dongar***
https://orcid.org/0000-0001-9581-2666

*Nouwagnon Olivier Afogo****
https://orcid.org/0000-0003-1149-9639

RÉSUMÉ: Les limitations intentionnelles des services de télécommunication et d'accès à internet, pour divers motifs, portent atteinte à une série de droits fondamentaux dont les libertés d'expression et d'information, nécessaires dans une société libre et démocratique à l'ère du numérique. Dans une approche de droit fondamental des personnes et des peuples, les États qui ont recours aux lois restrictives sont tenus d'en préciser rigoureusement la nécessité juridique et de s'assurer ensuite qu'elles ne soient pas discriminatoires. La légistique et l'éthique de proportion sont de mise, même dans le cadre d'un but légitime de protection de l'ordre public ou de la sécurité nationale. Dans ce sens, comment analyser la décision de non-recevabilité de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, suite à la requête des 16 organisations non gouvernementales, représentées par Freedom of Information Attorneys, contre 28 États africains dont les gouvernements avaient interrompu ou limité l'accès numérique pour des raisons supposées injustifiables et incompatibles avec les articles 9, 10 et 11 de la Charte africaine? La présente contribution discute le bien-fondé du droit au libre accès universel à l'espace numérique que la Commission africaine n'a pas pu examiner, en raison du non-respect des critères de recevabilité. Plus précisément, quels sont les indicateurs circonstanciels probants d'atteinte aux libertés d'expression et d'information par internet, lorsqu'on met en balance les risques allégués d'entraves aux processus électoraux démocratiques avec l'impérieuse nécessité de réguler pour sauvegarder la sécurité nationale ou l'ordre public?

* PhD (Grenoble), LLM (Lomé), LLM (Lyon), Professeur Full, Programs Director (Human Rights Institute of Lyon), Researcher (Integral Development, Ecology, Ethics), UR Confluence: Sciences and Humanities, Catholic University of Lyon - EA No 1598; dagbodjan@univ-catholyon.fr

** PhD (Lyon), LLM (Lyon et Grenoble), Lecturer and Researcher (EDIEC - CDI - EA No 4185 and UNESCO Chair in Memory, Cultures and Interculturality); bcdm.dongar@univ-lyon3.fr /dongarcrissdess@gmail.com

*** LLM (Abomey-Calavi), LLM (Lyon and Grenoble), LLD candidate (Lyon and Montreal), Lecturer, Research Associate at Canada Research Chair in Human Rights and International Reparative Justice; nouwagnon.olivier.afogo @umontreal.ca

TD Prince-Agbodjan, B Criss-Dess Dongar & NO Afogo 'Les limitations de l'accès à internet en Afrique à l'aune de la Communication 742/20, *African Freedom of Expression Exchange et 15 autres (représenté par FOI Attorneys) c. Algérie et 27 autres*'
(2023) 7 *Annuaire africain des droits de l'homme* 375-396
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a17

Il est quelque peu regrettable que la Commission africaine n'ait pas été en mesure d'examiner une question aussi importante tout simplement parce qu'elle a apprécié de manière expéditive les critères de recevabilité de la requête, privant ainsi les plaignants de l'opportunité juridique de préciser la substance de leur plainte. De même, considérant que la Commission africaine est un organe de promotion et de protection des droits de l'homme, l'exclusion des "entités" non-parties à la Charte africaine, tout à fait justifiée, ne la prive pas des clarifications juridiques qui s'imposent dès lors qu'il y a des raisons de croire que les violations rapportées peuvent leur être imputables.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH

Limitations of access to internet services in Africa: Communication 742/20, *African Freedom of Expression Exchange & 15 Others (represented by FOI Attorneys) v Algeria & 27 Others*

Abstract: The intentional limitation of telecommunications services and internet access on various grounds infringes a broad range of fundamental rights, including freedoms of expression and information, which are necessary in a free and democratic society in the digital age. In a fundamental right approach, states, when resorting to restrictive laws, have the positive obligation to specify, rigorously, their legal necessity, using legistics and ethics of proportion, even if it is laws pursuing legitimate goal to protect public order or national security. Then how can we analyse the decision by the African Commission on Human and Peoples' Rights to declare inadmissible the Communication by 16 non-governmental organizations, against 28 African States that had interrupted or limited digital access, probably without meeting the requirements of articles 9, 10 and 11 of the African Charter? This contribution discusses the merits of the issue of digital rights, which the African Commission had not been able to examine, due to a lack of specific and substantive allegations and evidence. More specifically, what are the compelling circumstantial indicators of infringement of the freedoms of expression and information on the internet, when the alleged risks of impeding democratic electoral processes are weighed against the imperative need to safeguard national security or public order? It is regrettable that the African Commission was not able to deal with such an important issue simply because it hastily assessed the criteria for admissibility of the petition, thus depriving the complainants of the legal opportunity to clarify the substance of their complaint. Considering, moreover, that the African Commission is a human rights promotion and protection body, the exclusion of 'entities' not party to the African Charter, which is entirely justified, does not deprive it of the legal clarifications required when there is reason to believe that they may be responsible for the violations reported.

MOTS CLÉS: Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, droit à l'information, liberté d'expression, liberté de réunion, liberté d'association, démocratie, internet, communication numérique

SOMMAIRE:

1 Introduction....377
2 La prétendue absence de violation *prima facie* des articles 9, 10 et 11 de la Charte africaine.... 381
3 Les critères d'appréciation de la violation alléguée des articles 9, 10 et 11 de la Charte africaine et les éventuelles mesures de réparation....386
4 Les conséquences juridiques de l'exclusion des états non parties à la Charte africaine.... 393
5 Conclusions.... 395

1 INTRODUCTION

Si l'accès à internet n'est pas universellement reconnu comme un droit fondamental,[1] il ne fait aucun doute qu'il incarne, dans la société démocratique contemporaine, le canal par excellence de manifestation de la liberté d'information et d'expression. Mieux, il en est une composante.[2] En effet, les avantages qu'il génère pour la construction et la consolidation d'un état de droit démocratique sont tels que le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies fit constater que «les droits dont les personnes jouissent hors ligne doivent également être protégés en ligne»;[3] une exigence reconnue et adoptée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission africaine).[4] Ainsi, «les droits fondamentaux trouvent une pleine application dans le contexte des réseaux numériques».[5] De ce qui précède, on peut retenir qu'il y a des liens évidents entre l'accès à l'internet et l'exercice des droits fondamentaux, particulièrement, les droits civils et politiques fondamentaux et ceux relatifs à la démocratie. Cette connexion est telle qu'une limitation injustifiée au service d'internet peut constituer, au regard du développement actuel du droit international des droits de l'homme, un motif sérieux d'engagement de la responsabilité internationale de l'État. À défaut de prévoir un texte

1 À ce jour, il n'existe aucun traité international de portée universelle qui consacre ou reconnaît l'accès à internet comme un droit de l'homme. Dans le système universel, même la catégorisation de l'accès à internet comme droit fondamental est sujette à débat. A/66/290, *Rapport établi par le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, 10 août 2011, para 61; S Tully 'A human rights to access the internet? Problems and prospects' (2014) 14(2) *Human Rights Law Review* 175-195, 175. Dans le système européen par exemple, les enseignements tirés de la jurisprudence ont permis de relever que 'ni la Cour européenne des droits de l'homme ni la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) n'ont explicitement créé de droit dérivé à la connectivité sur la base duquel les individus peuvent contraindre les États à fournir un accès à l'internet au moyen d'une action en justice'. En revanche, les juridictions mentionnées ont «tendance à protéger la jouissance (autonome) de l'accès à l'internet et du contenu en ligne contre les interférences en invoquant la liberté d'expression et d'information conformément à l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme (CEDH) et à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDF)». Voir H Mildebrath *L'accès à internet en tant que droit fondamental: explorer différents aspects de la connectivité,* Étude du Service de recherche du Parlement européen (2021) 7. Sur le continent africain, la Cour de justice de la CEDEAO a considéré dans l'affaire *Amnesty International Togo and Others v The Togolese Republic* que l'accès à l'internet est un droit humain à part entière dans le contexte du droit à la liberté d'expression; voir *Amnesty International Togo and Others v The Togolese Republic* (ECW/CCJ/APP/ 61 of 2018) [2020] ECOWASCJ 9 (6 July 2020) para 39.

2 F Dubuisson 'Chronique 2012' (2013) 3 *Journal européen des droits de l'homme* 463-464.

3 A/HRC/20/L.13, Conseil des droits de l'homme, *La promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur l'Internet*, 29 juin 2012, para 1; A/HRC/RES/26/13, Conseil des droits de l'homme, *La promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur l'Internet*, 14 juillet 2014, para 1.

4 CADHP/RES. 522 (LXXII) 2022, *Résolution sur la protection des femmes contre la violence numérique en Afrique*, 2022, Préambule.

5 Dubuisson (n 2) 461-462.

spécifique de droit fondamental au numérique, l'enjeu est de développer des observations générales et des critères prétoriens de droits fondamentaux appliqués à la vie numérique. C'est d'ailleurs ce que recherchaient les requérants de la Communication 724/20 lorsqu'ils ont demandé à la Commission africaine de constater que 28 États parties à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte africaine) avaient manqué à leurs obligations régionales positives de protection des droits fondamentaux en limitant l'accès aux services d'internet à leurs nationaux.

Les coupures d'internet, selon le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, désignent l'ensemble des «mesures prises par un gouvernement, ou au nom d'un gouvernement, afin de perturber intentionnellement l'accès aux systèmes d'information et de communication en ligne et leur utilisation».[6] Il s'agit, entre autres, du blocage complet ou partiel de la connexion ou des services internet, de la limitation de la bande passante pour empêcher la diffusion ou la lecture de certains contenus, ou encore du blocage des Réseaux privés virtuels (VPN) qui permettent, en principe, à l'utilisateur de contourner les coupures.[7]

Ces manœuvres sont devenues récurrentes en Afrique. On peut évoquer les coupures d'internet au Burundi en avril 2015;[8] les limitations d'accès aux médias sociaux lors des élections présidentielles du 31 décembre 2018 en République démocratique du Congo; les coupures d'internet au Zimbabwe le 15 janvier 2019 lors des manifestations contre la hausse des prix du carburant et celles en République du Bénin à l'occasion des élections législatives du 28 avril 2019. Concernant la République du Bénin, la Cour africaine a été saisie d'une demande en prescription de mesures conservatoires; une requête rejetée à l'unanimité par la Cour[9] pour l'absence de «probabilité raisonnable de matérialisation»[10] de la violation alléguée de l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH). En l'espèce, les requérants ont manqué, selon la Cour, «[d]'indiquer clairement et d'apporter la preuve de l'urgence ou de l'extrême gravite

6 A/HRC/50/55, Coupures de l'accès à Internet: tendances, causes, implications juridiques et conséquences sur une série de droits de l'homme, *Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, para 4.

7 A/HRC/50/55, *Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme* (n 6) para 5.

8 CIPESA, *Dictateurs et restrictions: Cinq Dimensions des Coupures d'Internet en Afrique*, 2019 3; MISA Zimbabwe, Information and Internet Rights in Zimbabwe, 2019, 3; CIPESA *State of internet freedom in Africa 2016: case studies from select countries on strategies African governments use to stifle citizens' digital rights* (2016) 13-14; CIPESA *State of internet freedom in Democratic Republic of the Congo 2016: Charting patterns in the strategies African governments use to stifle citizens' digital rights* (2016) 8-9.

9 *Landry Angelo Adelakoun et Autres c. Bénin,* Requête No 012/2021 (mesures conservatoires) (2022) paras 21, 25.

10 *Landry Angelo Adelakoun et Autres c. Bénin* (n 9) para 21.

ainsi que celle du caractère irréparable du préjudice».[11] Plus récemment, on peut citer: les coupures d'internet au Tchad dans le cadre des manifestations contre le régime du Président Idriss Déby en janvier 2021 contre sa participation aux élections présidentielles d'avril 2021, ainsi que celles intervenues en février 2021 à la suite des tentatives d'arrestation d'opposants politiques; la limitation d'internet et l'interruption des services de la téléphonie mobile pendant plus de deux ans dans certaines zones de la région du Tigré en Éthiopie; les coupures d'internet Soudan en octobre 2021;[12] celles en Ouganda à la veille des élections de janvier 2021; celles au Niger dans le cadre de l'élection de janvier 2021; celles au Burkina Faso après le coup d'État militaire de janvier 2022; celles en République démocratique du Congo en mars 2023;[13] celles au Sénégal en juin 2023 pendant les manifestations contre l'arrestation d'un opposant politique, et encore celles au Gabon à l'occasion des élections législatives du 26 août 2023. Ces exemples viennent conforter la tendance flagrante de recours généralisé aux coupures d'internet: «*Internet shutdowns appear to be becoming the most preferred control mechanism that African governments are using to curtail the right to freedom of expression and access to information online.*»[14]

Les plaignants[15] avaient saisi la Commission africaine avec, sans nul doute, l'intention que cette dernière pose des garde-fous aux coupures d'internet qui semblent systématiques ou à tout le moins généralisées dans les États africains. Ces coupures, assurément attentatoires aux droits humains,[16] sont relevées dans la communi-

11 *Landry Angelo Adelakoun et Autres c. Bénin* (n 9) para 22.

12 Global Partners Digital, *Evading accountability through internet shutdowns: Trends in Africa and the Middle East* (2023) 9. Sur les coupures d'internet en Éthiopie, voir A/HRC/44/49/Add.1, *Country visit to Ethiopia - Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 29 April 2020, paras 50, 51, 52; #KeepItOn, *Le retour de l'autoritarisme numérique: les coupures d'internet en 2021*, 2022, p 20; Commission ADHP/Res. 510 (LXIX)2021, Résolution sur la dégradation de la situation générale des Droits de l'Homme au Soudan suite au coup d'État du 25 octobre 2021, 2021, Préambule, para 3, 5.

13 #KeepItOn, *Le retour de l'autoritarisme numérique: les coupures d'internet en 2021*, 2022 18.

14 CIPESA *State of internet freedom in Africa 2016: case studies from select countries on strategies African governments use to stifle citizens' digital rights* (2016) 26.

15 Freedom of Expression Exchange (AFEX), African Freedom of Information Centre (AFIC), Association for Media Development in South Sudan (AMDISS), L'Association pour le Développement Intégré et la Solidarité Interactive (ADISI-Cameroun), Centre for Media Studies and Peace Building (CEMESP), Collaboration on International ICT Policy in Eastern and Southern Africa (CIPESA), Freedom of Expression Institute (FXI), Gambia Press Union (GPU), Human Rights Network for Journalists in Uganda (HRNJ-U), Institute for Media and Society (IMS), International Press Centre (IPC), Journaliste en Danger (JED), Media Foundation for West Africa (MFWA), Media Institute for Southern Africa (MISA) Media Rights Africa (MRA), West African Journalists Association (WAJA).

16 A/HRC/RES/47/16, Conseil des droits de l'homme, *La promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur Internet*, 26 juillet 2021, Préambule, para 11.

cation 742/20 contre des États[17] ayant intentionnellement interrompu ou limité, une fois au moins, les services d'internet pour des «raisons injustifiables et incompatibles»[18] avec les articles 9, 10 et 11 de la Charte africaine.

S'il est quelque peu regrettable que la Communication ait été déclarée irrecevable pour des questions procédurales, la décision de non-recevabilité de la Commission africaine prive les parties d'éléments prétorien et scientifique, tant les organes africains de protection des droits humains ont conscience que l'accès universel à l'internet, en tout temps et en tout lieu, constitue une condition *sine qua non*[19] d'exercice des libertés d'expression et du droit à l'information visés par les dispositions précitées de la Charte africaine. L'article 9, en effet, consacre le droit de toute personne à l'information, à l'expression et à la diffusion de ses opinions, conformément aux lois et règlements des États parties. Cette disposition est complétée par des dispositions de la Déclaration africaine des Droits et Libertés de l'internet (Déclaration de 2014) et de la Déclaration de Principes sur la Liberté d'Expression et l'Accès à l'Information en Afrique (Déclaration de 2019),[20] pour signifier le droit fondamental à «la liberté de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, des informations et des idées de toutes sortes»,[21] droit qui doit être «protégé contre toute atteinte ... en ligne ou hors ligne».[22] Les articles 10 et 11 de la Charte africaine reconnaissent respectivement à toute personne, le droit de se constituer en associations et de se réunir librement avec d'autres, y compris à travers les plateformes et réseaux sociaux par le biais de l'internet.[23] Mieux, les institutions africaines, européennes, américaines et onusiennes s'accordent à reconnaître que l'accès à internet est nécessaire à la réalisation des droits civils et politiques: '*Access to the internet is ... necessary to promote respect for other rights, such as the rights to education, health care and work, the*

17 La plainte est dirigée contre l'Algérie, le Bénin, le Burundi, le Cameroun, la République centrafricaine, le Tchad, le Congo-Brazzaville, la République démocratique du Congo, l'Égypte, la Guinée Équatoriale, l'Érythrée, l'Éthiopie, le Gabon, la Libye, le Libéria, le Malawi, le Mali, la Mauritanie, le Maroc, le Niger, le Nigéria, la Sierra Leone, le Somaliland, le Soudan, la Gambie, le Togo, l'Ouganda et le Zimbabwé.

18 Communication 742/20, *African Freedom of Expression Exchange et 15 autres (représenté par FOI Attorneys) c. Algérie et 27 autres*, para 3.

19 ACHPR/Res. 362(LIX) 2016, African Commission on Human and Peoples' Rights Resolution on the Right to Freedom of Information and Expression on the Internet in Africa, 4 November 2016; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Déclaration africaine des Droits et Libertés de l'Internet*, 2014, Principe 3.

20 Nous tenons à préciser que les textes juridiques ci-dessus mentionnés sont des instruments de soft law.

21 Principe 3, Déclaration de 2014.

22 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Déclaration de Principes sur la Liberté d'Expression et l'Accès à l'Information en Afrique*, 2019, Principe 5.

23 Principe 5, Déclaration de 2014.

right to assembly and association, and the right to free elections.'[24] Ne serait-ce qu'à la lumière de ces éléments, la question de la régulation des services de l'internet mérite d'être examinée. Spécialement dans le système régional africain, il y a un intérêt à clarifier la question de la conformité ou non des interruptions généralisées des services de l'internet ou des limitations à leur accès, avec les dispositions des articles 9, 10 et 11 de la Charte africaine.

À cette fin, il apparaît important d'interroger, en amont, les motifs de la décision de non-recevabilité de la Commission africaine (2) avant d'examiner, à l'aune de la plainte non reçue et de la jurisprudence pertinente, les critères d'appréciation de la situation litigieuse au regard des dispositions pertinentes de la Charte africaine (3). Enfin, quoique justifiée, l'exclusion par la Commission africaine du Somaliland et du Royaume du Maroc, entités non parties à la Charte africaine, révèle des questions en suspens en droit international africain et universel (4).

2 LA PRÉTENDUE ABSENCE DE VIOLATION *PRIMA FACIE* DES ARTICLES 9, 10 ET 11 DE LA CHARTE AFRICAINE

La Commission africaine a jugé à bon droit processuel, mais de manière incomplète, la non-admissibilité de la Communication 724/20 en raison des imprécisions et insuffisances probatoires de la requête, concluant à l'absence de violation *prima facie* des articles 9, 10 et 11 de la Charte africaine. Cette conclusion hâtive soutenant la décision de la non-recevabilité requiert quelques commentaires.

Cela ne fait plus aucun doute que les conditions de recevabilité énoncées à l'article 56 de la Charte africaine,[25] exception faite des dérogations à l'épuisement des voies de recours internes, sont

24 Rapporteur spécial des Nations unies sur la liberté d'opinion et d'expression, Représentant de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) pour la liberté des médias, Rapporteur spécial de l'Organisation des États américains (OEA) sur la liberté d'expression, Rapporteur spécial de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) sur la liberté d'expression et l'accès à l'information, *Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et l'internet*, 1 June 2011, point 6(a); voir également CCPR/C/GC/34, Comité des droits de l'Homme, *Observation générale n° 34, Article 19: Liberté d'opinion et liberté d'expression*, 12 septembre 2011, para 4; CRC/C/GC/25, Comité des droits de l'enfant, *Observation générale no 25 (2021) sur les droits de l'enfant en relation avec l'environnement numérique*, 2 mars 2021, para 50.

25 Aux termes de cette disposition 'Les communications visées à l'article 55 reçues à la Commission et relatives aux droits de l'homme et des peuples doivent nécessairement, pour être examinées, remplir les conditions ci-après: 1. Indiquer l'identité de leur auteur, même si celui-ci demande à la Commission de garder l'anonymat; 2. Être compatibles avec la Charte de l'Organisation de l'unité africaine ou avec la présente Charte; 3. Ne pas contenir des termes outrageants ou insultants à l'égard de l'État mis en cause, de ses institutions ou de l'OUA; 4. Ne pas se limiter à rassembler exclusivement des nouvelles diffusées par des moyens de communication de masse; 5. Être postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Commission que la

cumulatives.[26] Mais encore faudrait-il que la Commission s'assure que la plainte à elle adressée, remplisse les conditions posées à l'article 93 de son règlement intérieur.[27] Aux termes de cette dernière disposition, un rapport sur la situation doit être établi avec notamment une précision du lieu, de la date et de la nature des violations alléguées. Cette phase permet aux commissaires de vérifier l'existence d'une violation *prima facie* de la Charte africaine avant même qu'il ne soit procédé à un examen approfondi de plainte.

En l'espèce, l'examen préliminaire a révélé que les prétentions des plaignants se rapportant à la violation des articles 9, 10 et 11 de la Charte africaine sont imprécises.[28] La Commission fonde cette conclusion sur l'argument suivant lequel «un examen sommaire des faits entourant la plainte relève que les affirmations qui sont contenues sont très vagues».[29] Elle reproche aux plaignants d'avoir énoncé avec légèreté les violations «attribuées aux gouvernements des États défendeurs sans information ou preuve sur les incidents spécifiques des violations alléguées»,[30] et que «le caractère vague des observations des plaignants indique clairement que les informations et les faits appropriés entourant la plainte doivent encore être vérifiés».[31] Il n'y a donc pas, au regard de ce qui précède, suffisamment «d'éléments de

procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale; 6. Être introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des voies de recours internes ou depuis la date retenue par la Commission comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine; 7. Ne pas concerner des cas qui ont été réglés conformément soit aux principes de la Charte des Nations unies, soit de la Charte de l'OUA et, soit des dispositions de la présente Charte'. Pour aller plus loin voir, S Gumezde 'Bringing communications before the African Commission on Human and Peoples' Rights' (2003) 3 *African Human Rights Law Journal* 118-148; R Murray 'Decisions by the African Commission on individual communications under the African Charter on Human and Peoples' Rights' (1997) 46(2) *International and Comparative Law Quarterly* 412-434.

26 *Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspapers of Zimbabwe v Zimbabwe* (2009) AHRLR 235 (ACHPR 2009) para 81; *Centre for Free Speech v Nigeria* (2000) AHRLR 250 (ACHPR 1999) para 8. Pour aller plus loin, voir YE Ayalew 'Assessing the limitations to freedom of expression on the internet in Ethiopia against the African Charter on Human and Peoples' Rights' (2020) 20 *African Human Rights Law Journal* 315-345.

27 Adopté lors de la 2e session ordinaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples tenue à Dakar (Sénégal) en février 1988, le Règlement intérieur a été révisé par trois fois, depuis lors. La première révision avait eu lieu lors de la 18e session ordinaire de la Commission tenue à Praia (Cap-Vert) du 2 au 11 octobre 1995; la deuxième lors de sa 47e session ordinaire tenue à Banjul (Gambie) du 12 au 26 mai 2010 et la troisième lors de la 27e session extraordinaire de la Commission africaine tenue à Banjul (Gambie) du 19 février au 04 mars 2020. Dans le cadre de cette étude, on entend par 'Règlement intérieur', la version du Règlement intérieur, telle que révisée par la Commission lors de sa 47e session ordinaire tenue à Banjul en mai 2010. Conformément aux dispositions de son article 132, le Règlement intérieur susmentionné est entré en vigueur le 18 août 2010, soit trois mois après 'son adoption par une majorité simple des membres de la Commission présents et votant lors d'une session où est prévue l'adoption du Règlement intérieur'.

28 *African Freedom of Expression Exchange* (n 18) para 43.

29 As above.

30 As above.

31 As above.

preuves permettant à la Commission de déduire raisonnablement qu'une violation *prima facie* de la Charte africaine découle des faits invoqués».[32] Si la démonstration ayant permis cette conclusion semble cohérente, il n'en demeure pas moins que cette solution interroge dans une certaine mesure. En effet, eu égard au caractère généralisé des violations alléguées et le nombre important d'États en cause dans cette affaire, il aurait été raisonnable d'exiger des plaignants un complément d'information à leurs observations avant même que la Commission ne se prononce définitivement sur l'admissibilité de la communication, conformément l'alinéa 4 de l'article 93 de son Règlement intérieur. Aux termes de cette disposition, «[l]orsqu'un dossier de Communication ne contient pas certains des documents ou informations énumérés à l'alinéa 2, du présent article, le/la Secrétaire demande au plaignant de les fournir».

Quoi qu'il en soit, même en l'absence de toute disposition, la Commission aurait pu s'inspirer de la pratique des autres mécanismes de protection des droits humains, spécialement celle du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies ou même de la Cour africaine. En effet, lorsqu'il est porté à l'attention du Conseil des droits de l'homme des allégations de violations massives et dans l'hypothèse où la description des faits révélant l'existence d'un ensemble de violations flagrantes et systématiques des droits humains alléguées est insuffisante ou insuffisamment imprécise, les groupes de travail des communications et des situations «peuvent ... décider de contacter l'auteur d'une communication afin de lui demander des informations supplémentaires ...».[33] Lorsqu'il en est ainsi, la communication est mise en attente des réponses.[34] Dans la même veine, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, par la règle 51(1) de son Règlement intérieur, s'octroie la possibilité, «au cours de la procédure, et chaque fois qu'elle le juge nécessaire [de] demander aux parties de produire tout document pertinent et de fournir toutes explications pertinentes». Dans le même sens, il résulte de la règle 41(10) qu'elle «peut demander à un requérant de fournir des informations ou des documents sous toute forme ou de toute manière appropriée, dans un délai fixé». S'il est vrai que la procédure visée par la règle 41 est relative au contenu d'une requête en matière contentieuse, cela n'altère en rien l'argument suivant lequel la Commission aurait pu s'en inspirer pour demander aux plaignants de la communication, objet de ce commentaire, d'apporter des précisions en raison du caractère généralisé de la violation alléguée ainsi que du caractère inédit de la requête.

32 As above.

33 Pour en savoir plus sur la procédure des plaintes devant le Conseil des droits de l'homme, voir https://www.ohchr.org/fr/hr-bodies/hrc/complaint-procedure/faq (consulté le 29 juillet 2023).

34 HCDH *Fiche d'information n° 7. Procédures d'examen des requêtes (HCDH, Rev. 1)* 34. Support numérique disponible sur https://www.ohchr.org/fr/publications/fact-sheets/fact-sheet-no-07-rev-2-individual-complaints-procedures-under-united (consulté le 29 juillet 2023).

En tout état de cause, il est déjà arrivé que la Commission, en sa qualité conciliatrice, entreprend elle-même une mission d'informations complémentaires pour éclairer des points d'ombre dans une communication à elle soumise. C'est notamment le cas dans l'affaire *Media Rights Agenda & Others v Nigeria* où elle avait expressément retardé sa délibération en attendant que la mission qu'elle avait dépêchée au Nigéria discute avec les autorités sur certains points de droit.[35] En effet, elle avait considéré qu'une décision finale ne serait adoptée sur la base des éléments de faits disponibles que dans la seule mesure où l'État en cause ne faciliterait pas la visite.[36] En parallèle, elle avait requis des plaignants, des articles scientifiques et des affaires judiciaires pour l'aider à prendre sa décision.[37] Dans le même ordre d'idées, pour soumettre ses conclusions sur la recevabilité, la Commission a récemment eu recours à la Règle 105, paragraphe 1, de son Règlement intérieur dans l'affaire *Kum Bezeng & 75 Others v The Republic of Cameroon*, en demandant au plaignant de fournir des preuves et documents précis: *'to present evidence and arguments on the admissibility of the communication within two (2) months ... to enable the Commission proceed with a determination on the admissibility of the communication'*.[38] En effet, on note une flexibilité de la Commission permettant au plaignant d'apporter des compléments d'information à chacune des étapes de la procédure devant elle. De toute façon, même en l'absence de toute communication, la Commission a la possibilité d'instituer une mission d'enquête comme ce fut le cas en Éthiopie dans la région de Tigré – la même dans laquelle les plaignants de la communication 742/20 dénoncent des restrictions injustifiées aux services d'accès à l'internet – pour établir la preuve des violations présumées des droits humains, du fait des conflits armés.[39]

De toute évidence, en balayant d'un revers de la main les allégations des requérants en ce qu'elles seraient vagues et non spécifiques, sans mobiliser préalablement tous les outils favorables en sa possession, la Commission n'a pas été en mesure d'examiner l'importante question de l'épuisement des voies de recours internes. Cette dernière aurait pu permettre de vérifier si les voies de recours internes existent dans les États en cause, si elles sont légales,[40] disponibles, effectives ou non; si elles ne sont pas indûment prolongées, si elles sont susceptibles

35 *Media Rights Agenda & Others v Nigeria* (2000) AHRLR 200 (ACHPR 1998) paras 23, 32.

36 *Media Rights Agenda* (n 35) paras 24, 25, 27, 31, 38.

37 *Media Rights Agenda* (n 35) para 41.

38 African Commission on Human and Peoples' Rights Communication 650/17 *Kum Bezeng & 75 Others v The Republic of Cameroon* (2017) para 4.

39 CADHP/Res. 482 (EXT.OS/XXXII) 2021, *Résolution sur la mission d'enquête dans la région du Tigré de la République fédérale démocratique d'Éthiopie*, mai 2021, para 7; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Communiqué de presse sur le lancement officiel des travaux de la Commission d'enquête dans la région du Tigré en République fédérale démocratique d'Éthiopie*, juin 2021.

40 *Rencontre africaine pour la Défense des Droits de l'Homme v Zambia* (2000) AHRLR 321 (ACHPR 1996) para 11; *Article 19 v Eritrea* (2007) AHRLR 73 (ACHPR 2007) para 72; *Amnesty International & Others v Sudan* (2000)

d'apporter une satisfaction aux plaignants.[41] Une éventuelle demande d'informations et pièces complémentaires ou, une éventuelle mission d'enquête, aurait permis d'établir si les violations alléguées existent de manière systématique,[42] ou enfin si, la jurisprudence interne des États en cause permet d'espérer ou non un traitement ou une issue favorable;[43] etc. Dans tous les cas, en soutien à cette hypothèse, force est de relever que la Commission avait déjà soutenu dans l'affaire *Southern Africa Human Rights NGO Network v Tanzania* qu'à cette étape de la procédure, elle «se préoccupe uniquement de savoir s'il existe des preuves préliminaires qu'une violation a été commise».[44]

Fort de ces arguments qui fragilisent la conclusion de la Commission africaine, on peut raisonnablement soutenir que les plaignants de la Communication 742/20 ont été privés d'une opportunité d'apporter des précisions à leurs observations, notamment en consolidant les allégations spécifiques et substantielles de violation. En réalité, la Commission n'a pas manifesté l'intérêt suffisant à la hauteur des enjeux liés aux restrictions, flagramment généralisées, des accès aux services d'internet, ceci en rapport avec les articles 9, 10 et 11 de la Charte africaine; car pour être justifiées, ces restrictions doivent respecter un certain nombre de critères qu'il convient tout de même d'examiner.

AHRLR 297 (ACHPR 1999) para 35; *Rencontre africaine pour la Défense des Droits de l'Homme v Zambia* (2000) AHRLR 321 (ACHPR 1996) para 11; *Constitutional Rights Project & Others v Nigeria* (2000) AHRLR 227 (ACHPR 1999); *Union Interafricaine des Droits de l'Homme & Others v Angola* (2000) AHRLR 18 (ACHPR 1997) (1997) para 12; *Media Rights Agenda & Others v Nigeria* (2000) AHRLR 200 (ACHPR 1998) para 31; *Centre For Free Speech v Nigeria* (2000) AHRLR 250 (ACHPR 1999) 10; African Commission on Human and Peoples' Rights Communication 328/06 *Front for the Liberation of the State of Cabinda v Republic of Angola* (2013) para 51; African Commission on Human and Peoples' Rights Communication 004/2013 *Konate v Burkina Faso* (2014) para 110 et suivants; *Mouvement ivoirien des droits humains (MIDH) v Côte d'Ivoire* (2008) AHRLR 75 (ACHPR 2008) (2008) para 49.

41 *Malawi African Association & Others v Mauritania* (2000) AHRLR 194 (ACHPR 2000) para 81; African Commission on Human and Peoples' Rights Communication 301/05*: Haregewoin Gabre-Salassie and IHRDA (on behalf of Dergue Officials) v Ethiopia* (2013) para 111; *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe* (2006) AHRLR 128 (ACHPR 20061) para 67; *Modise v Botswana* (2000) AHRLR 25 (ACHPR 1994*)* para 69; *In the Matter of*

41 *Beneficiaries of Late Norbert Zongo & Others v Burkina Faso* App. 013/2011 (2014) paras 72-106.

42 *Organisation mondiale contre la torture & Others v Rwanda* (2000) AHRLR 282 (ACHPR 1996) paras 17, 18.

43 Inter-American Commission on Human Rights *Isamu Carlos Shibayama & Others v United States,* Case 434-03*,* Report 26/06, Inter-Am CHR, OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1 (2007) para 48.

44 *Sangonet v Tanzania* (2010) AHRLR 113 (ACHPR 2010) para 51.

3 LES CRITÈRES D'APPRÉCIATION DE LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 9, 10 ET 11 DE LA CHARTE AFRICAINE ET LES ÉVENTUELLES MESURES DE RÉPARATION

Aux termes du principe n° 9(1) de la Déclaration de 2019, les États ne peuvent restreindre l'exercice des droits à la liberté d'expression et à l'accès à l'information que lorsque la restriction obéit à une triple condition. Elle doit être prévue par la loi, répondre à un objectif légitime et constituer un moyen nécessaire et proportionné pour réaliser le but visé dans une société démocratique.[45] Ces critères, fondamentalement cumulatifs, forment un système d'unité de régulation et de validation des restrictions étatiques aux services d'internet. Comment ces critères sont-ils appréciés dans la pratique des juridictions?

Premièrement, la légalité de la restriction à l'internet s'apprécie à la lumière de la clarté, de la précision, de l'accessibilité ainsi que de la prévisibilité de l'acte juridique qui le prévoit,[46] «de façon à permettre aux individus de savoir si une action précise est illégale».[47] Toutefois, il est à relever que dans plusieurs États africains, l'accès aux services d'internet est peu ou non régulé. Lorsqu'une régulation est prévue, son cadre juridique est généralement flou. C'est de ce double point de vue que le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, lors de sa visite d'État en Éthiopie en 2020, rappelait (le principe de prévisibilité légale):

> shutdowns ordered covertly, without an obvious legal basis, and/or pursuant to vaguely formulated laws and regulations, violate the requirement under article 19 (3) of the International Covenant on Civil and Political Rights that restrictions be 'provided by law.[48]

À ce propos, on notera que dans l'affaire *Amnesty International Togo and Others v The Togolese Republic,* les plaignants[49] reprochaient à la République du Togo, l'illégalité des coupures de l'internet du 5 au 10 et du 19 au 21 septembre 2017, pour de prétendus motifs de sécurité nationale, en violation de la disposition précitée des Nations Unies ainsi que des articles 9 de la Charte ADHP et 66 du Traité révisé de la CEDEAO.[50] Selon les plaignants aucune loi disponible ne permettait au

45 Principe 9(1), Déclaration de 2019; Observation générale n°34 (n 24) para 43.

46 Principe 9(2), Déclaration de 2019.

47 UN Doc. E/CN.4/1996/39, *Les Principes de Johannesburg, Sécurité Nationale, Liberté d'Expression et Accès à l'Information,* 22 March 1996, Principe 1.1(a).

48 Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression (n 12) paras 51, 52.

49 Amnesty International Togo, L'Institut Des Médias pour La Démocratie et les Droit de L'Homme, La Lantere, Action des Chrétiens pour L'Abolition de la Torture, Association des Victimes de Tortue au Togo, Ligue des Consommateurs de Togo, L'Association Togolaise pour L'Éducation aux Droits de L'Homme et la Démocratie et Houefa Akpeda Kouassi.

50 *Amnesty International Togo* (n 1) para 11(a).

gouvernement togolais de recourir aux coupures: 'There are neither a law in force that gave the mandate to shut down internet access nor can the respondent rely on subsequent legislations to justify the shutdown of internet access.'[51] En fin de compte, la Cour de Justice de la CEDEAO a retenu la violation du droit des plaignants à la liberté d'expression au motif que l'État défendeur n'a pas été en mesure d'apporter, ni par référence, ni autrement, la preuve l'existence d'une loi en vertu de laquelle les coupures d'internet auraient été ordonnées.[52] Par ailleurs, quand bien même elles doivent avoir une base légale pour être justifiées, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies considère que «les restrictions qu'un État partie impose à l'exercice de la liberté d'expression ne peuvent pas compromettre le droit lui-même»[53] autant que l'a si bien fait remarquer la Commission africaine elle-même, dans l'affaire *Media Rights Agenda and Others v Nigeria*: *'A limitation may never have as a consequence that the right itself becomes illusory'*[54] car la légalité de la restriction d'un droit *'does not mean that national law can set aside the right … this would make the protection of the right … ineffective'*.[55]

Nous sommes par ailleurs d'avis que la légalité des restrictions aux services d'internet puisse s'apprécier également à l'aune de l'indépendance et de l'impartialité de l'institution qui en assure la supervision, y compris l'existence de voies de recours devant un juge lorsque les restrictions sont injustifiées selon les utilisateurs.[56] À titre illustratif, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, dans l'affaire *Ahmet Yıldırım c. Turquie,* que «le contrôle juridictionnel du blocage de l'accès aux sites internet ne réunit pas les conditions suffisantes pour éviter les abus»[57] en raison du fait que «le droit interne [de l'État en cause] ne prévoit aucune garantie pour éviter qu'une mesure de blocage visant un site précis ne soit utilisée comme moyen de blocage général».[58] D'après la Cour européenne, «une restriction d'accès à une source d'information [n'est] compatible avec la Convention qu'à la condition de s'inscrire dans un cadre légal strict délimitant l'interdiction et offrant la garantie d'un contrôle juridictionnel contre d'éventuel abus».[59]

En outre, la loi qui impose la restriction doit être conforme au droit international applicable. Une telle exigence s'explique par le fait qu'il incombe aux États, en vertu des obligations positives, de prendre toutes

51 *Amnesty International Togo* (n 1) para 43.
52 *Amnesty International Togo* (n 1) para 45.
53 Observation générale 34, para 21.
54 *Media Rights Agenda & Others v Nigeria* (n 35) para 70.
55 *Media Rights Agenda* (n 35) para 66; *Constitutional Rights Project* (n 40) para 57.
56 *Media Rights Agenda* (n 35) para 66; Principe 1.1(b), Principes de Johannesburg.
57 CEDH, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, Requête N0 3111/10 (2012) para 68.
58 *Ahmet Yildirim* (n 57) para 68.
59 *Ahmet Yildirim* (n 57) para 64.

les mesures nécessaires afin de faciliter l'exercice et la jouissance des droits attachés à l'accès effectif à internet.[60] C'est à ce titre que la Commission a demandé au Nigéria, dans l'affaire *Media Rights Agenda and Others v Nigeria,* de prendre les mesures appropriées pour rendre sa législation conforme à la Charte africaine.[61] Dans le même sens, la Cour de Justice de la CEDEAO a ordonné à l'État togolais, défendeur, dans l'affaire *Amnesty International Togo and Others v The Togolese Republic,* d'adopter les lois, les règlements et les garanties propres à assurer l'effectivité du droit à la liberté d'expression, conformément aux instruments internationaux des droits humains.[62] La même Cour a relevé dans l'affaire *Federation of African Journalists and Others v The Gambia*, que les lois doivent être conçues dans l'esprit de sauvegarde de la substance des droits et libertés à l'expression et à l' information: 'In analysing the criminal laws of The Gambia, one can certainly infer that these laws do not guarantee a free press within the spirit of the African Charter on Human and Peoples' Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).'[63] Par conséquent, elle a ordonné à l'État défendeur de modifier sa législation interne: 'to immediately repeal and/or amend its laws ... in line with its obligations under international law, especially article 1 of the African Charter on Human and Peoples' Rights, the ICCPR and the ECOWAS Revised Treaty'.[64] C'est également dans le même ordre d'idées que la Cour de justice de l'Afrique de l'Est, dans l'affaire *Burundi Journalists Union v The Attorney General of the Republic of Burundi*, a ordonné à l'État défendeur soit, d'abroger sans délai la Loi burundaise n° 1/11 du 4 juin 2013 modifiant la Loi n° 1/025 du 27 novembre 2003 relative à la liberté de la presse, soit de l'amender de sorte à rendre un certain nombre de dispositions conformes au Traité instituant la Communauté de l'Afrique de l'Est.[65] Il en a été de même dans l'affaire *Lohé Issa Konaté c. République du Burkina Faso* devant la Cour africaine qui a ordonné à l'État défendeur de «modifier sa législation sur la diffamation afin de la rendre compatible avec l'article 9 de la Charte, l'article 19 du Pacte et l'article 66(2)(c) du Traité révisé de la CEDEAO».[66] En définitive, que ce soit en ligne ou hors ligne, les lois et règlements qui encadrent l'effectivité des droits à la liberté d'association, d'information, d'expression et de diffusion d'opinion dans les États parties à la Charte africaine, doivent être conformes aux standards internationaux des droits humains.

60 A/HRC/50/55, *Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme* (n 6) para 8.

61 *Media Rights Agenda* (n 35) para 91.

62 *Amnesty International Togo* (n 1) para 47 (vi).

63 *Federation of African Journalists (FAJ) & Others v The Gambia* ECW/CCJ/JUD/04/18 (February 2018) http://www.courtecowas.org/wp-content/uploads/2019/02/ECW_CCJ_JUD_04_18.pdf (consulté le 27 juillet 2023).

64 As above.

65 East African Court of Justice *Burundi Journalists Union v The Attorney General of the Republic of Burundi*, Case 7 OF 2013, (2015) para 120(a) & (b).

66 *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso* (fond) (2014) 1 RJCA para 176(8).

Deuxièmement, comme il ressort de l'Observation générale n°34 du Conseil des droits de l'homme,

> Quand un État partie invoque un motif légitime pour justifier une restriction à la liberté d'expression, il doit démontrer de manière spécifique et individualisée la nature précise de la menace et la nécessité de la mesure particulière prise, en particulier en établissant un lien direct et immédiat entre l'expression et la menace.[67]

La condition du but légitime permet, selon l'article 27, paragraphe 2 de la Charte africaine, de protéger le droit d'autrui, la sécurité collective, la moralité et l'intérêt commun.[68] S'inspirant de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) et du PIDCP, la Déclaration de principe sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique de 2019 complète cette liste par la protection de «la sécurité nationale, l'ordre public ou la santé publique».[69]

La protection de la réputation d'autrui s'apprécie différemment selon que la personne dont les droits sont à protéger est un simple citoyen ou une personnalité publique. Dans ce dernier cas, le seuil de tolérance à la critique est plus élevé que pour un citoyen ordinaire, comme il ressort de l'affaire *Media Rights Agenda and Others v Nigeria*, 'people who assume highly visible public roles must necessarily face a higher degree of criticism than private citizens; otherwise public debate may be stifled altogether'.[70] C'est justement sur cette base que dans l'affaire *Lohé Issa Konaté c. République du Burkina Faso,* la Cour africaine a déclaré contraire au droit à la liberté d'expression, les poursuites, la condamnation et la suppression de la publication du requérant au principal motif que «la liberté d'expression dans une sociétédémocratique doit faire l'objet d'un degré moindre d'interférence lorsqu'elle s'exerce dans le cadre de débats publics concernant des personnalités du domaine public».[71] Notons, par ailleurs, que la sécurité nationale constitue l'une des raisons, sinon la plus invoquée, pour restreindre l'accès à l'internet, relativement à l'exercice des droits consacrés aux articles 9, 10 et 11 de la Charte africaine. Elle est avancée pour empêcher ou contenir des manifestations redoutées en périodes électorales, pour limiter les risques ou empêcher les renversements de l'ordre constitutionnel établi, ou encore pour éviter que de fausses informations soient diffusées en situation de tensions politiques, etc. Toutefois, pour être légitimes, ces motifs doivent impérativement avoir pour but, selon les Principes de Johannesburg, de «protéger l'existence d'un pays ou son intégrité territoriale contre l'usage ou la menace d'usage de la force que

67 Rapport établi par le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression (n1) para 16; Observation générale 34, para 35.

68 Aux termes de cette disposition, 'les droits et devoirs de chaque personne s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun'. Voir aussi, *Media Rights Agenda* (n 35) para 67.

69 Principe 9(3), Déclaration de 2019.

70 *Media Rights Agenda* (n 35) para 74.

71 *Lohé Issa Konaté c Burkina Faso* (n 65) paras 155, 176(5)(6)(7).

cela vienne de l'extérieur, par exemple une menace militaire, ou de l'intérieur, telle l'incitation au renversement d'un gouvernement».[72] Cette légitime finalité est caractérisée par une présomption simple, la charge de la preuve de l'effectivité des menaces et risques ainsi que celle de la validité de toute restriction incombant à l'État.[73] Par conséquent,

> Une restriction qu'un gouvernement tenterait de justifier par des raisons de sécurité nationale n'est pas légitime si son véritable but et son effet démontrable sont de protéger des intérêts ne concernant pas la sécurité nationale, par exemple de protéger un gouvernement de l'embarras ou de la découverte de ses fautes, ou pour dissimuler des informations sur le fonctionnement des institutions publiques, ou pour imposer une certaine idéologie, ou pour réprimer des troubles sociaux.[74]

C'est dans ce sens que les États doivent s'abstenir de prendre des mesures qui visent à empêcher ou à perturber délibérément l'accès à l'information ou la diffusion d'informations en ligne, en violation du droit international des droits de l'homme.[75] Dès lors, chaque fois que les autorités d'un État Partie à la Charte africaine seront confrontées à une décision de limitation ou de restriction aux services d'internet, y compris pour des motifs de sécurité nationale admis, ils doivent s'assurer que leur décision soit en adéquation avec les engagements de l'État découlant de la Charte.

Troisièmement, si l'exigence de légalité des mesures restreignant l'accès à internet est un argument fondamental de garantie contre l'interférence des pouvoirs publics, la nécessité et la proportionnalité sont des critères majeurs d'évaluation du bien-fondé de la décision de restriction. Ainsi, pour être jugé nécessaire et proportionnée, toute restriction aux services d'internet doit, selon la Déclaration de 2019,

> (a) être motivée par une nécessité urgente et impérieuse, qui soit réelle et suffisante; (b) avoir un lien direct et immédiat avec la demande et la divulgation d'informations et être le moyen le moins restrictif de réaliser le but visé; et (c) être de nature telle que les avantages de la protection de l'intérêt déclaré l'emportent sur les problèmes induits par la demande et la divulgation d'informations, notamment en ce qui concerne les sanctions autorisées.[76]

De ce qui précède, on retiendra que l'ingérence des pouvoirs publics dans l'exercice des droits relatifs à l'accès à l'internet n'est justifiée que si l'immixtion de l'administration répond à ces trois critères. À ce propos, la Commission africaine a soutenu dans l'affaire *Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspapers of Zimbabwe/ Republic of Zimbabwe* que le principe de proportionnalité est un élément de justice: *'The principle of proportionality or proportional justice is used to describe the idea that the punishment of a certain crime should be in proportion to the severity of the crime itself.'*[77] Ainsi, pour déterminer si une décision de limitation ou restriction aux services d'internet est proportionnelle, elle devra répondre aux questions suivantes:

72 Principe 2, Principes de Johannesburg.

73 Principe 1(d), Principes de Johannesburg.

74 Principe 2(b), Principes de Johannesburg.

75 A/HRC/32/L.20, Conseil des droits de l'homme, *La promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur Internet,* para 10.

76 Principe 9(4), Déclaration de 2019.

77 *Zimbabwe Lawyers for Human Rights* (n 26) para 176.

> *Was there sufficient reasons supporting the action? Was there a less restrictive alternative? Was the decision-making process procedurally fair? Were there any safeguards against abuse? Does the action destroy the very essence of the Charter rights in issue?*[78]

Cette approche de congruence est fondée sur l'argument suivant lequel les États devraient

> aborder les préoccupations de sécurité sur internet conformément à leurs obligations internationales relatives aux droits de l'homme afin de garantir la protection de la liberté d'expression, de la liberté d'association, du droit à la vie privée et d'autres droits de l'homme en ligne, au moyen notamment d'institutions nationales démocratiques et transparentes, fondées sur les principes du droit, d'une manière qui garantisse la liberté et la sécurité sur internet afin que celui-ci puisse rester une force dynamique génératrice de développement économique, social et culturel.[79]

Toutefois, il faut reconnaître avec le Haut-commissariat aux droits de l'homme que «les coupures de l'accès à internet ne respectent généralement pas ces conditions».[80] Dans son rapport *Coupures de l'accès à internet: tendances, causes, implications juridiques et conséquences sur une série de droits de l'homme* du 13 mai 2022, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme souligne que «[c]ompte tenu de leurs effets indifférenciés et de grande portée, elles satisfont très rarement au critère de proportionnalité».[81] Ainsi, poursuit le rapport,

> [s]i les coupures générales de l'accès à internet ont des conséquences graves et ne sont jamais justifiables, d'autres formes de perturbations des réseaux et des communications sont également susceptibles d'avoir des effets négatifs indifférenciés, ce qui les rend disproportionnées. La coupure ciblée d'un service de communication fourni par internet ne peut être considérée comme proportionnée et justifiable que dans les circonstances les plus exceptionnelles, et doit constituer une mesure de dernier recours.[82]

Partant, il ne subsiste plus aucun doute que la proportionnalité requiert que les actes ou décisions des autorités publiques n e dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis.[83] Dans ce sens, nous sommes d'avis avec Guy Braibant que la proportionnalité répond ici à «l'exigence d'un rapport, d'une adéquation entre les moyens employés par l'administration et le but qu'elle vise».[84] Concrètement, cela implique qu'une décision de limitation ou de restriction de l'accès aux services numériques n'est légitime que si elle est adaptée et proportionnelle à l'objectif poursuivi par l'autorité publique. À défaut, elle doit être jugée «incompatible avec la Charte [africaine] et les instruments pertinents

78 As above.

79 A/HRC/32/L.20, Conseil des droits de l'homme, *La promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur Internet,* para 8.

80 Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (n 6) para 13.

81 As above.

82 As above.

83 CJUE, *Ordonnance du 17 décembre 2015, affaire n° C-580/14,* para 24.

84 G Braibant 'Le principe de proportionnalité' *Le Juge et le droit public. Mélanges offerts à M. WALINE*, Paris, LGDJ, 1974, T.2, 298, cité par JM Sauvé 'Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés?' (2018) 5 *Les cahiers portalis* 9-21 10.

des droits de l'homme».[85] En droit interne et pour le Conseil constitutionnel français, la décision de restriction à la liberté publique d'accès à internet ne peut être prononcée que par le juge.[86] Dans ce sens, le test de proportionnalité apparaît comme un procédé qui permet au juge, national ou supranational, d'évaluer les arguments relatifs à la restriction du droit d'accès à internet, de manière à éviter que l'ingérence de l'administration ne puisse constituer une présomption de culpabilité. Suivant cette technique, le juge vérifie s'il y a un déséquilibre manifeste entre la gravité des événements ou du risque d'atteinte à l'ordre public et la sévérité de la mesure restrictive, en l'occurrence, la décision de limitation ou de restriction de l'accès aux services d'internet. Quoi qu'il en soit, le Comité des droits de l'homme a soutenu dans son Observation générale n° 27 que «[l]e principe de la proportionnalité doit être respecté non seulement dans la loi qui institue les restrictions, mais également par les autorités administratives et judiciaires chargées de l'application de la loi».[87]

Pour ce qui concerne les réparations éventuelles, il faut d'abord noter que la Commission africaine, dans les limites de ses fonctions quasi juridictionnelles et conciliatrices, n'aurait pu officier qu'à titre pédagogique, en recommandant aux États parties en cause d'accorder une réparation adéquate et rapide, sous diverses formes. En nous inspirant des pratiques universelles, nous pouvons suggérer trois types de mesures de réparation, mesures proportionnelles aux circonstances de chaque cas et à mettre en œuvre par les États parties concernées: des modifications législatives et procédurales, des sanctions judiciaires et administratives et des indemnisations pour préjudices subis par les victimes. Les modifications législatives et administratives permettraient d'assurer les garanties de non-répétition en intégrant les critères fondamentaux et processuels (conditions de prévisibilité et sécurité juridiques, conditions de justification et de proportionnalité, procédures démocratiques d'adoption des mesures, y compris sous regard avisé d'une autorité consultative indépendante et pertinente, etc). Les sanctions judiciaires et administratives internes seraient également des mesures renforçant la responsabilité juridique des acteurs pertinents, la lutte contre l'impunité et les garanties de non-répétition. Enfin, les préjudices subis par les victimes doivent être compensés par des indemnisations et autres assistances proportionnées, en fonction des dommages psychologiques, moraux, physiques, matériels ou socio-économiques (pertes d'emploi, d'opportunités ou d'affaires, etc).

Quid des critères d'appréciation des violations alléguées des articles 9, 10 et 11 de la Charte africaine et des éventuelles mesures de réparation pour les États ou entités gouvernementales non parties à la Charte africaine?

85 Requête 004/2013 - *Lohé Issa Konaté c. République du Burkina Faso*, para 166.

86 Conseil constitutionnel français, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, para 16.

87 CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 - Comité des droits de l'homme, Observation générale no 27, para 14.

4 LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'EXCLUSION DES ÉTATS NON PARTIES À LA CHARTE AFRICAINE

La Commission africaine, tout comme la Cour africaine, ne peut connaître d'une plainte que dans la mesure où l'État en cause est partie à la Charte africaine.[88] À cet égard, si la position de la Commission en ce qui concerne les violations alléguées contre le Royaume du Maroc est fondée en droit, celle sur le Somaliland peut susciter quelques remarques.

Pour rappel, la Commission a purement et simplement exclu le Somaliland du groupe d'État visé par la Communication 742/20 au motif qu'il n'est ni partie à la Charte africaine, ni membre de l'Union africaine; ce qui, du point de vue juridique, est incontestable. Toutefois, ne s'agit-il pas, là encore, d'un examen incomplet de la compétence *ratione personae* de la Commission ? En effet, considérant d'une part, que les commissaires officient sur la base du régime de la responsabilité internationale des États, et d'autre part, que la compétence de la Commission n'est pas établie à l'égard du Somaliland, la situation ci-dessus décrite voudrait qu'elle recherche l'entité à laquelle les violations alléguées peuvent être attribuables et par conséquent, sa compétence à l'égard de celle-ci. Le principal critère d'attribution des faits aux États est celui du contrôle effectif. Justement à ce propos, pour attribuer à l'Arménie les faits en cause dans l'affaire *Chiragov et autres v Arménie*, la Cour européenne avait considéré que cette dernière exerce un contrôle effectif sur la République du Haut-Karabagh, «une influence importante et déterminante dès le début du conflit dans le Haut-Karabagh»,[89] notamment grâce à «l'appui militaire, politique, financier et autre».[90]

De ce point de vue, les coupures d'internet rapportées par les plaignants de la Communication 742/20 ne peuvent raisonnablement pas être attribuées à la Somalie pour la simple raison qu'elle n'exerce pas tel contrôle sur le territoire du Somaliland, autoproclamé indépendant le 31 mai 2001 à l'issue d'un référendum constitutionnel dans un contexte historique assez particulier.[91] Seulement, quand bien même la République du Somaliland remplit tous les critères constitutifs d'un État en vertu l'article 1er de la Convention de Montevideo sur les

88 NE Nguema 'Recevabilité des communications par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples' (2014) 5 *La Revue des droits de l'homme* 7.

89 *Affaire Chiragov et autres c. Arménie*, Requête no. 13216/05 (2015) para 186.

90 As above.

91 DAS Tehindrazanarivelo & MM Mbengue 'L'Union africaine et la reconnaissance du statut d'État à des entités contestées' in T Garcia (dir) *La reconnaissance du statut d'État à des entités contestées: Approches de droits international, régional, interne* (2018) 205.

droits et devoirs des États,[92] la Somalie reste et demeure l'entité étatique régulièrement établie au regard du droit international et reconnue par l'Union africaine. À ce titre, à moins de considérer que le territoire du Somaliland constitue une zone de non-droit, la Somalie pourrait endosser la responsabilité internationale de toutes les violations alléguées, y compris celles qui se seraient déroulées sur le territoire du Somaliland, en l'occurrence les restrictions d'accès à l'internet. En effet, dans l'affaire *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, la Cour européenne avait constaté que «le gouvernement moldave, seul gouvernement légitime de la République de Moldova au regard du droit

92 D'abord, le territoire de la République du Somaliland est connu et matérialisé par des actes juridiques. Elle est bordée par le golfe d'Aden au nord et partage ses frontières avec Djibouti à l'ouest, l'Éthiopie au sud et la Somalie à l'est. Sa capitale et ville principale est Hargeisa. Selon les informations que nous avons recueillies sur le site officiel du Somaliland, celui-ci a un territoire estimé à 176.200 km2. Il est délimité par des frontières internationales établies par des protocoles et des traités, notamment le traité franco-anglais de 1888, le protocole anglo-italien de 1894 et le traité anglo-éthiopien de 1897 (Crisis Group Africa, *Somaliland: Time for African Union Leadership*, Report N°110, 23 May 2006, 11). Ensuite, sa population permanente est estimée à 4 millions de personnes. Par ailleurs, le gouvernement est constitué de structures administratives régionales et de district doté de leur propre constitution, d'un corps législatif élu, d'un cabinet dirigé par un Premier ministre, d'une nationalité, d'une armée, etc. Le Somaliland dispose d'un gouvernement établi, de ses propres forces de sécurité, d'un drapeau, d'un hymne, d'insignes, d'une monnaie, d'une banque centrale et d'un passeport, des autorités démocratiquement élues, d'un parlement bicaméral et d'un système judiciaire indépendant. La première élection présidentielle a eu lieu en avril 2003. Le 13 novembre 2017, la troisième élection présidentielle a eu lieu. Enfin, selon les déclarations des autorités du Somaliland, le pays a établi des bureaux et des représentants dans plus d'une douzaine de pays à travers le monde, dont les États-Unis, le Canada, le Royaume-Uni, la Suède, la France, la Norvège, la Belgique, l'Éthiopie, Djibouti, le Kenya, les Émirats arabes unis, le Yémen et la Chine. Il est rapporté que le Somaliland a conclu des accords de coopération formels et informels avec un large éventail d'États et d'organisations intergouvernementales, dont Djibouti, l'Éthiopie, le Kenya, l'Afrique du Sud, le Danemark, le Royaume-Uni, les États-Unis et les Nations unies. La coopération a porté sur toute une série de questions, notamment la sécurité, le commerce, l'immigration et l'aide au développement. Voir Crisis Group Africa, *Somaliland: Time for African Union Leadership*, Rapport N°110, 23 mai 2006, 11. Récemment, le 24 septembre 2019, le Président de la République du Somaliland, S.E. Muse Bihi Abdi, a rencontré à Djibouti, S.E. Ismail Omer Guelleh, Président de la République de Djibouti. Les deux présidents auraient discuté des moyens de renforcer la coopération bilatérale entre les deux nations dans les domaines du développement économique, du commerce et de la sécurité régionale. Le Somaliland aurait également conclu des accords de coopération avec Djibouti sur la promotion de la femme et le développement de l'enfant. Le 10 mars 2020, le ministre des Affaires étrangères et de la Coopération internationale du Somaliland, Yasin Hagi Mohamud, a rencontré son homologue ougandais, Sam Kutesa, et la présidente du Parlement ougandais, Rebecca Kadaga. En outre, plusieurs pays, dont l'Éthiopie, Djibouti et la Turquie ont établi des représentants et des consulats au Somaliland. D'un autre point de vue, vingt-deux agences des Nations unies représentent l'ONU au Somaliland. Par exemple, le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés a supervisé le retour au Somaliland de plus de 200 000 réfugiés d'Éthiopie et de Djibouti. Le 5 août 2019, le président de la République du Somaliland a reçu l'envoyé des Nations Unies au Somaliland et en Somalie, l'ambassadeur James Swan.

international, n'exerce pas d'autorité sur une partie de son territoire»[93] avant de juger cependant avec force de droit que

> Même en l'absence de contrôle effectif sur la région transnistrienne, la Moldova demeure tenue, en vertu de l'article 1 de la Convention, par l'obligation positive de prendre les mesures qui sont en son pouvoir et en conformité avec le droit international – qu'elles soient d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre – afin d'assurer dans le chef des requérants le respect des droits garantis par la Convention.[94]

Partant, au delà de l'exclusion du Somaliland de sa compétence *ratione personae*, la Commission africaine aurait pu se livrer à un examen plus approfondi, notamment aux fins d'établir si les faits visant la République du Somaliland peuvent être attribuables à la Somalie, État partie à la Charte africaine et à l'Union africaine.

5 CONCLUSIONS

Il résulte des démonstrations menées ci-dessus que la question des restrictions aux services d'internet présente un intérêt certain dans une Afrique en transition démocratique difficile et où, les pouvoirs publics y ont un recours généralisé et plus ou moins discrétionnaire pour de multiples raisons. Les fondements et la légitimité de coupures et restrictions, se généralisant, sont peu transparents et discutés. L'incidence que de telles décisions produisent sur la jouissance et l'exercice des droits civils et politiques par le biais du numérique invite à une réflexion profonde sur l'aménagement des mécanismes de protection et de garantie. Et dans le cas d'espèce, on ne peut que regretter la décision de non-recevabilité de la Communication par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, décision, de notre point de vue, discutable. En adoptant une démarche formellement rigoriste, défavorable aux intérêts des requérants dans cette affaire, la Commission a malencontreusement sous-évalué la portée heuristique et pédagogique ou prospective d'un examen prétorien proactif des violations alléguées, surtout qu'elles sont formulées à l'encontre de près de la moitié des États parties à la Charte africaine.

Nous n'avons choisi ici de commenter que les conséquences négatives des décisions de limitation ou de restriction d'accès aux services internet sur les libertés d'expression et droit à l'information. Il faut noter toutefois que de nombreuses autres situations négatives d'expression et d'information nécessitent légitimement des restrictions d'accès aux espaces numériques. En effet, le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression a établi une grille d'indicateurs de licéité des restrictions. À ce titre, les restrictions protectrices visent les cas de diffusion en ligne de contenus pornographiques mettant en scène des enfants, les cas d'utilisation de l'internet pour l'incitation directe et publique à commettre des actes de

93 *Affaire Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, Requête no 48787/99 (2004) para 330.

94 *Ilascu* (n 93) para 331.

génocide, à faire l'apologie de la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence, ou encore l'utilisation de l'internet pour incitation au terrorisme.[95]

Dans toute situation, les tests de légalité ou prévisibilité légale, de légitimité du but poursuivi, de nécessité, de proportionnalité et de non-discrimination déterminent la validité des restrictions temporaires d'accès aux technologies de l'information et des communications. Pour cela, la Commission africaine gagnerait, dans sa fonction de promotion et de protection, à offrir un espace prétorien de débats face aux actualités critiques de la connectivité internationale des réseaux de communication et face aux pouvoirs juridiques garantis aux États par la Constitution de l'Union internationale des télécommunications (UIT). Dans l'arbitrage quasi contentieux, propre au statut de la Commission africaine, les commissaires peuvent s'inspirer de la jurisprudence des cours et des tribunaux internationaux, y compris celles des juridictions internationales extra-africaines, relativement en avance en ce qui concerne les enjeux numériques. La Commission africaine pourrait ainsi circonscrire, caractériser en contexte, spécifier et optimiser les besoins, critères et niveaux de garantie des droits d'accès universels à internet en vue du développement durable. Dans un contexte de quasi-retour à l'autoritarisme où sont constamment bridées les aspirations légitimes des peuples africains aux débats et à la démocratie, nonobstant nombre de dérives, de désinformations, de manipulations et d'exploitations en ligne, les décisions de restriction d'accès aux services d'internet, sont l'occasion d'ouvrir, par paliers, le chantier dynamique et complexe de la régulation des réseaux de communication et des intelligences dites artificielles. La même perspective de débats méta-prétoriens et vivants, en contextualité, permettrait d'affronter par ailleurs la question des entités contestées, relativement partie et non-partie à la Charte africaine ou à l'organisation panafricaine. La Commission africaine, à l'aune de sa conception culturelle comme cénacle de débat et conciliation panafricaine, devrait s'assumer ainsi et accueillir des épreuves et expériences d'innovations, contre toute tendance à amoindrir ses compétences socioculturelles de promotion des droits de l'homme et des peuples africains.

95 *Rapport établi par le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression* (n1) para 20.

A admissão de Marrocos como Estado-membro da União Africana no Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos: uma oportunidade ou um fracasso para o direito de autoderminação dos povos?

*Rui Garrido**
https://orcid.org/0000-0002-2585-2571

RESUMO: No caso *Bernard Anbataayela Mornah v Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Ghana, Mali, Malawi, Tanzania and Tunisia*, decidido pelo Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (Tribunal Africano) em 2022, o requerente alegou que os Estados demandados violaram, entre outros, o direito de autodeterminação da República Democrática Árabe Saharauí quando estes Estados aceitaram, na cimeira de chefes de Estado e de Governo de julho de 2017, a admissão do Reino de Marrocos como membro da União Africana. Este caso configurou uma oportunidade para o Tribunal Africano se pronunciar sobre um dos direitos mais controversos da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. A decisão do Tribunal, contudo, foi no sentido de que os Estados não violaram o direito de autodeterminação. Apesar disto, o Tribunal clarificou algumas questões controversas relativas à questão do povo Saharauí. Muito embora o caso não tenha sido sobre a violação do direito de autodeterminação por parte de Marrocos, o Tribunal entendeu que a ocupação do território Saharauí por Marrocos constitui uma violação do direito de autodeterminação dos povos. Este comentário procura, assim, ir além desta decisão judicial e colocá-la em diálogo com outras decisões internacionais acerca desta controvérsia. Na conclusão, será feita uma avaliação das potencialidades que esta decisão pode ter para uma resolução da disputa entre o Sahara Ocidental e o Reino de Marrocos.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS

L'admission du Maroc comme État member de l'Union Africaine à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: une opportunité ou un échec du droit des peuples à l'autodétermination?

RÉSUMÉ: Dans l'affaire *Bernard Anbataayela Mornah c. Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Ghana, Mali, Malawi, Tanzanie et Tunisie*, tranchée par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en 2022, le requérant a allégué que le Les États répondants ont violé, entre autres, le droit à l'autodétermination de la République arabe sahraouie démocratique lorsque ces États ont accepté, lors du sommet des chefs d'État et de gouvernement en juillet 2017, l'admission du Royaume du Maroc comme membre de l'Union africaine. Cette affaire a été l'occasion pour la Cour africaine de se prononcer sur l'un des droits les plus controversés de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. La décision de la Cour a toutefois été que les États n'avaient

* PhD (Lisbon); Master of Law (Braga); Assistant Professor UPT Portucalense University, rgarrido@upt.pt

R Garrido 'A admissão de Marrocos como Estado-membro da União Africana no Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos: uma oportunidade ou um fracasso para o direito de autoderminação dos povos?' (2023) 7 *Anuário Africano dos Direitos Humanos* 397-417
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a18

pas violé le droit à l'autodétermination. Malgré cela, la Cour a clarifié certaines questions controversées liées à la question du peuple sahraoui. Même si l'affaire ne portait pas sur la violation du droit à l'autodétermination par le Maroc, la Cour a compris que l'occupation du territoire sahraoui par le Maroc constitue une violation du droit à l'autodétermination des peuples. Ce commentaire va au-delà de cet arrêt afin de le mettre en dialogue avec d'autres décisions internationales sur cette controverse. En conclusion, une évaluation est faite du potentiel que cette décision peut avoir pour une résolution du différend entre le Sahara Occidental et le Royaume du Maroc.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH

The admission of Morocco as African Union member state at the African Court on Human and Peoples' Rights: an opportunity or a failure for the peoples' right to self-determination?

ABSTRACT: In the case of *Bernard Anbataayela Mornah v Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Ghana, Mali, Malawi, Tanzania and Tunisia*, decided by the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) in 2022, the applicant alleged that the responding states violated, among other rights, the right of self-determination of the Saharawi Arab Democratic Republic when these states accepted, at the summit of Heads of State and Government in July 2017, to admit the Kingdom of Morocco as a member of the African Union. This case provided an opportunity for the African Court to rule on one of the most controversial rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights – the right to self-determination. The Court's decision, however, was that the states did not violate the right of self-determination. Despite this, the Court clarified some controversial issues relating to the issue of the Saharawi people. Even though the case was not about the violation of the right of self-determination by Morocco, the Court understood that the occupation of Saharawi territory by Morocco constitutes a violation of Sahrawi people's right to self-determination. This commentary therefore seeks to go beyond this judicial decision and puts it in conversation with other international decisions dealing with this controversy. In conclusion, an assessment is made of the potential that this decision may have for a resolution of the dispute between Western Sahara and the Kingdom of Morocco.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Africano dos Direitos Humanos, direito de autodeterminação dos Povos, Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; Sahara Ocidental, Marrocos

ÍNDICE:

1 Introdução 399
2 Do princípio de autodeterminação a um direito de autodeterminação dos povos no direito internacional 400
2.1 O direito de autodeterminação dos povos na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos 403
2.2 A autodeterminação do povo Saharauí 406
3 O caso *Bernard Mornah v Benim* e outros 408
4 Que impacto tem esta decisão na efetivação do direito de autodeterminação do povo Saharauí? 414
5 Conclusão 416

1 INTRODUÇÃO

A 22 de setembro de 2022 o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (Tribunal Africano) decidiu o caso *Bernard Anbataayela Mornah v Republic of Benin, Burkina Faso, Republic of Côte d'Ivoire, Republic of Ghana, Republic of Mali, Republic of Malawi, United Republic of Tanzania and Republic of Tunisia* (*Bernard Mornah v Benim e Outros*), relativo à alegada violação do direito do povo saharauí à sua autodeterminação pelo facto de, entre outros, estes terem aceitado a admissão do Reino de Marrocos como Estado-membro da União Africana. A autodeterminação do território do Sahara Ocidental, parcialmente ocupado, desde 1975, por Marrocos, tem sido um dos assuntos que tem dominado o panorama da política internacional africana nas últimas décadas.

Este acórdão tem particular interesse uma vez que se debruça sobre a questão controversa da ocupação do território de um Estado-Membro da União Africana, constituindo, porventura, o único caso efetivo de ocupação colonial por parte de um Estado africano.[1] Distingue-se, por isso, das reivindicações de autodeterminação de vários outros 'povos' encurralados no território de Estados cujas fronteiras foram definidas no século XIX.

A queixa diz respeito à alegada violação do artigo 20.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta Africana) por parte de um conjunto de Estados-Partes pelo facto de terem admitido o Reino de Marrocos como Estado-Membro da União Africana. Marrocos foi membro originário da Organização da Unidade Africana (OUA) – tendo inclusive, liderado um dos grupos de Estados que tinham um projeto de maior integridade regional para uma África independente –,[2] mas entrou em colisão com a OUA aquando da admissão da República Democrática do Sahara Árabe, em 1982. Os interesses marroquinos e a sua reivindicação histórica de soberania sobre o território saharauí fizeram Marrocos voltar as costas às organizações regionais africanos por mais de 30 anos. Em janeiro de 2017, tornar-se-ia o quinquagésimo quinto Estado-Membro da União Africana.

Este comentário procura analisar a decisão *Bernard Mornah v Benim e Outros* sob um prisma do seu contributo para uma resolução da controversa ocupação de Marrocos do território do Sahara Ocidental.[3] A metodologia adotada é qualitativa assentando na análise de fontes primárias (desde logo, o caso em apreço), assim como outras

1 M Munene 'Multiple colonialism in Western Sahara' (2010) 2 *Journal of Language, Technology & Entrepreneurship in Africa* 194.

2 Em concreto, o *Grupo de Casablanca*, que procurava maior integração e a luta contra o colonialismo e outras formas de neo-colonialismo. Cf. K Nash 'Embracing state security: the peace and security norms and structures of the Organisation of African Unity, 1963 – 1993' in M Grilli & F Gerits (eds) *Visions of African Unity: new perspectives on the history of Pan-Africanism and African unification projects* 265.

3 C Portier 'Quand le '(bon)' juge condamne le crime sans condamner le crimine: l'affaire du Sahara occidental devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2023) 150 *Journal du droit international* 505.

fontes secundárias que dão lastro para uma reflexão crítica do potencial deste caso. O comentário está estruturado em três partes essenciais. Na primeira será explorado o direito de autodeterminação no direito internacional e a sua consagração no Direito da União Africana. Neste último, será ainda explorada, ainda que brevemente, a situação de ocupação do Sahara Ocidental por parte de Marrocos, focando-se em alguns eventos históricos chave. Num segundo momento, será analisado o acórdão *Bernard Mornah v Benim e Outros*, procurando extrair os pontos mais relevantes para a efetivação do direito de autodeterminação. Uma última parte discute os impactos e as potencialidades desta decisão para a resolução deste diferendo.

2 DO PRINCÍPIO DE AUTODETERMINAÇÃO A UM DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS NO DIREITO INTERNACIONAL

A autodeterminação dos povos assume um papel de especial relevância para o direito internacional contemporâneo,[4] na medida em que contribuiu, de forma expressiva, para que o mundo pós-II Guerra Mundial testemunhasse, em resultado da descolonização europeia, o surgimento de novos sujeitos estaduais na esfera internacional. Este é um princípio 'disputável e maleável',[5] que reflete as lutas contra a ocupação por potências estrangeiras – como foi o caso dos povos africanos à presença europeia desde o início da expansão marítima dos europeus –, mas também se estruturou, mais recentemente, em torno da ideia de nacionalismo e tem raízes na declaração de independência americana ou até na revolução francesa.

A consagração deste princípio do direito internacional foi progressivamente estruturada em dois momentos essenciais: o primeiro momento dá-se com o fim da I Guerra Mundial, com a criação de novos Estados no continente europeu, e; o segundo momento dá-se nas décadas de 1950 e 1960 do século XX, com a descolonização europeia de África (sobretudo).[6] Neste sentido, a autodeterminação estruturou-se como um princípio basilar do direito internacional, tendo ocupado grande parte da atenção da Organização das Nações Unidas da década de 1960 do século XX.

A ideia de autodeterminação radica numa relação antagónica entre um Estado e um povo, que, como entende Azeredo Lopes, apresenta uma relação intrínseca, que é 'a referência, direta ou não, a elementos identitários' de um grupo que procura exercer a sua autodeterminação.[7] Esta ideia já havia marcado o continente europeu

4 JA Lopes 'Direito de autodeterminação dos povos. Os desenhos da liberdade' in JA Lopes (ed) *Regimes jurídicos internacionais*, volume I (2020) 550.

5 A Santos *A Organização das Nações Unidas e a questão colonial portuguesa: 1960-1974* (2017) 22-23.

6 C Maia & R Kolb *O estatuto internacional da província angolana de Cabinda à luz do direito internacional público* (2016) 94-95.

7 Lopes (n 4) at 552.

no pós-I Guerra Mundial, quando se assistiu à criação de vários Estados e à unificação de outros assentes na ideia de 'um Estado para cada nação'.[8] Deve aqui entender-se a nação em sentido amplo como correspondendo a uma unidade étnico-cultural, que se distingue de Estado, que traduz uma unidade política.[9]

É a Carta das Nações Unidas que consagra este princípio basilar, como uma 'construção jurídico-política',[10] de alcance muito limitado. Assim, reza o seu artigo 1.º, n.º 2 que é objetivo da Organização das Nações Unidas (ONU) as 'relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal'. Este princípio é posteriormente reafirmado no artigo 55.º da Carta da ONU. Este tratado não explora, nem define, no que se traduz a autodeterminação dos povos, o que, no entender de Aurora Santos, 'a ideia de autodeterminação integrada na Carta dificilmente podia significar, como mais tarde viria a acontecer, a obrigação das potências coloniais permitirem que as suas colónias decidissem o seu próprio destino'.[11] Aliás, importa referir que a ONU, desde muito cedo, centrou a sua política na consagração dos direitos humanos individuais, protegendo os indivíduos dos abusos e atrocidades dos Estados. Este caminho foi muito distinto daquele trilhado pela sua antecessora, a Sociedade das Nações, que pouco ou nada desbravou na consagração de direitos individuais, mas que teve uma iniciativa muito relevante na proteção de grupos minoritários.[12] É disso exemplo o Tratado das Minorias Polacas, assinado em Versalhes a 28 de junho de 1919, que procurou regularizar a situação de vários grupos minoritários nacionais, integrando-os todos na Polónia resultante da I Guerra Mundial. Em todo o caso, a Sociedade das Nações não arriscou a traduzir esta proteção no reconhecimento de um direito de secessão por parte de grupos minoritários, o que se afiguraria um problema para vários Estados europeus construídos juridicamente sobre várias nações (como, por exemplo, o Reino Unido ou a Espanha).

No caso da ONU, a limitação no reconhecimento de um direito dos povos à autodeterminação, em particular, na sua tradução como o direito de secessão, sustentou-se no receio de uma anarquia internacional, com reivindicações de independência no coração dos centros de poder, sobretudo da Europa.[13] Por outro lado, o processo de redação da Carta deixou a autodeterminação como um princípio ambíguo ao qual os seus redatores não puderam (ou quiseram) dar uma definição. Isto porque, como sustenta Helen Quane, em 1945, entendia-

8 Maia & Kolb (n 6) 95.

9 Lopes (n 4) 552. E ao Estado são reconhecidos alguns elementos essenciais, dentre eles o território definido, a população permanente, bem como a forma de governo um poder político, como determinada a Convenção de Montevidéu, de 1933.

10 Lopes (n 4) 557.

11 Santos (n 5) 23.

12 A Buchanan 'Self-determination and the right to secede' (1992) 45 *Journal of International Affairs* 349.

13 Buchanan (n 12) 350.

se por secessão as demandas de libertação dos povos colonizados e as suas legítimas aspirações de independência.[14]

Assim, só mais tarde e por força das algumas resoluções adotadas no quadro da Assembleia Geral da ONU centradas da experiência colonial europeia – em especial, no caso da ocupação colonial portuguesa – é que a autodeterminação se efetivou enquanto um direito inalienável para os povos. É disso exemplo a Resolução 1514 (Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e aos Povos Coloniais), de 15 de dezembro de 1960, cujo ponto 2 afirma que '*All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development*'.[15] Os povos previstos na Resolução 1514 são os povos coloniais, destinatários diretos do direito de autodeterminação.[16] Mais ainda, a resolução não determina a forma como os povos coloniais devem exercer o seu direito de autodeterminação, mas afirma a incompatibilidade desse exercício com o Direito Internacional quando o mesmo se traduz na disrupção total ou parcial da unidade e integridade de um Estado. Ou seja, a Resolução 1514 aponta para que o critério territorial seja determinante para o exercício da autodeterminação dos povos.[17]

Esta metamorfose foi essencial para a consagração do direito de autodeterminação no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966. Ainda que a versão em língua portuguesa não replique, exatamente, as mesmas palavras que a versão em língua inglesa, o artigo 1.º, n.º 1 determina que 'Todos os povos têm o direito a dispor deles mesmos. Em virtude deste direito, eles determinam livremente o seu estatuto político e dedicam-se livremente ao seu desenvolvimento económico, social e cultural'.[18] Esta formulação viria a influenciar as negociações de outros tratados de direitos humanos, fertilizando neles a ideia de um direito dos povos à autodeterminação. quais É disto exemplo a Carta Africana, adotada pela Conferência de Chefes de Estado e de Governo da Organização de Unidade Africana em 1981. A autodeterminação dos povos estava, desta forma, consolidada como um direito coletivo, essencial e fundamental.

Mas em que se traduz um direito dos povos à autodeterminação? A natureza jurídica deste direito é complexa, em especial por entender uma dimensão externa e outra interna, as quais foram sendo posteriormente densificadas pela jurisprudência. O Direito Internacional é muito claro em proibir a secessão como forma de autodeterminação dos povos, sobretudo àqueles que não vivam em

14 H Quane 'The United Nations and the evolving right to self-determination' (1998) 47 *International and Comparative Law Quarterly* 547.

15 Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples, United Nations General Assembly (14 de dezembro de 1960).

16 Quane (n 14) 549.

17 H Hannum 'The right of self-determination in the twenty-first century' (1998) 55 *Washington and Lee Law Review* 775; Quane (n 14) 547.

18 Na versão em língua inglesa, o artigo 1, n. º 1 que 'All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development'.

situação de opressão colonial, pelo que não pode ser atribuída à autodeterminação um reconhecimento implícito de um direito de um grupo de se tornar independente de determinado Estado.[19] No entanto, a doutrina tem convergido no sentido de reconhecer ao direito de autodeterminação natureza *jus cogens*, pelo que a violação desta norma constitui um facto internacionalmente ilícito. Como escreve Juan Soroeta Liceras, '*hoy es admitido de forma mayoritaria por la Doctrina internacionalista que entre las características principales del derecho a la libre determinación de los pueblos se encuentra su carácter de ius cogens, por lo que su violación constituye un crimen internacional*'.[20] Assim, estamos perante uma norma que tem um caráter imperativo e que obriga todos os Estados ao seu cumprimento. Neste sentido aponta a Resolução 2621 (1970) da Assembleia Geral da ONU, que reafirma a continuação do colonialismo em todas as suas formas como uma violação da Carta das Nações Unidas.

2.1 O direito de autodeterminação dos povos na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

A codificação do direito de autodeterminação na Carta Africana é apenas um dos aspectos pelo quais este tratado regional de direitos humanos assume uma importância central na densificação do direito internacional dos direitos humanos. Esta insere-se nos direitos coletivos previstos na Carta Africana, que integra um conjunto de direitos que protegem a coletividade, em articulação com a proteção conferida ao indivíduo.[21] O legislador africano optou, na consagração do direito de autodeterminação, por codificar este direito em estreita articulação com a existência de um povo – que será o titular desse direito – e a sua preservação. Na prática, são dois direitos inter-relacionais.[22] Assim, o artigo 20.º da Carta Africana consagra o direito dos povos à sua existência e à autodeterminação.

No que diz respeito ao direito à existência, o legislador procurou proteger os povos de situações de gravidade tal, que no limite, poderiam levar ao seu extermínio. Em particular, como observa Aua Baldé, o direito à existência implica diretamente a proibição do

19 Hannum (n 17) 776. Sobre um alegado direito à secessão, ver também C Maia & R Kolb 'O estatuto do enclave de Cabinda à luz do direito internacional público' (2013) 8 *Anuário Brasileiro de Direito Internacional* 64-70.

20 J Liceras *El conflicto del Sahara Occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del derecho internacional* (2001) 24; J Liceras *International law and the Western Sahara conflict* (2014) 2.

21 F Viljoen *International human rights law in Africa* (2012) 219.

22 R Garrido 'Direito à existência e à autodeterminação' in PP Albuquerque (ed) *Comentário da carta africana dos direitos humanos e dos povos e do protocolo adicional* (2020) 811.

genocídio.[23] No que concerne à questão da autodeterminação, a Carta Africana prescreve que todo 'o povo tem um direito imprescritível e inalienável à autodeterminação'.[24] O legislador africano enrobusteceu este direito, na medida em que o reconhece como 'imprescritível e inalienável', garantindo assim que nenhum povo, em situação alguma, pode ser privado do seu gozo.

Na garantia do direito de existência e de autodeterminação, o legislador africano conferiu ainda aos povos – em especial, aqueles que se encontram sob domínio colonial ou sob opressão – o 'direito de se libertar do seu estado de dominação recorrendo a todos os meios reconhecidos pela comunidade internacional'.[25] Teria em mente dois cenários da história africana: em primeiro lugar, a recente libertação colonial dos territórios outrora colónias portuguesas – especialmente Angola e Guiné-Bissau – que travaram uma guerra de libertação colonial que durou mais de uma década (1963 até 1974), tendo a Guiné-Bissau declarado unilateralmente a independência a 23 de setembro de 1973 e reconhecida pela Assembleia Geral da ONU em várias das suas resoluções, e; em segundo lugar, a União Sul-Africana, já com um regime segregacionista vigente. A formulação adotada pelo legislador tem animado alguma doutrina que se interroga se este não teria em mente o recurso à força para a libertação do jugo colonial.[26] Aliás, neste sentido, sustentam Catherine Maia e Robert Kolb que, nos casos de ocupação ou opressão seria admissível a autodeterminação externa, isto é, a secessão dos territórios.[27]

Por último, o artigo 20.º da Carta Africana prevê, no seu número 3, que os povos sob ocupação têm o 'direito à assistência' por parte dos demais Estados-Partes à mesma, assistência essa com a finalidade de libertação da dominação estrangeira. O legislador africano codifica, desta forma, o direito de autodeterminação como um direito complexo e composto, que se traduz na titularidade desse direito, mas também de outros direitos correlatos que concorrem para o efetivo exercício do direito de autodeterminação. No caso, o direito de assistência não parece criar uma obrigação de assistência a um Estado ocupado. No entanto, como bem observa Aurora Santos, este direito de assistência traduz um princípio de solidariedade entre os Estados-Partes da Carta Africana.[28]

23 A Baldé *O sistema Africano de direitos humanos e a experiência dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa* (2017) 133. A proibição da sujeição dos povos ao genocídio ou outras práticas de extermínio foi plasmada no artigo XI da Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adotada em 15 de junho de 2016.

24 Artigo 20.º, número 1 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981).

25 Artigo 20.º, número 2 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981).

26 A Santos 'Artigo 20.º' in P Jerónimo, R Garrido & MA Pereira (eds) *Comentário lusófono à carta Africana dos direitos humanos e dos povos* (2018) 222; Garrido (n 22) 813.

27 Maia & Kolb (n 6) 121.

28 Santos (n 26) 221.

A questão que se impõe é a de saber o que constitui um povo na letra e no espírito da Carta Africana? Ou seja, quem são os titulares destes direitos previstos pela Carta Africana?

A noção de povo continua, na atualidade, a dividir a doutrina. O Direito Internacional tem apontado para algumas interpretações deste conceito, desde logo a população de um Estado – muito embora a prática, inclusive em África, nos desafie este entendimento, com a construção de Estados multinacionais – mas também a população de uma colónia, ou ainda indivíduos que partilham entre si uma língua, uma etnia ou uma cultura – aproximando-os de um conceito de Nação.[29]

Nos trabalhos preparatórios da Carta Africana, este conceito não foi devidamente conceptualizado por uma opção estratégica dos seus redatores. Desta forma, não apenas o legislador africano alinhou com a ambiguidade presente na Carta da ONU – que também não definiu o que deve ser entendido por um *Povo* –, como também procurou evitar a controvérsia,[30] o que se compreende atendendo que as fronteiras coloniais foram mantidas após a independência. A implementação do princípio *uti possidetis juris* foi uma opção política da OUA, que consagrou como princípio fundamental do respeito pela integridade territorial dos seus Estados-Membros.[31] Por outro lado, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, quando chamada a interpretar a Carta Africana nesta matéria, tergiversou esta questão.

Na Comunicação *Congrès du peuple katangais c. DRC* (75/92), a Comissão sustenta que o direito de autodeterminação deve ser exercido da forma de 'independence, self-government, local government, federalism, confederalism, unitarism or any other form of relations that accords with the wishes of the people but fully cognisant of other recognised principles such as sovereignty and territorial integrity'.[32] O juízo da Comissão é antagónico, uma vez que a independência de um povo derivaria sempre na independência do território o que, por si, violaria a integridade territorial de um Estado. Na Comunicação *Antoine Bissaugou v Congo* (253/02) a Comissão Africana apenas menciona que a Carta Africana não oferece uma definição conceptual do que deve ser entendido como um *povo* ao abrigo da Carta Africana, mas que tal remete para um conjunto de 'direitos de terceira geração cujo reconhecimento constitui a principal característica distintiva da Carta Africana'.[33] Esta ideia seria densificada na Comunicação *Kevin*

29 Quane (n 14) 537.

30 Viljoen (n 21) 219.

31 Garrido (n 22) 808. Importa ainda referir que a Conferência da OUA, em 1964, adotou a Resolução AHG/Res 16(1) 'Diferendos fronteiriços entre Estados Africanos' e na qual instou os Estados ao respeito pelo princípio fundamental da integridade territorial e declara que 'todos os Estados-membros se comprometem a respeitar as fronteiras existentes à data da sua independência nacional'. Esta opção, como sustenta Azeredo Lopes, é justificada pelo quadro político que poderia suceder de 'independências sucessivas e de fronteiras internacionais'. Cf Lopes (n 4) 572.

32 *Congrès du peuple katangais c. DRC*, Comunicação 75/92, Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1995).

33 Garrido (n 22) 811.

Mgwanga Gunme et al v Cameroon (266/03), a Comissão sustentou que no contexto da Carta Africana '*the notion of 'people' is closely related to collective rights. Collective rights enumerated under Articles 19 to 24 of the Charter can be exercised by a people, bound together by their historical, traditional, racial, ethnic, cultural, linguistic, religious, ideological, geographical, economic identities and affinities, or other bonds*'.[34] Apesar desta densificação do que pode ser entendido como um *povo* ao abrigo da Carta Africana, a Comissão Africana furtou-se da tarefa espinhosa de propor um conceito de contornos mais definidos.

2.2 A autodeterminação do povo Saharauí

O território do Sahara Ocidental foi um protetorado espanhol, definido como tal aquando da Conferência de Berlim, de 1884. Até então, o território era habitado por povos nómadas berberes, essencialmente dedicados à pastorícia. Em 1958, Espanha integrou o território do Sahara como uma das suas províncias, instituindo uma política de fomento das relações comerciais que levou a uma política de sedentarização e assentamento das populações.[35] Com a ascensão de Marrocos à sua independência, em 1956, começou também a reivindicação do Reino de Marrocos sobre o território sob administração espanhola. Esta reivindicação assentou num nacionalismo marroquino instigado pelo partido Istiqlal, cujo líder Allal al-Fasi defendeu um *Grande Marrocos* que se entendia pelo Sahara espanhol, Mauritânia, a parte noroeste do Mali e uma porção significativa do território da Argélia.[36] Marrocos procurou articular-se internacionalmente em vários *fora*, desde a OUA – da qual foi membro fundador em 1963 – até à ONU. No caso da OUA, Marrocos procurou fazer valer o argumento histórico da sua integridade territorial aquando da sua ocupação estrangeira. Ao nível da sua política externa, Marrocos serviu-se de todas as formas para pressionar Espanha a fazer uma transição da administração do território. Espanha foi cedendo e concordou, junto da ONU, em realizar um referendo pela autodeterminação do território. Marrocos contestou veemente a realização de tal referendo e reclamou a resolução desta disputa nas instâncias internacionais.

Neste sentido, em dezembro de 1974 a Assembleia Geral da ONU requereu ao Tribunal Internacional de Justiça um parecer consultivo nesta matéria. Na Resolução 3292 (XXIX) a Assembleia Geral solicitou ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre o estatuto do território do Sahara Ocidental aquando da colonização europeia (em particular, se esse território era *terra nullius*) e quais os possíveis laços

34 *Kevin Mgwanga Gunme et al v Cameroon*, Comunicação 266/03, Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (2009) para 171.

35 S Omar 'The right to self-determination and the indigenous people of Western Sahara' (2008) 21 *Cambridge Review of International Affairs* 45.

36 J Weiner 'Green March in historical perspective' (1979) 33 *Middle East Journal* 22.

históricos entre o Reino de Marrocos e esse território que sustentassem as reivindicações de soberania do primeiro. A 16 de outubro de 1975, o Tribunal Internacional de Justiça emitiu o seu parecer consultivo. O Tribunal Internacional de Justiça não encontrou fundamento que sustentasse que o território saharauí era *terra nullius* aquando da colonização europeia, nem tampouco substrato que justificasse os alegados laços históricos e soberania do sultanato de Marrocos e o Sahara. Em resposta, nesse mesmo dia, o rei marroquino, Hassan II, fez um pronunciamento à nação, instando à participação voluntária de 350 000 homens para uma invasão do território do Sahara, o que viria a acontecer a 6 de novembro de 1975, num evento conhecido como a *Marcha Verde*.[37] A 14 de novembro de 1974, Espanha assinou os Acordos de Madrid, transferindo a soberania do Sahara transitoriamente para a Marrocos, Argélia e Mauritânia.[38] Imediatamente, a *Frente Popular para la Liberación de Saguia el-Hamra y Río de Oro* (Frente Polisario) iniciou uma guerra de guerrilha contra as potenciais ocupantes.[39]

Feito este brevíssimo enquadramento histórico, importa apenas frisar dois pontos essenciais. Primeiro, a 27 de fevereiro de 1976, foi declarada unilateralmente a República Democrática Árabe Saharauí, que mais tarde, em 1980, viria a procurar o seu reconhecimento internacional pedindo a adesão à OUA como Estado-Membro. Tal viria a acontecer, efetivamente, em 1982. Marrocos contestou esta admissão, fundamentando com desconformidades legais, em especial, que o Sahara não cumpria os preceitos do artigo 4.º da Carta da OUA, que previa a admissão como Estado-Membro qualquer 'Estado Africano independente e soberano'.[40] Perante a recusa da OUA em retroceder na sua decisão, Marrocos retirou-se da mesma em 1984. A República Democrática Árabe Sahaurí manteve-se como Estado-Membro da OUA até à sua extinção e foi Estado-membro originário da União Africana (UA) a partir de 2000.

Em segundo lugar, é importante olhar para a questão central deste diferendo e que é a questão do povo saharauí e dos seus direitos humanos ao abrigo da Carta Africana. A República Democrática Árabe Sahaurí ratificou a Carta Africana em 27 de fevereiro de 1982.[41] Desde então, a Comissão debruçou-se, por duas vezes, sobre a questão dos direitos humanos no território do Sahara. Numa resolução de 2000, a Comissão Africana, evocando o artigo 20.º da Carta Africana, reafirmou a necessidade da organização de um referendo para o povo Saharauí se expressar livremente acerca do seu destino.[42] Em 2014, a

37 Weiner (n 36) 26.

38 Garrido (n 22) 809.

39 J Mundy 'Neutrality or complicity? the United States and the 1975 Moroccan takeover of the Spanish Sahara' (2006) 11 *The Journal of North African Studies* 276.

40 G Naldi 'The Organisation of African Unity and the Saharan Arab Democratic Republic' (1982) 26 *Journal of African Law* 153.

41 De acordo com a informação disponibilizada na página da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

42 *Resolution on the Western Sahara* – ACHPR/Res.45(XXVII)2000.

Comissão condenou a violência generalizada perpetrada contra o povo Saharauí e instou a comunidade internacional ao estabelecimento de um mecanismo internacional de direitos humanos com o objetivo de monitorizar a situação de direitos humanos nos territórios ocupados.[43]

A recente admissão de Marrocos como Estado-Membro da União Africana poderá trazer novos desenvolvimentos nesta matéria, sobretudo se este vier a ratificar a Carta Africana. Numa situação de tal cenário, o Estado marroquino estaria obrigado a cumprir as disposições da Carta, desde logo a proibição de discriminação e de outros tratamentos desumanos que as ONG relatam ser prática quotidiana do território ocupado. É importante observar que, dentre os Estados-Membros da União Africana, apenas o Reino de Marrocos não é Estado-Parte deste tratado de direitos humanos.

3 O CASO *BERNARD MORNAH V BENIM E OUTROS*

É o facto da admissão, em 2017, do Reino de Marrocos como Estado-Membro da União Africana que está na génese deste caso. O senhor Bernard Mornah (doravante Requerente), de nacionalidade ganesa, presidente de um partido político denominado *Convention People's Party*, apresentou uma queixa junto do Tribunal contra um conjunto de Estados-Parte da Carta Africana– Benim, Burkina Faso, Costa do Marfim, Gana, Mali, Malawi, Tanzânia e Tunísia (doravante Estados demandados) –, por alegada violação de direitos humanos do *povo* saharauí resultante de os Estados demandados não terem salvaguardado a integridade territorial e a independência da República Democrática Saharauí Árabe ao admitir como Estado-Membro da União Africana uma potência ocupante de parte do território de um dos seus Estados-Membros.

Em respostas, os Estados demandados alegaram que o Tribunal carecia de competência neste caso (*ratione materiae, personae, loci* e *temporis*). No que diz respeito à competência material, alegaram os Estados demandados que a disputa diz respeito à interferência nos assuntos internos de outros Estados, e que tal facto não viola nenhum dos direitos determinados pela Carta Africana.[44] O Gana alegou que, caso o Tribunal se quisesse pronunciar acerca deste assunto, apenas deveria fazê-lo através de um parecer.[45] Sustentou que este litígio apenas dizia respeito à alegada violação do Ato Constitutivo da União Africana e que, na inexistência à época de um Tribunal de Justiça da União Africana, apenas caberia à Conferência de Chefes de Estado e de Governo da UA a apreciação da matéria.[46] Na sua análise à

43 *Resolution on the situation in the Saharawi Arab Democratic Republic* – ACHPR/Res.282(LV) 2014.

44 *Bernard Mornah v Benim e Outros* Tribunal Africano Julgamento (22 de setembro de 2022) 5-6.

45 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 14.

46 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 18.

admissibilidade do caso, o Tribunal começou por sublinhar que o Direito Internacional é sustentado no consenso dos Estados e que essa natureza consensual em ficar vinculado aos compromissos internacionais é a maior manifestação dessa soberania. Por isso mesmo, os Estados não poderiam evocar a soberania nacional para afastar a jurisdição de um tribunal ao qual voluntariamente se decidiram vincular.[47] Mais ainda, entendeu que estão em causa a violação de vários direitos da Carta Africana, sobre os quais o Tribunal tem competência para decidir.[48]

No que diz respeito à alegada falta de competência *ratione personae*, os Estados demandados dividiram-se, mas, no essencial, sustentaram que o Requerente carecia de *locus standi* perante o tribunal, isto é, a procura de remédio nas instâncias internacionais está reservada aos indivíduos que são privados desses direitos, o que não será o caso, uma vez que o Requerente é cidadão ganês.[49] A Tanzânia sustentou que o Requerente estava equivocado na parte à qual procurava responsabilidades, uma vez que era a Conferência de Chefes de Estado e de Governo da UA, dotada de personalidade distinta daquela dos seus Estados-Membros, quem deveria ser responsabilizada pela admissão de Marrocos.[50] Com este argumento, a Tanzânia procurou a inadmissibilidade do caso, tendo em mente o caso *Femi Falana v União Africana*, na qual o Tribunal decidiu a inadmissibilidade por a UA não ser parte da Carta Africana. Aliás, o caso *Falana* foi citado várias vezes no acórdão em apreço. O Tribunal decidiu que tinha competência *ratione personae* na medida em que todos os Estados eram partes do Protocolo do Tribunal e que o Requerente tinha o direito de submeter petições com base no vertido nos artigos 5.º e 36.º, n.º 6 do mesmo Protocolo.[51]

Relativamente à alegada ausência de competência *ratione temporis* do Tribunal, sustentaram os Estados demandados que, muito embora estes sejam Estados-partes da Carta Africana e do Protocolo do Tribunal muito antes da Cimeira da UA que admitiu Marrocos como seu Estado-Membro, o caso deveria ser examinado *vis-à-vis* aos factos alegados.[52] O Tribunal discordou do argumento evocado e afirmou ter jurisdição temporal para apreciar este caso. Por fim, no que à jurisdição territorial diz respeito, os Estados demandados alegaram a ausência de jurisdição do tribunal com base no argumento de que apenas podiam ser responsáveis pelas violações ocorridas nos seus territórios e não fora deles, sob pena de violação do princípio da proibição da interferência nos assuntos internos dos outros Estados.[53] Na sua apreciação, o Tribunal destacou aquele que tem sido o desenvolvimento do Direito Internacional, em especial, na responsabilidade

47 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 16-17.
48 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 21.
49 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 28.
50 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 29.
51 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 32.
52 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 34.
53 No caso, o artigo 4.º *g*) do Ato Constitutivo da União Africana.

extraterritorial e também na erosão da soberania por violações de direitos humanos.[54] Observou que o direito de autodeterminação na Carta Africana objetivamente criava uma obrigação para os Estados que '*extends beyond their nation territories and also applies extraterritorially towards other people whose right to self-determination is yet to be fully respected*'.[55] Mais adiante, afirmou que, no que concerne à jurisdição territorial, era '*immaterial whether States Parties breached their obligations by way of commission or omission*'.[56] Determinou assim que tinha jurisdição territorial, bem como material, pessoal e temporal, pelo que era competente para apreciar o caso em apreço.Foi alegada, pelo Requerente, a violação de vários direitos consagrados em vários tratados adotados no quadro da União Africana. Dentre eles, a violação dos artigos 3.º, 4.º e 23.º do Ato Constitutivo da União Africana, dos artigos 1.º e 2.º da Carta Africana para a Democracia, Eleições e Governação e dos artigos 1.º, 2.º, 7.º, 13.º, 20.º, 21.º, 22.º, 23.º e 24.º da Carta Africana.

Ainda no que diz respeito às alegações do requerente, este evocou a contradição na admissão incondicional de Marrocos, mencionando a recusa tanto da OUA como da UA em admitir, como seus membros, Estados que fossem potências coloniais, como foi o caso da África do Sul aquando do regime de *apartheid*.[57] Ou seja, deveria ter sido uma condição prévia à admissão de Marrocos a obrigatoriedade da cessação da ocupação colonial do território do Sahara Ocidental, o que não se verificou.[58] Por outro lado, sustentou ainda que a conduta dos Estados demandados violou os princípios plasmados no Ato Constitutivo da União Africana e da Carta Africana, em particular, na obrigação que o artigo 20.º impõe de uma oposição a todas as formas de colonialismo e a garantia de um direito de assistência – que, no entender do Requerente, tal impunha um dever legal de assistir um Estado oprimido de se libertar desse jugo colonial.[59]

Os Estados demandados, por seu turno, sustentaram a sua posição alegando que não houve qualquer cimeira prévia para discutir a admissão condicional de Marrocos e que a mesma foi votada na Conferência de Chefes de Estado e de Governo da UA com uma larga maioria.[60] O Mali destacou que a soberania e a integridade territorial dos Estados são princípios fundamentais, mas que cabia à Conferência de Chefes de Estado e de Governo da UA, e não aos Estados demandados individualmente, a adoção de medidas sancionatórias para um Estado-Membro que violasse esses princípios.[61] Neste sentido, destacou os esforços da Conferência para a resolução pacífica desta situação, em concreto, a decisão da Cimeira de 2018 de criação de uma

54 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 42.
55 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 43.
56 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 43.
57 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 5-6.
58 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 67.
59 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 68.
60 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 70.
61 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 71.

troika, constituída por Chefes de Estado e de Governo e pelo Presidente da Comissão da UA, para trabalhar no sentido de propor soluções pacíficas para este conflito.[62]

A Tanzânia, por seu turno, afirmou que a admissão de Marrocos como Estado-Membro da UA, na prática, tratou-se de uma 'readmissão'.[63] No entanto, este argumento carece de sustentabilidade jurídica, uma vez que a União Africana não é uma transformação da OUA, mas sim uma organização internacional distinta, criada por um Ato Constitutivo distinto da sua antecessora. Por isto mesmo, em bom rigor, esta questão da readmissão não se aplica.[64] Na ótica da Tanzânia, existia uma ausência de ligação causal entre as obrigações dos Estados demandados com a decisão da Cimeira da UA na qual foi votada, por larga maioria, a admissão de Marrocos. Para sustentar este ponto, evocou a personalidade jurídica da União Africana e que esta é distinta da personalidade dos seus Estados-Membros. Por isto mesmo, era à União Africana que caberia tal responsabilidade.[65]

O Gana, por sua vez, reconhecendo que a situação de ocupação colonial do Sahara Ocidental se tratava de uma questão muito importante à qual urgia dar uma resposta, sustentou que a admissão de Marrocos poderá traduzir-se numa vinculação deste Estado aos princípios e às obrigações determinados pelo Ato Constitutivo da U4nião Africana e tal poder contribuir, de forma positiva, para a resolução pacífica desta controvérsia.[66] Defendeu o Gana que o direito de autodeterminação não criava uma obrigação de defender a soberania, a integridade territorial ou a independência do Sahara Ocidental, mas que a admissão de Marrocos lhe criaria a obrigação de defender esses princípios fundamentais da UA.

A República Democrática Árabe Sahaurí e a República das Maurícias foram intervenientes neste caso, evocando, por um lado, que o direito de autodeterminação constitui um direito humano fundamental do Direito Internacional dos Direitos Humanos e que a jurisprudência internacional lhe reconheceu o caráter de norma imperativa do direito internacional e gerador de obrigações *erga omnes* para todos os Estados.[67]

Para aferir a possível violação dos direitos humanos do povo saharauí, e depois de ouvidas as partes envolvidas, o Tribunal começou por observar que a petição interposta pelo Requerente assenta no facto de os Estados demandados não se terem oposto à admissão de Marrocos como Estado-membro da União Africana, o que se traduziu no facto continuado de violações sistemáticas dos direitos humanos do povo saharauí, dentre eles o direito de autodeterminação. O Tribunal

62 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 71.

63 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 72.

64 E nem sequer tal se traduz em direitos especiais em relação aos demais membros.

65 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 72.

66 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 75.

67 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 76. Esta obrigação *erga omnes* é destacada pela Pan-African Lawyers' Union (PALU), que fez um pedido para ser *amicus curiae* neste caso.

entendeu existir uma condição excecional que se reflete numa violação posterior de todos os direitos humanos e que era a ocupação do território Saharauí. No entender do Tribunal:

> *Although the other rights are autonomous by their nature, their violation in the instant case basically flows from the alleged denial of the right to self-determination of the people of Western Sahara. It is the occupation of the SADR and the deprivation of its people of their right to self-determination that have occasioned and facilitated the alleged violations of their other rights, including their right to development, right to disposal of their natural resources, their right to peace and to non-discrimination. In these circumstances, the Court therefore deems it unnecessary to deal with them and thus, limits its determination to the alleged violation of the right to self-determination of the people of the SADR and the putative responsibility of the Respondent States with regard to such violation.*[68]

No entanto, Marrocos não era – e continua a não ser –Estado-Parte da Carta Africana, pelo que o Tribunal não tinha competência para julgar as alegadas violações da Carta Africana perpetradas por este Estado. Restou assim ao Tribunal averiguar a eventual responsabilidade dos Estados demandados nesta matéria. Observou que a Carta da OUA (1963) – e à qual Marrocos esteve juridicamente vinculado por 20 anos – tinha um claro objetivo de erradicação de todas as formas de colonialismo do continente africano. Este objetivo foi sendo sucessivamente densificado com os eventos que marcaram o continente nas últimas décadas de século XX.[69] O preâmbulo da Carta Africana, na opinião do Tribunal, demonstrou ser mais um dos elementos que sustentava essa densificação. Partindo desta base jurídica, procurou aferir a natureza da obrigação que o direito de autodeterminação para os Estados, bem como o estatuto do povo saharauí e a responsabilidade dos Estados demandados na alegada violação dos direitos da Carta Africana.

No que respeita às obrigações que emanam do direito de autodeterminação, o Tribunal começou por identificar que direito de autodeterminação impunha obrigações positivas, entendidas como o dever de proteção e promoção deste direito, bem como obrigações negativas, as quais se traduzem num dever de respeito e de se abster de tomar ações que possam ferir o direito de autodeterminação.[70] Mais ainda, concordando com o que tinha sido apontado pelo Requerente, o Tribunal destacou que a autodeterminação era uma norma *jus cogens,* o que se traduz, numa obrigação de respeito por todos os Estados, ou seja, uma obrigação *erga omnes*.[71] Com base no supramencionado, concluiu que o direito de autodeterminação, consagrado no artigo 20.º da Carta Africana '*confers the right to get assistance on 'all peoples' without geographical or temporal limitations*'.[72]

Relativamente à natureza e estatuto do povo saharauí, o Tribunal clarificou que o direito de autodeterminação está intrinsecamente relacionado com a posse de um território, que um determinado povo

68 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 79-80.
69 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 81.
70 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 83.
71 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 83.
72 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 84.

reivindica como seu. Ou seja, no juízo do Tribunal, não poderia existir a evocação de autodeterminação de um povo na ausência de um território definido, onde esse povo esteja radicado. Observou ainda que a situação do Sahara era reconhecida internacionalmente como uma ocupação.[73] Neste sentido, e tendo em consideração o parecer do Tribunal Internacional de Justiça de 1975, bem como as resoluções adotadas no quadro da Assembleia Geral da ONU, o Tribunal '*stresses that the continued occupation of the SADR by Morocco is incompatible with the right to self-determination of the people of SADR as enshrined in Article 20 of the Charter*'.[74]

Confirmada a violação do artigo 20.º da Carta Africana, o Tribunal debruçou-se sobre a questão central deste caso, isto é, a responsabilidade dos Estados demandados. Esta foi a parte mais complexa da fundamentação do acórdão em análise. Para aferir a responsabilidade dos Estados, o Tribunal recorreu ao Artigos Sobre a Responsabilidade do Estado Por Facto Internacionalmente Ilícito.[75] Assim, frisou que um Estado incorre em responsabilidade internacional sempre que se verifique um facto, por ação ou omissão, que constitua uma violação de uma obrigação internacional do Estado, sendo que esse facto deve ser atribuído ao Estado e deve ser gerador de dano ou perda (nexo causal). Sublinhou que, no que respeito o artigo 20.º da Carta Africana, se impõe internacionalmente que os Estados adotem medidas positivas para a realização deste direito, entre as quais, a assistência aos povos colonizados ou oprimidos. Ainda que a votação favorável à entrada de Marrocos na União Africana pudesse ser interpretada como dando legitimidade à ocupação marroquina, o Tribunal centrou a sua atenção na determinação da existência de um facto ilícito que pudesse ser imputado aos Estados demandados e que, pelo qual, estes violassem o artigo 20.º da Carta Africana.[76] Neste caso, ainda que os Estados individualmente tivessem a capacidade para adotar medidas no sentido de limitar a entrada de Marrocos, era à Conferência de Chefes de Estado e de Governo que deveria ter sido chamada a, antes da admissão do novo Estado-Membro, determinar medidas condicionais para essa admissão. Por outro lado, o artigo 20.º impunha obrigações internacionais aos Estados, mas não determinava quais eram essas obrigações. Neste sentido, observou o Tribunal que vários Estados demandados evidenciaram o uso de meios diplomáticos para exercer influência no sentido de uma resolução política e pacífica desta controvérsia.[77] No seu entender, não podia ser afirmado que os Estados demandados não estavam a cumprir as suas obrigações internacionais ao abrigo da Carta Africana, ainda que o alcance dessas medidas pudesse ser limitado. Por outro lado, entendeu que não

73 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 84.

74 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 85.

75 O Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Facto Internacional Ilícito foram compilados pela Comissão de Direito Internacionais e posteriormente comunicado à Assembleia Geral da ONU pela Resolução 56/83, de 12 de dezembro de 2001.

76 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 87.

77 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 88.

existiam evidências que sustentassem o sentido de voto dos Estados demandados, ainda que tal votação em si não constituísse, *a priori*, uma violação de uma obrigação internacional.[78] Por último, no que diz respeito à possível violação do Ato Constitutivo da UA, o Tribunal entendeu que podia haver uma incompatibilidade desta admissão com os princípios plasmados no Ato Constitutivo, mas que tal estava para além da sua jurisdição.[79] Com base nestes elementos, concluiu que os Estados demandados não violaram os direitos do povo saharauí, ainda que pudesse existir a responsabilidade internacional que os obrigasse a procurar uma resolução da ocupação marroquina do território do Sahara Ocidental.[80]

4 QUE IMPACTO TEM ESTA DECISÃO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DO POVO SAHARAUÍ?

Apesar da decisão do Tribunal no caso *Bernard Mornah v Benim e Outros* não ter produzido os efeitos pretendidos pelo seu Requerente, esta não deixou de ter um interesse muito relevante para uma possível resolução da ocupação marroquina do Sahara. Esta decisão produzirá ondas de choque quer ao nível jurídico, quer ao nível político.

De um ponto de vista jurídico, a relevância do acórdão *Bernard Mornah v Benim e Outros* prende-se com o reconhecimento jurídico de que a ocupação marroquina do Sahara é inequivocamente uma violação do direito de autodeterminação do povo Saharauí. Mais ainda, o Tribunal Africano apoiou-se no parecer do Tribunal Internacional de Justiça para reforçar que não existe evidências que sustentem as reivindicações de soberania do território por parte de Marrocos. A entrada de Marrocos na União Africana pode potenciar uma consolidação da jurisprudência do Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos nesta matéria, uma vez que o Reino Marroquino fica obrigado, a priori, a respeitar os princípios e objetivos do Ato Constitutivo da UA. Estipula o artigo 3.º alínea h) do Ato Constitutivo da UA que é um dos seus objetivos 'promover e proteger os direitos do homem e dos povos, em conformidade com a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e outros instrumentos pertinentes relativos aos direitos do homem', pelo que este objetivo cria obrigação em Marrocos na qualidade de Estado-membro da UA, mas também nos Estados Demandados, na mesma qualidade. Uma vez que o Tribunal entendeu que a situação de ocupação militar configura uma violação do direito de autodeterminação ao abrigo da Carta Africana, resta saber se Marrocos vai ratificar este instrumento regional de direitos humanos.

78 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 89.
79 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 90.
80 *Bernard Mornah v Benim e Outros* (n 44) 91.

Face a esta decisão do Tribunal, este cenário parece ficar temporariamente afastado.

Em termos políticos, a decisão do Tribunal Africano terá um impacto limitado, uma vez que Marrocos tem procurado reestabelecer laços diplomáticos, reconquistando legitimidade internacional. Nessa estratégia internacional encontra-se, por exemplo, os recentes avanços diplomáticos com os Estados Unidos da América,[81] Israel ou Espanha. Não pode ser ignorado, também, esta aproximação com a União Africana. A normalização das relações diplomáticas entre Marrocos e Israel, em 2020, foi outro ponto controverso da política internacional,[82] que veio a derivar, em julho de 2023, no reconhecimento, por Israel, da soberania marroquina do território do Sahara Ocidental.[83] Os Estados Unidos da América haviam reconhecido a soberania de Marrocos sobre todo o território do Sahara Ocidental, em dezembro de 2020, ainda na Administração Trump.[84]

Que solução para a controvérsia entre Marrocos e o Sahara Ocidental?

Em 2007, o embaixador de Marrocos para as Nações Unidas submeteu um plano para a autonomia da região do Sahara. Neste documento, o Reino de Marrocos comprometia-se a garantir a autonomia política e económica do território do Sahara, exercendo Rabat a soberania sobre todo o território.[85] A política externa marroquina junto de Espanha levou a que o governo espanhol de Pedro Sanchez reconhecesse a soberania marroquina do território do Sahara. Em março de 2023, numa missiva enviada ao rei de Marrocos, Sanchez mencionou, entre outros, que:

> *Reconozco la importancia que tiene la cuestión del Sáhara Occidental para Marruecos y los esfuerzos serios y creíbles de Marruecos, en el marco de Naciones Unidas, para encontrar una solución mutuamente aceptable. En este sentido,*

81 CJ Borgen 'The art of the deal or 'abandoning' self-determination?: US recognition of Morocco's territorial sovereignty over Western Sahara' (2022) 55 *Israel Law Review* 127-144.

82 Khalil Al-Anani 'Moroccan normalization with Israel: temporary deal or permanent peace?' 8 July 2021 https://arabcenterdc.org/resource/moroccan-normalization-with-israel-temporary-deal-or-permanent-peace/ (consultado a 29 julho 2023).

83 Liberation 'Israël reconnaît la souveraineté du Maroc sur le Sahara occidental' 17 July 2023 https://www.liberation.fr/international/moyen-orient/israel-reconnait-la-souverainete-du-maroc-sur-le-sahara-occidental-20230717_XG3IDBPGAZG35BDR63MTZKX3KI/?fbclid=IwAR3Yio8bwVBn2oI06OExvKi9oIc6CwJGGQtZFr1c8UAQIK2zjt2ElOx9sWc (consultado a 29 julho 2023).

84 United States of America 'Proclamation on recognizing the sovereignty of the Kingdom of Morocco over the Western Sahara' 10 December 2020 https://ma.usembassy.gov/proclamation-on-recognizing-the-sovereignty-of-the-kingdom-of-morocco-over-the-western-sahara/ (consultado a 29 julho 2023).

85 UN Security Council 'Moroccan initiative for negotiating an autonomy statute for the Sahara region' S/2007/206 13 April 2007 https://moroccoembassy.vn/FileUpload/Documents/S_2007_206-EN.pdf (consultado a 29 julho 2023).

> *España considera que la propuesta marroquí de autonomía presentada en 2007 como la base más seria, creíble y realista para la resolución de este diferendo.*[86]

Esta carta extingue a margem negocial de que Espanha dispunha nesta controversa, enquanto antiga Potência administrante do território do Sahara. Assim, o caminho para a solução da controvérsia passará por uma autonomia da região do Sahara, enquanto parte integrante do Reino de Marrocos? Os autores parecem dividir-se nesta matéria, mas vários apontam as fragilidades deste acordo e os eventuais problemas que Espanha poderá vir a ter com a soberania sobre os enclaves de Ceuta e Melilla.[87] Em todo o caso, parece que tudo aponta no caminho da implementação deste cenário, à medida que cada vez mais Estados reconhecem esta soberania marroquina, bem como a exequibilidade do plano de autonomia de 2007.

5 CONCLUSÃO

A autodeterminação dos povos consolidou-se no direito internacional como um princípio *jus cogens* e essencial para a descolonização europeia do continente africano. A autodeterminação foi, mais tarde, codificada em vários tratados internacionais de direitos humanos, sendo que é na Carta Africana que este princípio conhece a sua forma atual de direito humanos coletivo. A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, enquanto mecanismo de controlo da Carta Africana, já se tinha pronunciado acerca da violação deste direito fundamental, destacando, contudo, que este apenas pode ser exercido dentro da jurisdição de um Estado e sem atentar contra a integridade das fronteiras desse Estado.[88] O caso *Bernard Mornah v Benim e Outros* afigura-se distinto de toda a *jurisprudência* da Comissão Africana de Direitos Humanos, na medida em que procurava responsabilizar outros Estados-partes da Carta Africana pela violação do direito de autodeterminação do povo saharauí pelo facto de terem admitido Marrocos como Estado-Membro da União Africana.

A fundamentação do Tribunal, na sua deliberação, entendeu que estes Estados não violaram o artigo 20.º da Carta Africana, mas reconheceu que a ocupação marroquina do território é, em si, uma violação deste direito e que, consequentemente, se traduz numa violação de outros direitos da Carta Africana. Este entendimento demonstra que estes direitos são interrelacionados e interdependentes, como de resto tem sido doutrina do Conselho dos Direitos Humanos da ONU.

86 El País 'La carta de Pedro Sánchez a Mohamed VI: 'Debemos construir una nueva relación que evite futuras crisis' 23 March 2022 https://elpais.com/espana/2022-03-23/la-carta-de-pedro-sanchez-a-mohamed-vi-debemos-construir-una-nueva-relacion-que-evite-futuras-crisis.html (consultado a 29 julho 2023).

87 J Vega '¡TRISTE ESPAÑA!*: Los aspectos formales y contextuales del cambio de posición Español' (2022) 74 *Revista Española de Derecho Internacional*; J Liceras 'Por qué la integración en Marruecos (la autonomía) no es la forma de resolver el conflicto (la descolonización) del Sáhara Occidental' (2022) 74 *Revista Española de Derecho Internacional.*

88 Garrido (n 22) 815-817.

É inegável o impacto que esta decisão tem atualmente na política africana para o Sahara, bem como terá certamente num futuro próximo. Desde logo, parece-nos que Marrocos não terá qualquer interesse em subscrever tratados de direitos humanos adotados no quadro da União Africana, uma vez que se os ratificar, poderá incorrer em facto ilícito a partir desse momento e pode ser sancionado pelos mecanismos judiciais do Sistema Africano de Direitos Humanos. Por outro lado, ao admitir Marrocos como Estado-Membro da União Africana, criou-se um imbróglio jurídico para a organização pan-Africana, que é o facto de um dos seus Estados-Membro ocupar militarmente uma parte significativa do território de um outro Estado-Membro da mesma organização. Sendo que são princípios fundamentais da União a integridade e soberania, bem como a santidade da vida humana (artigo 4.º, alínea *o)* do Ato Constitutivo da UA), resta saber que políticas adotará a União neste sentido, uma vez que o Ato Constitutivo da União Africana lhe confere poderes para, em casos graves, intervir no território dos seus Estados (artigo 4.º, alínea *h)* do Ato Constitutivo da UA).

Les conséquences juridiques du non-respect des ordonnances de mesures provisoires de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: observations sous l'arrêt du 29 mars 2021 (fond et réparations), *Sébastien Germain Marie Aikoué Ajavon c. Bénin*

*Marie Fall**
https://orcid.org/0009-0001-6576-4656

RÉSUMÉ: Par son arrêt du 29 mars 2021 dans l'affaire *Sébastien Germain Marie Aikoué Ajavon c. Bénin,* la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour) a précisé enfin les effets juridiques de la violation de l'obligation d'exécution des mesures provisoires qu'elle ordonne en application de l'article 27(2) du Protocole sur la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Cette décision était plus attendue compte tenu du silence longtemps gardé par la Cour sur la question. Utilisant l'approche comparative, la présente étude scrute les positions de la juridiction panafricaine dans une perspective critique. Elle en arrive à la conclusion selon laquelle la Cour a fait preuve d'une certaine audace et de cohérence dans la détermination des conséquences juridiques du non-respect de ses ordonnances de mesures provisoires, même si des zones d'ombres persistent.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH

The legal consequences of non-compliance with orders for provisional measures by the African Court on Human and Peoples' Rights: observations on the judgment of 29 March 2021 (merits and reparations), *Sébastien Germain Marie Aikoué Ajavon v Benin*

ABSTRACT: In its judgment of 29 March 2021 in the case of *Sébastien Germain Marie Aïkoue Ajavon v Benin*, the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) finally clarified the legal effects of a breach of the obligation to enforce provisional measures ordered by it under article 27(2) of the Protocol of the African Court on Human and Peoples' Rights. This decision was more than welcome given the Court's long standing silence on the issue. Using a comparative approach, this case discussion examines the positions of the pan-African Court from a critical perspective. It concludes that the Court has shown a certain boldness and consistency in determining the legal consequences of non-compliance with its interim measures orders, although grey areas remain.

MOTS-CLÉS: Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Sébastien Ajavon ordonnances de mesures provisoires, articles 27 et 30 du Protocole sur la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, article 1 de la Charte, obligation internationale, responsabilité internationale, préjudice, réparations

* Doctorante en droit international public à l'Université de Genève. Titulaire d'un LLM en relations internationales à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar. Consultante juridique à Amnesty International (Londres).

M Fall 'Les conséquences juridiques du non-respect des ordonnances de mesures provisoires de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: observations sous l'arrêt du 29 mars 2021 (fond et réparations), *Sébastien Germain Marie Aikoué Ajavon c. Bénin*'
(2023) 7 *Annuaire africain des droits de l'homme* 418-434
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a19

SOMMAIRE:

1 Introduction 419
2 Le non-respect des ordonnances de mesures provisoires comme une violation des articles 30 du Protocole et 1 de la Charte 420
2.1 Le non-respect des ordonnances de mesures provisoires comme source d'engagement de la responsabilité de l'état 422
2.2 Quid de l'incidence du non-respect des ordonnances de mesures provisoires sur la violation du droit matériel? 427
3 Les conséquences du non-respect des ordonnances de mesures provisoires du point de vue de la réparation 429
3.1 La détermination des préjudices indemnisables pour le non-respect des ordonnances de mesures provisoires 429
3.2 La forme de réparation retenue par la cour 431
4 Conclusion 433

1 INTRODUCTION

Quelles sont les conséquences juridiques du non-respect des ordonnances de mesures provisoires prises par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour africaine ou Cour) en application de l'article 27(2) de son Protocole? La réponse à cette interrogation s'est fait attendre, en dépit de nombreux cas d'inexécution de ces mesures. Alors que même la Cour est informée tout au long de la procédure de la manière dont les États requis exécutent ses ordonnances de mesures provisoires, elle refuse d'agir d'office et n'examine le non-respect de ces mesures que sur demande expresse du requérant. Si dans l'affaire *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye*, la juridiction continentale a affirmé l'obligation d'exécution de ses ordonnances de mesures provisoires,[1] il a fallu pourtant attendre l'arrêt *Sébastien Germain Marie Aikoué Ajavon c. Bénin* (*Ajavon)* du 29 mars 2021 pour qu'elle décide, enfin, à la demande du requérant, de déterminer les effets juridiques de l'inexécution de ces mesures. Dans le cas d'espèce, Sébastien Ajavon avait saisi la Cour africaine d'une requête pour violation de plusieurs droits de l'homme consécutive à la non-exécution de différentes décisions rendues par la Cour, à son profit.[2] Estimant que le non-respect de ces décisions par le Bénin, dont une ordonnance de mesures provisoires, était constitutive de violations de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte africaine) et du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et peuples (Protocole), Sébastien Ajavon invita alors la Cour d'Arusha, *inter alia*, de constater ces violations, et par conséquent de lui accorder des réparations pour les préjudices engendrés. La Cour, dans un arrêt du 29 mars 2021,[3] après avoir rejeté les exceptions préliminaires excipées par le Bénin, a rendu une décision intéressante à plusieurs égards. La juridiction

1 *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye*, CAfDHP, Ordonnance (mesures provisoires, No 2), 10 août 2015, para 10.

2 *Ajavon c. Bénin,* CAfDHP, Ordonnance (mesures provisoires), 7 décembre 2018 (2018) 2 *RJCA* 486 (Ordonnance *Ajavon)*; *Ajavon c. Bénin,* CAfDHP (fond) (2019) 3 *RJCA* 136 et *Ajavon c. Bénin*, CAfDHP (réparations)(2019) 3 *RJCA* 205.

3 *Ajavon c. Bénin*, CAfDHP (fond et réparations), arrêts du 29 mars 2021 (Arrêt *Ajavon*).

continentale a non seulement réaffirmé l'obligation juridique des États parties d'exécuter les mesures provisoires qu'elle ordonne, en précisant la teneur de l'article 30 du Protocole, mais elle a également déterminé les conséquences juridiques du non-respect de ces mesures. *A priori*, on peut se féliciter de ce que la Cour, pour une première fois, décide de rompre son silence «paradoxal» sur les effets juridiques de l'inexécution de ses ordonnances de mesures provisoires. Jusque-là, elle s'évitait de s'engager en termes clairs sur les implications juridiques du non-respect de ces mesures.[4]

En se livrant à une interprétation textuelle de l'article 30 du Protocole, et en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour internationale de justice[5] et celle des organes juridictionnels et (quasi)-juridictionnels de protection des droits de l'homme[6] relative à la force obligatoire des mesures provisoires, la Cour africaine n'a pas eu de mal à asseoir l'obligation juridique des États parties d'exécuter ses ordonnances de mesures provisoires, dans la mesure où ces mesures ont la force obligatoire et exécutoire conférée par l'article 30 du Protocole aux arrêts définitifs. Alors, ayant constaté que le Bénin ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait de se conformer à l'ordonnance de mesures provisoires rendue le 7 décembre 2018,[7] la Cour conclut que celui-ci est responsable de la violation des articles 30 du Protocole et 1 de la Charte pour non-respect de l'ordonnance (2).[8] Du reste, cette responsabilité ouvre droit à réparation (3).

2 LE NON-RESPECT DES ORDONNANCES DE MESURES PROVISOIRES COMME UNE VIOLATION DES ARTICLES 30 DU PROTOCOLE ET 1 DE LA CHARTE

La protection effective des droits fondamentaux de l'individu réclame que les systèmes juridiques soient sensibles à une véritable culture

4 La doctrine n'a pas manqué de critiquer le silence de la Cour au sujet des effets juridiques de la violation des mesures provisoires qu'elle ordonne. Voir M Hébié 'L'exécution des décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2017) 3 *Revue générale de droit international public* 702-703.

5 CIJ *LaGrand* (*Allemagne c. États-Unis d'Amérique*) (mesures conservatoires, Ordonnance du 3 mars 1999) para 109.

6 Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Glen Ashby c. Trinité-et-Tobago* (Décision du 26 juillet 1994, para 10.9); Cour européenne des droits de l'homme, GC, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (Arrêt du 4 février 2005, paras 128-129); Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Loayza Tamayo c. Pérou* (Arrêt du 17 septembre 1997, para 80).

7 Ordonnance *Ajavon,* para 48 (i): 'Surseoir à l'exécution de l'arrêt n° 007/3C. COR du 18 octobre 2018, rendu par la Cour de répression des infractions économiques et terrorisme établie par la Loi n° 2018-13 du 02 juillet jusqu'à la décision définitive de la Cour de céans'.

8 Arrêt *Ajavon*, paras 99-108, 120-126.

d'urgence.[9] Dans le cadre du déroulement des procédures de requêtes, compte tenu du fait que l'introduction d'une requête devant la Cour n'est pas suspensive, les juges d'Arusha peuvent être amenés à ordonner à l'État défendeur des mesures provisoires. C'est le cas lorsque la requête nécessite une réaction rapide, car faisant état d'une violation dont la réalisation ou la continuation risque de causer un préjudice irréparable à la victime présumée. La Cour peut ainsi déroger à la procédure traditionnelle des requêtes et ordonner des mesures provisoires en application de l'article 27(2) du Protocole. Cet article 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 des mesures provisoires qu'elle juge pertinentes».[10] Concrètement, les mesures provisoires consistent à enjoindre à l'une des parties, en règle générale, le défendeur, de s'abstenir de prendre une mesure susceptible de causer l'irréparable ou d'agir d'une certaine façon pour éviter l'irréparable afin que l'intégrité de la décision sur le fond ne soit pas dépourvue d'objet et d'efficacité.[11] Devant la Cour, la finalité de l'institution de ces mesures vise à la fois la sauvegarde de l'intégrité de la procédure et la protection préventive des droits fondamentaux de l'individu requérant.[12]

Si le statut conventionnel de cette compétence de la Cour et la sémantique utilisée par l'article 27(2) du Protocole semblent consacrer la valeur juridique contraignante des mesures provisoires,[13] l'article 30 du même Protocole, intitulé «L'exécution des arrêts de la Cour», vient néanmoins jeter le trouble. En vertu de l'intitulé de cette disposition, les États parties sont tenus d'exécuter les «*arrêts*». Aussi, dès lors que le terme utilisé exclut les mesures provisoires, il n'est pas exagéré de considérer que l'article 30 confère aux seuls arrêts une force obligatoire et exécutoire. Toutefois, une telle affirmation est vite annihilée par le contenu de la même disposition qui porte sur toutes les *décisions* de la Cour. De surcroît, selon l'article 1(l) du Réglement intérieur de la Cour, le terme «Décision» désigne «toute décision rendue par la Cour dans l'exercice des fonctions judiciaires sous forme d'arrêts, d'avis ou d'ordonnances». Donc, les dispositions sur la mise en œuvre du

9 G Cohen-Jonathan 'Avant-propos' in G Cohen Jonathan et J-F Flauss (dir) *Mesures conservatoires et droits fondamentaux* (2005) 14.

10 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 et des peuples. Commentaire article par article* (2011) 1467-1480, 1475-1480.

11 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 et J-F Flauss (dir) *Mesures conservatoires et droits fondamentaux* (2005) 148.

12 En règle générale, les organes juridictionnels et (quasi) -juridictionnels de protection des droits de l'homme appliquent les mesures provisoires afin que, d'une part, la procédure introduite devant eux mène à une décision et, d'autre part, pour protéger préventivement les droits fondamentaux de certains requérants.

13 La Cour peut, en application de l'article 27(2) du Protocole 'ordonner' les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes.

Protocole s'appliquent également aux ordonnances de mesures provisoires de la Cour. Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Ajavon* a été l'occasion pour la Cour de réaffirmer l'obligation d'exécution de ces mesures conformément à l'article 30 du Protocole et de préciser les implications juridiques de sa violation. Si elle y a fait preuve d'audace et de cohérence dans son raisonnement, il n'en demeure pas moins que son interprétation est critiquable.

En l'espèce, le requérant soulève que l'inexécution de l'ordonnance de mesures provisoires du 7 décembre 2018 par le Bénin constitue non seulement une violation de l'obligation de se conformer aux décisions de la Cour au titre de l'article 30 du Protocole, mais également une violation de l'obligation de garantie de la Charte en vertu de l'article 1 dudit instrument. En outre, il allègue que cette inexécution a entraîné, de surcroît, la violation d'un nombre important de ses droits matériels consacrés par la Charte. La Cour y répond en constatant que la violation de l'ordonnance de mesures provisoires est celle d'obligations internationales *per se* qui incombent à l'État défendeur au titre des articles 30 du Protocole et 1 de la Charte. Si la Cour reconnaît sans ambages que l'État défendeur engage sa responsabilité internationale en n'exécutant pas l'ordonnance de mesures provisoires (2.1), elle ne précise toutefois pas l'incidence du non-respect de ces mesures sur la violation des droits matériels allégués par le requérant du point de la responsabilité internationale de l'État mis en cause (2.2).

2.1 Le non-respect des ordonnances de mesures provisoires comme source d'engagement de la responsabilité de l'état

Il convient de rappeler que tout État qui commet un fait internationalement illicite engage sa responsabilité internationale et doit par conséquent réparer le préjudice causé par le fait internationalement illicite.[14] Au regard du droit de la responsabilité internationale, la règle est qu'un État commet un fait internationalement illicite à partir du moment où il viole une obligation internationale.[15] La notion de responsabilité est inhérente à celle d'obligation.[16] Dès lors, c'est seulement dans l'hypothèse où la violation d'une ordonnance de mesures provisoires peut être assimilée à celle d'une obligation internationale qu'elle engagera la responsabilité de son auteur. Dans l'arrêt commenté, l'une des demandes du requérant à la Cour est la constatation de la responsabilité de l'État béninois en raison de la violation des articles 30 du Protocole et 1 de la Charte pour motif d'inexécution de l'ordonnance de mesures provisoires du 7 décembre 2018. La réponse de la juridiction panafricaine au grief du

14 Voir articles 1 et 31 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Texte adopté par la CDI, 53e session (2001) annexe à la résolution du 12 décembre 2001 de l'Assemblée générale des Nations Unies: A/RES/56/83.

15 Projet (n 14) article 2.

16 R Kolb *La bonne foi en droit international public* (2000) 548.

requérant semble claire: la méconnaissance de l'ordonnance s'interprète comme une violation des articles 30 du Protocole et 1 de la Charte. Elle est donc constitutive d'un fait internationalement illicite. La Cour laisse ainsi entendre que la simple inobservation de l'ordonnance de mesures provisoires entraîne en soi la responsabilité de l'État défaillant.

Pour parvenir à telle interprétation, la Cour s'en est tenue d'abord au sens des termes de l'article 30 du Protocole. Elle a jugé opportun de lever d'emblée les doutes qui pouvaient subsister quant à la couverture des mesures provisoires qu'elle ordonne sur le fondement de l'article 27(2) du Protocole par l'article 30 du même instrument qui pose l'obligation d'exécuter pour les États parties de ses décisions.[17] Pour ce faire, la Cour relève que «… les mots 'décisions' et 'judgment' désignent tout acte de nature juridictionnelle».[18] Elle ajoute que «… l'acte juridictionnel inclut, notamment les ordonnances de mesures provisoires, dont le caractère obligatoire est unanimement admis par la jurisprudence internationale».[19] Enfin, pour asseoir la force obligatoire des mesures provisoires qu'elle ordonne, la Cour rappelle la formule de la Cour internationale de justice en l'affaire *Lagrand* suivant laquelle «les ordonnances indiquant des mesures provisoires … ont un caractère obligatoire».[20] C'est sur la base de ces critères qu'elle établisse le fait que ses ordonnances de mesures provisoires sont des décisions au sens de l'article 30 du Protocole. L'obligation d'exécution de l'article 30 s'applique alors à ces mesures. Les États parties sont donc tenus de mettre en œuvre et d'assurer la mise en œuvre des ordonnances de mesures provisoires de la Cour. Si l'on s'en tient au raisonnement de la juridiction panafricaine, l'obligation d'exécution s'applique à ses ordonnances de mesures provisoires dans la mesure où celles-ci sont des actes juridictionnels et obligatoires. L'obligation d'exécution apparaît ici consubstantielle à la nature juridictionnelle et à la force obligatoire de la décision. Par ailleurs, la Cour aurait pu établir le caractère obligatoire de ces mesures en le rattachant, notamment à la règle *pacta sunt servanda,*[21] compte tenu de leur fondement conventionnel.[22]

17 L'article 30 dispose: 'Les États parties au présent Protocole s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige ou ils sont en cause et à en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour.' La version anglaise est ainsi libellée: 'The State parties to the present Protocol undertake to comply with the judgment in any case to which they are parties within the time stipulated by the Court and to guarantee its execution.'

18 Arrêt *Ajavon*, para 101.

19 Arrêt *Ajavon*, para 102.

20 Arrêt *Ajavon*, para 103.

21 Pour rappel, l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traites stipule: 'Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi.'

22 La Cour de San José rattache la force obligatoire des mesures provisoires qu'elle ordonne en application de l'article 63(2) de la Convention américaine des droits de l'homme à la règle *pacta sunt servanda*. Voir par exemple, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Provisional measures regarding Venezuela, *Matter of Uribana Prison* (Order du 13 février 2013), para 2.

Assurément, que les ordonnances de mesures provisoires de la Cour soient des décisions juridictionnelles obligatoires et exécutoires au sens de l'article 30 du Protocole, est une affirmation qui ne saurait heurter le sens commun. Alors, la réponse attendue du juge africain serait de spécifier, en sus, la portée de l'obligation d'exécution de ses ordonnances de mesures provisoires. À notre sens, il était judicieux que la Cour, par dynamisme interprétatif, définisse les contours de l'obligation d'exécution de ses ordonnances de mesures provisoires. Ceci est essentiellement utile du point de vue du droit de la responsabilité internationale, notamment pour apprécier l'illicéité du comportement de l'État. La Cour aurait pu à bon droit proférer que l'obligation d'exécuter ses ordonnances de mesures provisoires est une véritable obligation positive qui suppose pour l'État requis de prendre toutes les mesures qu'il est raisonnablement possible de prendre pour respecter la mesure provisoire sans chercher à remettre en cause de manière insidieuse ou abusive, son bien-fondé. En outre, elle aurait pu signifier que l'obligation d'exécuter ces mesures est une obligation de diligence qui implique que l'État requis exécute la mesure provisoire ordonnée dans le délai imparti et en informe la Cour. Par conséquent, tout manquement à ces obligations devrait déboucher sur une constatation de violation de l'article 30 du Protocole, par conséquent sur l'engagement de la responsabilité de l'État. La Cour s'est toutefois dispensée d'un tel exercice en se livrant à une interprétation plutôt elliptique de l'article 30 du Protocole pour attester l'obligation d'exécution de ses ordonnances de mesures provisoires. De toute façon, la formule de l'article 30 du Protocole impose les États parties d'exécuter et de faire exécuter les décisions de la Cour.[23]

Une fois l'obligation d'exécution de l'ordonnance de mesures provisoires établie, la Cour se penche sur les sollicitations du requérant sur le terrain des articles 30 du Protocole et 1 de la Charte. En premier lieu, celui-ci demande notamment à la Cour de «constat[er] l'inexécution de l'ordonnance de mesures provisoires du 7 décembre 2018 [comme une violation de l'article 30 du Protocole]».[24] En outre, le requérant «fait valoir que l'inexécution de cette ordonnance par [le gouvernement béninois a eu pour conséquence] la violation [de] son droit à la non-discrimination, son droit à une égale protection de la loi, son droit à un procès équitable, son droit de participer librement à la direction des affaires publiques de son pays et son droit d'accéder aux fonctions publiques de son pays».[25] En réaction à ces allégations, l'État défendeur objecte et nie particulièrement la prétention sur la violation du droit de participer librement à la direction des affaires publiques. Pour sa défense, le Bénin «fait valoir que le requérant ne démontre pas en quoi il l'a empêché de voter, d'être élu et d'accéder aux fonctions publiques».[26] De l'avis de l'État défendeur, il n'y a aucune violation de l'article 13(1) et (2) de la Charte, car «le requérant a choisi de ne pas rentrer dans son pays et de faire le tour des juridictions

23 Hebié (n 4) 697-698.
24 Arrêt *Ajavon*, para 95.
25 Arrêt *Ajavon*, para 96.
26 Arrêt *Ajavon*, para 97.

internationales».[27] En réponse, la Cour estime d'abord que «l'ensemble des violations alléguées par le requérant se rapportent d'une manière ou d'une autre, directement ou indirectement, à l'inexécution de l'ordonnance de mesures provisoires du 7 décembre 2018».[28] Puis, elle relève d'une part l'absence de rapport soumis par l'État défendeur au sujet de l'exécution de ladite ordonnance, et d'autre part la non-contestation par l'État défendeur de l'inexécution de cette dernière. La Cour constate ainsi la violation de l'article 30 du Protocole. Il n'est pas inutile de citer la Cour elle-même: «l'État défendeur n'a déposé aucun rapport et ne conteste pas, non plus, n'avoir pas exécuté les décisions concernées ...».[29] Ce faisant, elle conclut que «l'État défendeur a violé l'article 30 du Protocole».[30] L'élément sur lequel la juridiction panafricaine s'appuie en partie pour montrer qu'il y a violation de l'article 30 est la non-soumission par l'État défendeur du rapport de suivi des mesures prises pour mettre en œuvre l'ordonnance. Ceci suggère que le non-respect de l'obligation d'informer la Cour du respect donné à ses ordonnances de mesures provisoires peut emporter des conséquences contentieuses.[31] Le juge africain pourrait dès lors se baser sur le non-respect de cette obligation par l'État requis pour constater la violation de l'article 30 du Protocole pour non-respect de mesures provisoires. Toutefois, ce n'est pas ce que la Cour laisse supposer dans l'arrêt sous commentaire. Outre le défaut d'exécution de l'obligation d'information, l'État requis devrait aviser de n'avoir pas exécuté la mesure provisoire ordonnée.

En second lieu, le requérant invite la Cour à constater que l'inexécution de l'ordonnance du 7 décembre 2018 constitue une violation l'article 1 de la Charte. À l'appui de sa demande, il «soutient [que] l'État partie n'a pris aucune mesure à l'égard des violations des droits de l'homme constatées à travers les décisions de la Cour dont[l'ordonnance de mesures provisoires], de sorte qu'il viole l'article 1 de la Charte».[32] Pour faire suite à cette demande, la Cour établit d'emblée le lien de complémentarité entre la Charte et le Protocole par un rappel de l'article 66 de la Charte qui dispose que «Des protocoles ou accords particuliers pourront, en cas de besoin, compléter les dispositions de la présente Charte».[33] En application de cette disposition, «il existe, entre les protocoles et accords adoptés en

27 Arrêt *Ajavon*, para 98.

28 Arrêt *Ajavon*, para 106.

29 Arrêt *Ajavon*, para 107.

30 Arrêt *Ajavon*, para 108.

31 Concernant l'obligation d'information dans la pratique de la Cour internationale de justice, voir H Hellio et S Henry 'Le suivi par la Cour internationale de justice de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires. Une pratique émergente entre inspiration, discrétion et recherche d'effectivité' (2020) 2 *Revue générale de droit international public* 226-260. Dans la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, voir S Watthée *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme* (2014) 402-411.

32 Arrêt *Ajavon*, para 121.

33 Arrêt *Ajavon*, para 123.

complément de la Charte et ladite Charte, une seule et même complémentarité juridique».[34] Partant, la Cour conclut que «la violation de droits, devoirs et libertés énoncés dans tout protocole ou accord adopté en complément de la Charte entre dans le cadre de la violation de l'article 1 de ladite Charte. Pour cette raison, elle «considère que la violation de l'article 30 du Protocole emporte la violation de l'article 1 de la Charte».[35] La Cour établit ainsi un lien nécessaire de conséquence entre le non-respect de ses ordonnances de mesures provisoires et le constat de violation de l'article 1 de la Charte. Le raisonnement paraît rationnel. L'article 1 de la Charte apparaît comme le fondement de toutes les obligations de la Charte et de ses instruments complémentaires. Au surplus, l'article 1 de la Charte impose aux États parties une obligation de prendre «autres mesures» que législatives pour appliquer les droits consacrés par ladite Charte.[36] Cela suggère une obligation d'exécution des décisions résultant du contentieux relatif à son application à la charge des États parties.[37] À partir du moment où les mesures provisoires de la Cour visent la protection provisoire d'un ou des droits de la Charte dont la violation est alléguée pour éviter la commission de l'irréparable, il y a des risques que leur violation remette en cause l'effectivité du droit en cause. En conséquence, le respect des ordonnances de mesures provisoires de la Cour s'impose de toute évidence en vertu de l'obligation de garantie de la Charte pesant sur chaque État partie.

Si l'on reprend les éléments de réponse de la Cour du point de vue du droit de la responsabilité internationale, cela revient à dire que le non-respect des mesures provisoires qu'elle ordonne en application de l'article 27(2) du Protocole constitue en soi un fait illicite qui engage la responsabilité de son auteur. Il le devient par ce qu'il entraîne non seulement la violation de l'obligation d'exécuter les décisions de la Cour conformément à l'article 30 du Protocole, mais également il emporte la violation de l'obligation générale de garantie de la Charte au titre de l'article 1 dudit instrument. Ceci suggère que l'acte illicite, qu'est l'inobservation de l'ordonnance de mesures provisoires, constitue un chef de responsabilité *per se*, distinct des autres chefs pouvant être retenus pour violation des droits matériels allégués par le requérant. D'un autre côté, le non-respect de l'ordonnance de mesures provisoires peut produire des effets illicites sur ces droits ou emporter tout simplement leur violation. La Cour n'a cependant pas voulu spéculer sur cette question.

34 Arrêt *Ajavon,* para 124.

35 Arrêt *Ajavon*, para 126.

36 Pour rappel, l'article 1 de la Charte dispose: 'Les 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 autres pour les appliquer.'

37 RI Maikassoua *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples* (2013) 62.

2.2 Quid de l'incidence du non-respect des ordonnances de mesures provisoires sur la violation du droit matériel?

Le non-respect de l'ordonnance de mesures provisoires peut-il s'analyser comme une circonstance aggravante de la responsabilité de l'État défaillant, si la violation des droits matériels invoqués est constatée? Dans l'arrêt sous commentaire, la Cour ne répond pas à cette question. En l'espèce, le requérant demande à la Cour, outre de «constater la non-exécution [de l'ordonnance de mesures provisoires du 7 décembre 2020]» comme une violation par le Bénin de ses obligations internationales en vertu des articles 30 du Protocole et 1 de la Charte, de «constater la violation [de son] droit à la non-discrimination, son droit à une égale protection de la loi, son droit à un procès équitable, son droit de participer librement à la direction des affaires publiques de son pays et d'accéder aux fonctions publiques de son pays».[38] La Cour choisit de statuer *infra petita* en considérant que «toutes ces allégations découlent de la violation alléguée de l'article 30 du Protocole»,[39] pour défaut d'exécution. Elle décide alors de se prononcer sur les seules prétentions afférentes à l'inexécution, laissant de côté les demandes de constatation de violation des droits matériels.

L'allégation du requérant suivant laquelle «du fait de l'inexécution [de l'ordonnance de mesures provisoires du 7 décembre 2018], l'État défendeur a violé son droit à la non-discrimination, son droit à une égale protection de la loi, son droit à un procès équitable, son droit de participer librement à la direction des affaires publiques de son pays et son droit d'accéder aux fonctions publiques de son pays»[40] suit la même logique. À notre sens, cette déclaration du requérant laisse entrevoir une invitation implicite à la Cour à se prononcer sur l'incidence du non-respect de l'ordonnance de mesures provisoires sur ces droits substantiels. D'autant plus qu'il l'a déjà interpellée de constater l'inexécution de l'ordonnance de mesures provisoires comme une violation de l'article 30 du Protocole.[41] En revanche, la Cour préfère interpréter cette prétention du requérant comme étant intrinsèque à l'inexécution de l'ordonnance de mesures provisoires qu'elle considère comme étant en soi une violation de l'article 30 du Protocole.

Cependant, le constat de violation de l'obligation procédurale d'exécuter les ordonnances de mesures provisoires de la Cour ne devrait pas se confondre avec celui de violation des droits substantiels consécutive à la non-exécution de ces mesures. Le non-respect des mesures provisoires est celui d'obligations internationales *per se*, différentes de celles dont la violation est constatée au fond. Dit autrement, le non-respect des mesures provisoires constitue en soi un

38 Arrêt *Ajavon,* para 10.
39 Arrêt *Ajavon,* para 94.
40 Arrêt *Ajavon*, para 96.
41 Arrêt *Ajavon,* para 95.

fait illicite qui engage la responsabilité de son auteur de façon additionnelle et autonome de ce qui pourrait être établi sur le fond.[42] La Cour aurait dû ressortir ces nuances dans son raisonnement, par conséquent, apprécier l'incidence de l'inexécution de l'ordonnance de mesures provisoires sur la violation des droits matériels allégués. Mais encore faut-il qu'elle constate la violation de ces derniers.

Du reste, l'inobservation des mesures provisoires peut produire, de surcroît, des effets illicites sur les droits matériels allégués. D'ailleurs, un scénario pareil n'est pas rare en contentieux des droits de l'homme. Par exemple, dans l'affaire *Ken Saro Wiwa,* la Commission de Banjul a considéré l'exécution de ce dernier par le Nigeria en dépit de sa demande de sursis à l'exécution comme étant une cause d'aggravation de la violation du droit à la vie de la victime.[43] Une solution similaire a été retenue par la Cour de San José dans l'affaire *Hilaire*. L'État défendeur avait refusé de se conformer à l'ordonnance en prescription de mesures provisoires lui ordonnant de surseoir à l'exécution d'un condamné à la peine capitale. Il en est alors résulté, selon la Cour interaméricaine, une aggravation de la violation du droit à la vie de la victime en raison du non-respect de la mesure provisoire prescrite.[44] Toutefois, il faut lire la jurisprudence de la Cour interaméricaine avec prudence. Celle-ci n'établit en effet la responsabilité de l'État pour non-respect des mesures provisoires qu'elle ordonne qu'à la condition que celui-ci entraîne la violation ou l'aggravation de la violation d'un droit substantiel. Ainsi, l'engagement de la responsabilité de l'État pour non-respect d'une ordonnance de mesures provisoires est donc conditionné par le constat de la violation d'un droit matériel.[45] Une telle pratique peut être critiquée étant donné que le caractère obligatoire des mesures provisoires de la Cour interaméricaine est expressément consacré par la Convention américaine des droits de l'homme.

Au demeurant, comme relevé dans l'affaire *Mamatkulov*, l'inexécution d'une indication de mesures provisoires n'entraîne pas forcément la violation d'un droit substantiel.[46] Néanmoins, compte tenu du lien unissant la demande de mesures provisoires au recours principal, l'hypothèse que le non-respect d'une mesure provisoire aggrave la violation d'un droit substantiel est plausible. La Cour pourrait bien être confrontée à une situation où le non-respect de la mesure provisoire ordonnée produit des effets illicites sur les droits matériels de la Charte allégués. S'il y a lieu, il serait préférable que la

42 Hellio et Henry (n 31) 251.

43 Commission ADHP, *International Pen, Constitutional Rights Project, Interights au nom de Ken Saro Wiwa Jr et Civil Liberties Organisation c. Nigeria*, Communications 137/94-139/94-154/96-161/97 (Décision du 31 octobre 1998), dispositif.

44 Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Case of Hilaire, Constantine and Benjamin and al v Trinité-Tobago (*fond et réparations), Arrêts du 21 juin 2002, paras 33 et 200.

45 Voir CB Herrera et Y Haeck 'Letting states off the hook: the paradox of the legal consequences following state non-compliance with provisional measures in the Inter-American and European human rights systems' (2010) 3 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 340-354.

46 *Mamatkulov* (n 6) para 77.

juridiction panafricaine, en sus, de considérer la méconnaissance de la mesure provisoire comme constituant un fait générateur de la responsabilité de l'État *per se* et qu'elle indemnise donc le préjudice qui naît direct de la violation — de retenir des circonstances aggravant la responsabilité de l'État.[47]

3 LES CONSÉQUENCES DU NON-RESPECT DES ORDONNANCES DE MESURES PROVISOIRES DU POINT DE VUE DE LA RÉPARATION

Dès lors que la Cour admet que la violation de l'obligation d'exécuter ses ordonnances engage la responsabilité de son auteur. La question de la réparation se pose nécessairement et invite à identifier les préjudices indemnisables (3.1), ainsi que la forme de réparation retenue par la Cour (3.2).

3.1 La détermination des préjudices indemnisables pour le non-respect des ordonnances de mesures provisoires

Principe élémentaire du droit international, toute violation à une obligation internationale fait naître une nouvelle obligation qu'est celle de réparer.[48] Dans son célèbre arrêt en l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (1928), la Cour permanente de justice consacre la formule suivant laquelle «c'est un principe général du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer» et que «la réparation est le complément indispensable d'un manquement à l'application sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même».[49] Dans son tout premier arrêt rendu sur les réparations, à savoir l'arrêt *Christopher R Mtikila c. Tanzanie,* la Cour a tenu à rappeler ce principe de la réparation.[50] Au surplus, le Protocole lui reconnaît sans ambages un pouvoir prescriptif en matière de réparation. À teneur de l'article 27(1) dudit instrument, il incombe à la Cour «lorsqu'elle estime qu'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples, [d'] ordonne [r] toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation, y

47 H Tigroudja 'La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme: Observations sous l'arrêt du 6 février 2003, *Mamatkulov c. Turquie*' (2003) 3 *Revue générale de droit international public* 627.

48 Voir article 31 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

49 CPJI *Affaire relative à l'Usine de Chorzow (*demande en indemnité), Arrêt du 13 septembre 1928, 29.

50 *Christopher R Mtikila c. Tanzanie*, CAfDHP, (réparations), Arrêt du 30 septembre 2011, para 27.

compris le paiement d'une juste compensation ou l'octroi d'une réparation». Du reste, comme rappelé par la Cour dans l'arrêt sous commentaire, «les réparations ne sont accordées que quand la responsabilité de l'État défendeur pour fait internationalement illicite est établie et que le lien de causalité est établi entre l'acte illicite et le préjudice allégué».[51] En outre, elle «souligne que la charge de la preuve de ce lien de causalité incombe, en principe, au requérant qui doit fournir les éléments pouvant fonder sa demande».[52] Ainsi, la juridiction panafricaine pose les conditions de l'octroi de la réparation.

Comme l'admet implicitement la Cour internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand* rien ne s'oppose à ce que la violation de l'obligation procédurale de se conformer aux mesures provisoires ouvre en soi droit à réparation.[53] C'est ce qui a été expressément reconnu dans l'arrêt commenté. Selon les juges d'Arusha, outre le fait que la responsabilité de l'État défendeur soit établie, la violation de l'obligation d'exécuter les mesures provisoires fait naître une obligation de réparation si elle engendre un préjudice indemnisable. Il convient toutefois d'identifier ce préjudice. En l'espèce, le requérant sollicite des réparations pécuniaires pour les préjudices subis du fait de l'inexécution de l'ordonnance de mesures provisoires du 7 décembre 2018.[54] À l'appui de sa demande de réparations pécuniaires, le requérant allègue deux chefs de préjudices: un préjudice moral et un préjudice matériel.[55] Ayant constaté au préalable la responsabilité de l'État défendeur pour violation des articles 30 du Protocole et 1 de la Charte,[56] la Cour relève, dans son appréciation du préjudice matériel, que les pièces produites par le requérant à l'appui de sa demande de réparation «ne permettent pas d'asseoir la réalité d'un quelconque préjudice matériel, encore moins un lien de causalité avec l'inexécution de [l'ordonnance de mesures provisoires du 7 décembre 2018]».[57] De ce fait, elle «estime que ces pièces ne sont pas de nature à établir la réalité d'un quelconque préjudice qui serait né de l'inexécution de l'ordonnance du 7 décembre 2018».[58] On l'aura compris, la réalité du préjudice matériel n'est pas établie. Pour autant, la Cour laisse entendre que le préjudice matériel est indemnisable sous réserve que le lien de

51 Arrêt *Ajavon,* para 139.

52 Arrêt *Ajavon*, para 140.

53 Dans cette affaire, l'Allemagne n'avait pas demandé d'indemnisation pour le non-respect de l'ordonnance de mesures provisoires de la CIJ. Néanmoins, cette dernière a quand même relevé que 'les États-Unis étaient confrontés en l'espèce à de fortes contraintes de temps, résultant des conditions dans lesquelles l'Allemagne avait introduit I 'instance. Elle relève également qu'à l'époque où les autorités des États-Unis ont pris leur décision, la question du caractère obligatoire des ordonnances en indication de mesures conservatoires avait été abondamment discutée dans la doctrine, mais n'avait pas été tranchée par la jurisprudence.' Et la CIJ de conclure qu'elle aurait pris 'ces facteurs en considération si la conclusion de l'Allemagne avait comporté une demande à fin d'indemnité': CIJ, *LaGrand* (*Allemagne c. États-Unis d'Amérique*) (fond), Arrêt du 27 juillet 2001, para 116.

54 Arrêt *Ajavon,* para 142.

55 Arrêt *Ajavon*, para 154.

56 Arrêt *Ajavon*, para 141.

57 Arrêt *Ajavon*, para 164.

58 Arrêt *Ajavon*, para 166.

causalité entre la violation et ce chef de préjudice soit suffisamment établi. Qu'en est-il du préjudice moral allégué? Selon les termes de la Cour: «en cas de violation de droits de l'homme, le préjudice moral est présumé. Ce préjudice moral peut, en effet, s'analyser comme une conséquence automatique de la violation, sans qu'il soit besoin de l'établir par un autre moyen».[59] Si le non-respect des mesures provisoires porte atteinte à l'obligation d'exécution des décisions de la Cour et à l'obligation de garantie de la Charte, alors, il en résulte un préjudice moral indemnisable, sans qu'il soit besoin de l'établir autrement. La Cour reconnaît ainsi que le constat de violation de l'obligation d'exécuter ses ordonnances de mesures provisoires emporte systématiquement un préjudice moral.

L'arrêt commenté apporte enfin une réponse claire en indiquant que la violation de l'obligation d'exécuter les mesures provisoires ordonnées par la Cour entraîne systématiquement un préjudice moral. En outre, elle n'exclut pas non plus la possibilité d'invoquer un préjudice matériel pourvu que le lien de causalité entre la violation de l'ordonnance et ce préjudice soit suffisamment étayé. La Cour fait allusion du reste aux préjudices nés directement de la violation de l'ordonnance de mesures provisoires.

3.2 La forme de réparation retenue par la cour

D'après le célèbre *dictum* de la Cour permanente de justice toujours dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów,* la finalité première de la réparation est d'effacer toutes les conséquences du fait internationalement illicite. Il en découle que, chaque fois que cela est possible, il convient de privilégier la *restitutio in integrum* qui vise à la remise des choses en l'état antérieur au fait internationalement illicite.[60] Autrement, la réparation intégrale peut revêtir diverses formes comme l'indique le projet de la CDI, «la réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemni-sation et de satisfaction, séparément ou conjointement».[61] Enfin, l'article 27(1) du Protocole autorise la Cour, lorsqu'elle constate une violation d'un droit de l'homme ou des peuples de prescrire «toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation, y compris le paiement d'une juste compensation ou l'octroi d'une réparation».

Il ne fait pas de doute, à la lecture de l'arrêt *Ajavon*, que le préjudice moral né de la violation des articles 30 du Protocole et 1 de la Charte pour non-respect de l'ordonnance de mesures provisoires constitue un préjudice indemnisable, mais il reste alors à déterminer comment le juge africain compte réparer le préjudice moral né de cette violation. En l'espèce, la Cour fait observer que «la détermination du montant à

59 Arrêt *Ajavon*, para 168.

60 *Usine de Chorzów* (n 49) 47.

61 Voir article 34 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

allouer en réparation du préjudice moral se fait en équité, en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire».[62] Ce faisant, elle «estime que l'allocation du franc symbolique au requérant est suffisante».[63] La satisfaction est donc le mode de réparation choisi par le juge africain pour réparer le dommage moral né du non-respect de l'ordonnance de mesures provisoires. La Cour statuant «en équité», il est délicat de s'aventurer sur les raisons qui l'ont poussée à allouer un tel montant. Il ne serait pas illogique toutefois d'avancer que cette mesure tend uniquement à réparer le dommage moral relatif au comportement de non-conformité de l'État défendeur à l'ordonnance de mesures provisoires. Pour autant, si jamais la Cour est confrontée un jour à une situation où la victime a subi un préjudice moral qui ne saurait être réparé par l'allocation d'un franc symbolique, elle allouera une réparation pécuniaire importante à la victime.[64] De même, tout porte à croire que si le dommage matériel était établi, en l'espèce, elle ordonnerait à l'État défendeur le paiement d'une somme significative. La Cour a décidé du reste de faire figurer dans le dispositif de l'arrêt, à titre de satisfaction, une déclaration «qu'elle a constaté la violation, par l'État défendeur des articles 30 du Protocole et 1 de la Charte».[65]

On constate, eu égard à sa pratique, que la Cour répare habituellement le dommage moral au moyen de la satisfaction.[66] Ce choix s'explique par le fait que la satisfaction est la réparation la mieux adaptée au dommage moral.[67] La réparation du préjudice moral né de la violation de ses ordonnances de mesures provisoires ne fait pas exception. Il en est ainsi devant la Cour de Strasbourg. Outre le constat de violation, la réparation du préjudice moral né à la suite de la violation de l'article 34 de la Convention européenne pour non-respect des mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme est généralement la satisfaction équitable, évaluée en équité par la Cour.[68] Il y a lieu de penser que la Cour pourrait octroyer, en sus, de la satisfaction, d'autres mesures pour réparer adéquatement les préjudices résultant de la violation de ses ordonnances de mesures provisoires, le cas échéant.[69] D'autant plus qu'elle reconnaît expressément que les mesures qu'un État doit prendre pour réparer une violation des droits de l' homme comprennent la restitution,

62 Arrêt *Ajavon,* para 169.

63 Arrêt *Ajavon,* para 170.

64 Par exemple, dans l'affaire *Ayants droit de feus Norbert Zongo* (réparations), la Cour a octroyé un montant exorbitant à titre de réparation du dommage moral. Voir *Ayants droit de feus Norbert Zongo et autres c. Burkina Faso*, CAfDHP (réparations), arrêt du 5 juin 2015, para 62.

65 Arrêt *Ajavon*, para 152.

66 *Ayants droit de feus Norbert Zongo* (n 64) paras 62-67.

67 J Combacau and S Sur *Droit international public* (2012) 525.

68 Watthée (n 31) 362-369.

69 Il n'est pas rare que la Cour européenne des droits de l'homme ordonne des mesures individuelles pour la réparation du dommage moral né de violation de ses indications de mesures provisoires, en plus de la satisfaction équitable. Voir Watthée (n 31) 366-367. Dans l'affaire Hilaire, la Cour de San José a indemnisé, outre le préjudice moral, la perte subie par les personnes économiquement dépendantes de la victime, ainsi que le manque à gagner pour ses descendants. Voir *Hilaire* (n 44) para 216.

l'indemnisation, la réadaptation de la victime, les mesures de satisfaction et les mesures propres à garantir la non-répétition des violations, compte tenu des circonstances de chaque affaire.[70]

4 CONCLUSION

L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Sébastien Ajavon* peut être diversement apprécié. Quelle que soit la suite donnée à cet arrêt, on peut en tirer un élément positif. Pour une première fois, la Cour panafricaine s'est prononcée sur les conséquences juridiques de l'inexécution des mesures provisoires qu'elle ordonne en application de l'article 27(2) du Protocole. Jusque-là, elle a toujours éludé le traitement de cette question dans ses jugements sur le fond. Or, en tant que procédures incidentes, les ordonnances de mesures provisoires s'éteignent avec la procédure principale dont elles ne sont que l'accessoire. Ayant décidé des droits et des obligations des parties dans son arrêt au fond, la Cour devrait plutôt indiquer les conséquences du fait internationalement illicite, qu'est le non-respect de l'ordonnance de mesures provisoires, le cas échéant. Il a fallu plutôt attendre l'arrêt *Ajavon* pour que les juges d'Arusha constatent enfin que tout État partie qui méconnait une ordonnance de mesures provisoires de la Cour engage sa responsabilité pour violation de ses obligations internationales au titre des articles 30 du Protocole et 1 de la Charte, indépendamment de ce qui pourrait être établi sur le fond. Il s'agit d'un chef de responsabilité autonome qui ouvre droit à réparation. La possibilité de formuler une demande de réparation spécifique fondée sur la violation de l'ordonnance de mesures provisoires est ainsi reconnue. À cet égard, la Cour admet que la violation de l'obligation d'exécuter ces mesures emporte systématiquement un préjudice moral indemnisable. Cette violation peut également entraîner un préjudice matériel qui mérite aussi d'être indemnisé à condition que le demandeur en apporte la preuve. À titre de satisfaction, la Cour a retenu le constat de violation, et en particulier l'allocation d'une indemnité symbolique pour réparer le dommage moral issu de la violation. Vraisemblablement, elle octroiera d'autres mesures de réparation si la situation de la victime l'exige.

Il va sans dire que la démarche de la Cour africaine, même si elle pèche peut-être par une argumentation insuffisamment élaborée, constitue un précédent intéressant dans le contentieux du provisoire susceptible de retenir l'attention de son homologue interaméricain, ne serait-ce d'ailleurs en l'occurrence que pour des raisons d'amour propre. Cependant, on aurait souhaité que les juges africains poussent leur interprétation en spécifiant la portée de l'obligation d'exécuter les ordonnances de mesures provisoires de la Cour, car ceci est essentiel du point de vue du droit de la responsabilité internationale. De la même manière, la question de l'incidence de la violation de ces mesures sur les droits substantiels allégués aurait pu être scrutée par les juges africains.

70 Voir, par exemple, *Mohamed Abubakari c. Tanzanie,* CAfDHP (réparations), Arrêt du 4 juillet 2019, para 21.

La pratique subséquente de la Cour apportera peut-être plus de précisions à ce sujet.

Ceci dit, que l'on ne s'y trompe pas: c'est le requérant qui est à la base de l'arrêt du 29 mars 2021. La Cour a examiné le non-respect de l'ordonnance de mesures provisoires du 7 décembre 2018, parce que le conseil du plaignant le lui a demandé expressément. En règle générale, elle ne traite pas de la question de l'inobservation de ses ordonnances et les conséquences juridiques qui en découlent, même au stade de l'arrêt au fond. Cette décision pourrait toutefois l'inciter à corriger cette pratique paradoxale. D'autant plus qu'avec le nouveau mécanisme judiciaire de suivi introduit par la règle 81 de son nouveau règlement, la Cour aura vraisemblablement la bonne information sur le respect de ses ordonnances de mesures provisoires.

L'obligation de protéger et la discrimination fondée sur le genre: revue critique de l'affaire *Céline c. RDC* devant la Commission africaine

*Jonas Kakule Sindani**
https://orcid.org/0009-0001-4838-9014

RÉSUMÉ: Le présent commentaire examine la décision de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'affaire *Céline c. RDC*. La victime, une fille mineure âgée de 17 ans pour laquelle l'anonymat a été requis, et qui a été désignée par le prénom Céline, avait été victime d'agression et de viol collectif. Premièrement, la décision de la Commission africaine dans cette affaire révèle que la non-effectivité des procédures judiciaires à l'encontre des présumés auteurs des violations aggrave le problème de la violence à l'égard des femmes, stigmatise les victimes et constitue de ce fait une discrimination fondée sur le genre. Ce commentaire montre que dans sa motivation, la Commission africaine se focalise sur la diligence raisonnable matérielle et n'aborde la diligence raisonnable préventive qu'à titre de recommandation. Pourtant, le devoir de diligence qui incombe aux Etats dans une matière aussi sensible que les violences sexuelles devrait commencer par la prévention desdites violences. Le commentaire soutient que l'évaluation qui porte sur la diligence matérielle doit être complémentaire à celle qui porte sur la diligence préventive. Deuxièmement, indépendamment de la non-démonstration de la preuve de l'existence d'un traitement de faveur que leurs homologues masculins ou même d'autres victimes des violences sexuelles auraient ou n'ont pu recevoir de l'État congolais, la Commission africaine a conclu à une discrimination fondée sur le genre. Cette décision est solidement fondée sur les normes internationales des droits de l'homme qui ont été élaborées en ce qui concerne l'égalité. L'examen traditionnel des griefs tirés de la violation du droit à la non-discrimination, et *a fortiori* lorsque cette discrimination est fondée sur le sexe, n'exige pas une perfection dans l'identité. La recherche d'une équivalence entre les hommes et les femmes ignore les différences structurelles qui sont à l'origine de l'inégalité.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH

The obligation to protect and gender-based discrimination: critical review of the *Céline v DRC* case before the African Commission

ABSTRACT: This commentary examines the decision of the African Commission on Human and Peoples' Rights in the case of *Céline v DRC*. The victim, a 17 year-old minor for whom anonymity was requested and who was referred to as Céline, had been the victim of assault and gang rape. Firstly, the African Commission's decision in this case reveals that the non-effectiveness of the judicial proceedings against the alleged perpetrators of the violations exacerbates the problem of violence against women, stigmatises the victims and thus constitutes gender-based discrimination. This comment shows that in its reasoning, the African Commission focuses on material due diligence and only addresses preventive due diligence as a

* LLM (Pretoria), LLD Candidate (UCLouvain & UCBukavu), Researcher (EDEM, CERDHO); jonasindani@gmail.com

JK Sindani 'L'obligation de protéger et la discrimination fondée sur le genre: revue critique de l'affaire *Céline c. RDC* *devant la Commission africaine*'
(2023) 7 *Annuaire africain des droits de l'homme* 435-452
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a20

recommendation. Yet the duty of due diligence incumbent on States in a matter as sensitive as sexual violence should begin with the prevention of such violence. The commentary argues that the assessment of substantive due diligence should complement that of preventive due diligence. Secondly, irrespective of the failure to prove the existence of any preferential treatment that their male counterparts or even other victims of sexual violence may or may not have received from the Congolese State, the African Commission found discrimination on the basis of gender. This decision is firmly based on the international human rights standards that have been developed with regard to equality. The traditional examination of grievances based on the violation of the right to non-discrimination, and *a fortiori* when this discrimination is based on gender, does not require perfection in identity. The search for equivalence between men and women ignores the structural differences that give rise to inequality.

MOTS-CLÉS: violence sexuelles, non-discrimination, egalité, diligence raisonnable, Charte africaine, Republique Democratique du Congo

SOMMAIRE:

1 Introduction 436
2 Affirmation de la responsabilité de l'etat en matière de violences sexuelles 438
2.1 Portée juridique 438
2.2 Devoir de diligence raisonnable dans la poursuite des violences sexuelles 440
3 Droit a la non-discrimination 445
3.1 Notion de discrimination fondée sur le sexe 445
3.2 Absence d'examen de comparaison dans la motivation de la décision de la Commission 447
3.3 L'approche contextuelle adoptée par la Commission vis-à-vis des violences sexuelles en RDC 449
4 Conclusion 451

1 INTRODUCTION

Ce commentaire se focalise sur le traitement judiciaire des violences sexuelles, qui demeure une préoccupation majeure des droits de l'homme en République Démocratique du Congo (RDC). En effet, de nombreux auteurs de violences sexuelles échappent encore à la justice et ne répondent jamais ou presque de leurs actes, suite à plusieurs facteurs dont notamment des procédures judiciaires fastidieuses et coûteuses, des enquêtes bâclées et chronophages, des libertés provisoires et conditionnelles accordées illégalement, des évasions des détenus, la corruption, la concussion, le trafic d'influence et les interférences politiques dans les procédures judiciaires.[1]

La communication 325/06 *Organisation Mondiale Contre la Torture et Ligue de la Zone Afrique pour la Défense des Droits des Enfants et Elèves (pour le compte de Céline) c. République Démocratique du Congo* (Affaire *Céline c. RDC*) introduite le 23 mai 2006 devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission africaine) aborde la question du recours effectif des victimes des violences sexuelles devant les instances judiciaires

1 BCNUDH *Avancées et Obstacles dans la Lutte contre l'impunité des Violences Sexuelles en RDC* (2014) 14-25.

compétentes.[2] Les auteurs de cette communication sont l'Organisation mondiale contre la torture et la Ligue de la Zone Afrique pour la défense des droits des enfants et élèves, agissant au nom d'une fille mineure pour laquelle l'anonymat a été requis, et qui a été désignée par le prénom Céline. La victime, une fille mineure âgée de 17 ans pour laquelle l'anonymat a été requis, et qui a été désignée par le prénom Céline, avait été violemment agressée et violée par deux hommes, dont un certain Dunga.[3] Celui-ci a été accusé d'avoir introduit une bouteille de soda dans le sexe de la jeune fille et l'y avoir remuée. Les plaignants allèguent que des policiers habillés en civil avaient vu les deux hommes traîner la victime sur le sol mais ils s'étaient abstenus de lui porter secours et d'alerter leurs collègues en service au moment des faits. Arrêté et détenu puis mis en liberté provisoire sous caution, le nommé 'Dunga' se serait rendu au domicile de la jeune fille pour la menacer. Il aurait été arrêté une deuxième fois puis une troisième fois, mais pour être encore et toujours remis en liberté. Pourtant, selon les plaignants, la police de Kinshasa savait que Dunga faisait partie d'un gang organisé qui avait attaqué la victime et d'autres filles ainsi que l'identité des agresseurs, mais elle n'a pris aucune mesure pour démanteler ce gang.[4]

Devant la Commission africaine, les plaignants ont allégué la violation des articles 4 (droit à la vie et à l'intégrité physique), 5 (droit à la dignité, interdiction de la torture et autres peines cruels, inhumains et dégradants) et 18(3) (obligation de l'Etat de veiller à l'élimination de toutes les formes de discrimination faites à l'égard de la femme) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte africaine).[5] Dans leurs demandes additionnels,[6] les plaignants ont allégué la violation des articles 2 (droit à la non-discrimination), 7(1)(a) (droit de saisir les juridictions nationales de tout acte violant les droits de l'homme) et 26 (obligation de l'Etat de garantir l'indépendance des tribunaux) de la Charte africaine.[7]

A l'issue de la procédure par défaut, l'Etat congolais n'ayant pas transmis ses observations, la Commission africaine a constaté que la RDC n'avait pas violé les dispositions de l'article 26 de la Charte africaine. En revanche, elle a conclu à la violation par la RDC des dispositions des articles 2, 4, 5, 7(1)(a) et 18(3) de la Charte africaine, du fait notamment de l'incapacité de la police à prendre des mesures pour empêcher le viol et des autorités compétentes à rendre justice à la

2 Communication 325/06 O*rganisation Mondiale Contre la Torture et Ligue de la Zone Afrique pour la Défense des Droits des Enfants et Elèves (pour le compte de Céline) c. République Démocratique du Congo* ACHPR (2015), para 1.

3 *Céline* (n 2) para 3.

4 *Céline* (n 2) paras 4 à 7.

5 *Céline* (n 2) paras 45 à 52.

6 Sur la recevabilité des demandes additionnelles, la Commission a déjà établi que celles-ci sont recevables pour autant qu'elles se basent sur les mêmes faits, ne remettent pas en cause des questions réglées à la recevabilité, que leur auteur puisse les étayer et que la partie adverse ne puisse les contester avec succès. Voir Communication 318/06 *Open Society Justice Initiative c. Côte d'Ivoire* ACHPR (2015), para 89 et Communication 389/10 *Geneviève Mbiankeu c. Cameroun* ACHPR (2015), paras 99 et 100.

7 *Céline* (n 2) para 54.

victime. La Commission africaine a demandé à la RDC de prendre des mesures pour retrouver et punir les agresseurs, accorder à la victime une réparation adéquate ainsi qu'une assistance médicale et psychologique, prendre des mesures pour prévenir les violences sexuelles et les viols dans les parties de son territoire où ces infractions sont courantes, modifier les schémas de comportement liés à la violence à l'égard des femmes et des filles, y compris la violence sexuelle et le viol, mettre en place des programmes de réhabilitation pour les filles victimes de violences sexuelles et de viols, et organiser des sessions de formation des forces de l'ordre et des magistrats sur le traitement des violences sexuelles et du viol, dans des conditions conformes aux dispositions de la Charte africaine.[8]

De l'analyse de la décision de la Commission africaine sur la communication, il découle deux conclusions majeures. Premièrement, la décision de la Commission africaine met en exergue la nécessité de la prise en compte par l'Etat de son obligation de protéger dans la répression des violences sexuelles (2). Deuxièmement, dans la conclusion relative à la violation du droit à la non-discrimination, la Commission a dénaturé le sens de l'article 2 de la Charte africaine car elle ne semble pas avoir fait des comparaisons entre personnes se trouvant dans une situation similaire (3).

2 AFFIRMATION DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ETAT EN MATIÈRE DE VIOLENCES SEXUELLES

Un des thèmes principaux abordés devant la Commission africaine est celui de la responsabilité de protéger qui incombe à l'État en matière des droits de l'homme. En concluant à la violation des articles 4, 5 et 7(1)(a) de la Charte africaine, la Commission africaine montre comment la défaillance de la police à protéger la victime de ses agresseurs et l'incapacité de l'Etat à appréhender ces derniers, à achever les poursuites et à rendre une décision définitive ou à accorder réparation à la victime contribue à l'impunité des auteurs des actes de violences sexuelles. Pourtant, l'Etat a l'obligation de prendre des mesures pour empêcher qu'un tiers ne porte atteinte aux droits des individus ou, en cas de violation, qu'il soit recherché, trouvé et sanctionné. Après avoir clarifié la portée de cette obligation (2.1), il y a lieu de constater que dans cette affaire, l'obligation de protéger se déclinait au devoir de diligence raisonnable dans la poursuite des violences sexuelles (2.2).

2.1 Portée juridique

La RDC est partie à plusieurs instruments internationaux onusiens relatifs aux droits de l'homme qui exigent de combattre les crimes de

8 *Céline* (n 2) paras 86 à 88.

violence sexuelle.[9] Au niveau africain, la RDC est partie à la Charte africaine qui oblige les Etats à veiller à «l'élimination de toute discrimination contre la femme» et assurer «la protection des droits de la femme et de l'enfant».[10] Ainsi, la RDC a l'obligation d'enquêter et de poursuivre tous les cas de violences sexuelles en vertu de ses propres lois nationales. En droit congolais, les lois les plus importantes à cet égard sont la Constitution[11] ainsi que les lois de 2006[12] portant répression des infractions de violence sexuelle. Le viol est particulièrement puni de cinq à 20 ans d'emprisonnement.[13] En outre, la loi sur la protection des enfants de 2009 prévoit des dispositions supplémentaires visant à protéger les enfants contre les violences sexuelles et impose une peine d'emprisonnement de sept à 20 ans pour le viol d'un enfant.[14] Ces instruments juridiques contraignants sont complétés par le *soft law* qui recommande aux Etats de prendre des mesures adéquates et urgentes pour lutter contre les violences faites aux femmes en général et des violences sexuelles en particulier. C'est le cas de la recommandation générale No 30 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) de 2013,[15] ou encore de Directives de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur la lutte contre les violences sexuelles et leurs conséquences en Afrique adoptées lors de sa 60e session ordinaire qui s'est tenue à Niamey, au Niger, du 8 au 22 mai 2017.

L'obligation de protéger les droits de l'homme est indiscutablement consacrée en droit international des droits de l'homme. Dans les décisions S*ocial and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Centre for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigeria*[16] et *Geneviève Mbiankeu c. Cameroun*[17] par exemple, la Commission africaine avait conclu qu'aux termes de la Charte, les Etats sont astreints non seulement à l'obligation de respecter les droits de leurs citoyens mais également de les protéger contre la violation par des tiers. L'article 7 de la Charte qui garantit le droit à ce que sa cause soit entendue par les juridictions nationales compétentes, oblige ainsi les

9 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ratifié le 1er novembre 1976), Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ratifié le 1er novembre 1976), Convention contre la torture, à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ratifié le 17 octobre 1976) et à la Convention relative aux droits de l'enfant (ratifié le 22 septembre 1990).

10 Article 18(3) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

11 Article 15(1) de la Constitution de la RDC, 18 février 2006.

12 Loi No 06/018 du 20 juillet 2006 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal congolais et Loi No 06/19 du 20 juillet 2006 modifiant et complétant le Décret du 6 août 1959 portant Code de procédure pénale congolais.

13 Article 170 de la Loi No 06/018 du 20 juillet 2006 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal congolais.

14 Article 170 de la Loi No 001/2009 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant.

15 CEDAW, Recommandation générale No 30 sur les femmes dans la prévention des conflits, les conflits et les situations d'après conflit, CEDAW/C/GC/30, 1er novembre 2013, para 38(b).

16 Communication 155/96 *SERAC et un autre c. Nigéria* ACHPR (2001), para 44.

17 *Geneviève Mbiankeu c. Cameroun* (n 6) para 111.

Etats à tout mettre en œuvre pour rechercher, poursuivre et juger les auteurs des crimes[18] comme le viol de Céline.

Dans le cas sous examen, les plaignants ont établi que deux agents de police ont été témoins oculaires de la scène de violence subie par la victime mais ne lui ont porté aucun secours. Cette défaillance de la police à protéger la victime engage la responsabilité de l'Etat congolais de manière indirecte par omission. Dans sa décision *Zimbabwe Human Rights NGO Forum c. Zimbabwe*, la Commission africaine a conclu qu'un acte imputable à un tiers peut bien induire la responsabilité de l'Etat lorsque ce dernier n'a pu prévenir la survenance de la violation ou prendre les mesures nécessaires à la poursuite des auteurs et à la réparation des préjudices subis.[19]

Dans son raisonnement, la Commission africaine met un accent particulier sur l'obligation de l'Etat de mener des enquêtes et de prendre des mesures nécessaires pour y remédier. En effet, les juridictions congolaises, en l'occurrence le Tribunal de grande instance de Kinshasa/Kalamu, ont été saisies et connaissaient l'identité des auteurs mais n'ont pas mené le cours de la justice à son terme. L'auteur principal a ainsi été arrêté puis relâché à deux reprises alors même qu'il s'est rendu chez la victime pour la menacer. Au demeurant, à la date du dépôt des conclusions sur le fond, les autorités judiciaires de l'Etat défendeur n'avaient ni appréhendé les deux accusés, ni achevé la poursuite, encore moins rendu une décision définitive ou accorder réparation à la victime. En pareilles circonstances, l'ouverture d'une instruction judiciaire ne sera jamais suffisante pour décharger l'Etat congolais de son obligation de protéger en ce sens qu'une victime n'obtient véritablement justice dans les droits lésés que lorsque le processus d'enquête, de poursuite et de sanction est mené jusqu'à son terme.

2.2 Devoir de diligence raisonnable dans la poursuite des violences sexuelles

Le droit international consacre le devoir pour les Etats d'agir avec diligence pour garantir aux victimes et aux membres de leur famille l'accès à des recours judiciaires adéquats et efficaces.[20] L'article 18(3) de la Charte africaine dispose que l'Etat a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant. Cette obligation peut être désignée comme le devoir de diligence et par conséquent, l'État

18 Communication 279/03-296/05 *Sudan Human Rights Organisation et Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Soudan* ACHPR (2009) para 147.

19 Communication 295/04 *Noah Kazingachire, John Chitsenga, Elias Chemvura and Batanai Hadzisi (represented by Zimbabwe Human Rights NGO Forum) v Zimbabwe* ACHPR (2012) para 14; Communication 272/03 *Association of Victims of Post Electoral Violence & INTERIGHTS c. Cameroon* ACHPR (2009) para 88.

20 Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Recommandation générale No 19, (onzième session, 1992), UN Doc.HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), para 9.

sera tenu responsable s'il néglige de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir les actes ou omissions d'acteurs étatiques et non étatiques impliquant des violences à l'égard des femmes ou, à défaut, pour mener des enquêtes, engager des poursuites, prendre des sanctions et indemniser les victimes dans ces cas. Le fait pour un État partie de ne pas prendre des mesures appropriées pour prévenir les actes de violence fondée sur le genre à l'égard des femmes quand ses autorités ont connaissance ou devraient avoir connaissance d'un risque de violence, constitue une violation à son obligation de diligence. Ainsi, manquer à son obligation de mener des enquêtes, d'engager des poursuites, de prendre des sanctions et d'indemniser les victimes de tels actes constitue une permission ou un encouragement tacite à agir de la sorte.

Au niveau national, la loi No 06/018 du 20 juillet 2006 modifiant et complétant le décret du 6 août 1959 portant Code de procédure pénale institue une forme de célérité dans la procédure pénale relative aux violences sexuelles afin de rétablir la victime dans ses droits dans un délai le plus court possible. Aux termes de l'article 7 de la loi précitée, l'enquête préliminaire en matière de violences sexuelles se fait dans un délai d'un mois maximum à partir de la saisine de l'autorité judiciaire. Par ailleurs, l'instruction et le prononcé du jugement se font dans un délai de trois mois maximum à partir de la saisine de l'autorité judiciaire.[21] Dans le cas sous-examen, cette disposition qui peut être considérée comme une obligation de diligence n'a pas été observée en ce sens que le procès avait débuté huit mois après les faits et la première audience a été reportée *sine die*, ce qui a donné lieu à une incertitude quant à la possibilité d'obtenir justice dans un délai raisonnable. Pour justifier sa léthargie et sa passivité dans la poursuite des auteurs des violences sexuelles au niveau national dans cette affaire, les plaignants ont allégué que l'Etat avait fait valoir des difficultés d'ordre logistique. Cet argument ne peut prospérer étant donné que dans la jurisprudence constante de la Commission africaine, seules trois circonstances particulières peuvent justifier l'inaction de l'Etat, en l'occurrence la gravité ou la complexité des crimes allégués, l'encombrement du rôle de la juridiction de jugement ou la situation politique nationale.[22]

Dans le cas d'espèce, la Commission africaine établit la responsabilité de l'Etat congolais qui devrait agir avec diligence et priorité «pour enquêter sur des actes de violence, les punir et les réparer» eu égard à la nature des violations alléguées, notamment dans une affaire de viol collectif sur mineur. Dans sa motivation, la Commission africaine se focalise sur la diligence raisonnable matérielle (*material/substantive due diligence*) mais elle n'aborde la diligence raisonnable préventive (*preventive due diligence*) qu'à titre de recommandation, pourtant le devoir de diligence qui incombe aux Etats dans une matière aussi sensible que les violences sexuelles commence par la prévention desdites violences.

21 Article 7 bis de la loi No. 06/19 du 20 juillet 2006 modifiant et complétant le Décret du 6 août 1959 portant Code de procédure pénale congolais.

22 *Article 19 c. Erythrée* (2007) AHRLR 73 (ACHPR 2007).

En effet, la diligence raisonnable matérielle concerne les mesures prises pour traiter les atteintes aux droits de l'homme qui se sont déjà produites ou qui sont en cours; ce qui implique l'obligation pour l'Etat de mener une enquête approfondie sur les violations présumées, d'identifier les auteurs et les traduire en justice, de fournir des réparations aux victimes et de mettre en place des mesures correctives pour éviter de nouvelles violations.[23] C'est ainsi que dans l'affaire *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe*, la Commission africaine a déclaré que les États doivent prévenir, mener des enquêtes «approfondies»[24] et punir les actes qui portent atteinte à l'un des droits reconnus par le droit international des droits de l'homme,[25] peu importe que ces actes soient l'œuvre de ses propres agents,[26] ou des acteurs non étatiques,[27] y compris les individus agissant à titre privé,[28] comme c'est le cas dans l'affaire sous analyse.

La diligence raisonnable préventive, en revanche, fait référence aux mesures préventives que les États et les entreprises doivent prendre pour éviter les atteintes aux droits de l'homme. Cela implique l'identification des risques pour les droits de l'homme ainsi que la mise en place de mesures pour les prévenir ou les atténuer. Dans la décision *Association of Victims of Post Electoral Violence & INTERIGHTS v Cameroun,* la Commission africaine a noté que le devoir de protection exige des États qu'ils adoptent «des mesures tangibles»[29] pour prévenir les risques imminents de perpétration des violations des droits de l'homme. A ce titre, en plus des mesures législatives adoptées par l'Etat congolais en lien avec la lutte contre l'impunité de violences sexuelles, une approche fondée sur la diligence préventive aurait permis à la Commission africaine d'évaluer le fossé entre la norme et la pratique. En effet, la Commission africaine a noté ce qui suit dans *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe*:

> L'existence d'un système juridique criminalisant et prévoyant des sanctions pour les agressions et la violence ne serait pas suffisante en soi ... Les actions des agents de l'État, de la police, de la justice, de la santé et des services sociaux, ou l'existence de programmes gouvernementaux visant à prévenir et à protéger les victimes de la violence sont autant d'indications concrètes permettant de mesurer la diligence raisonnable. Des cas individuels d'échec des politiques ou des incidents sporadiques de non-punition ne répondraient pas à la norme justifiant une action internationale.[30]

En l'espèce, la Commission africaine aurait dû se pencher sur le niveau des connaissances des agents chargés de la protection des droits de

23 *Zimbabwe Human Rights NGO Forum c. Zimbabwe* (n 19) para 152.

24 Communication 323/06, *Egyptian Initiative for Personal Rights & INTERIGHTS c. Egypt* ACHPR (2011) para 274.

25 *Zimbabwe Human Rights NGO Forum c. Zimbabwe* (n 19) para 146.

26 Communication 368/09, *Abdel Hadi, Ali Radi & Others c. Republic of Sudan*, 5 Novembre 2013, para 92.

27 *Zimbabwe Human Rights NGO Forum c. Zimbabwe* (n 19) para 143; Association *of Victims of Post-Electoral Violence et Interights c. Cameroun* (n 19) paras 89-90.

28 *Association of Victims of Post-Electoral Violence & INTERIGHTS v Cameroon* (n 19) para 88.

29 *Association of Victims of Post-Electoral Violence* (n 19) para 90.

30 As above.

l'homme en général et des violences sexuelles en particulier, en l'occurrence les agents de la police qui n'ont pas pu porter le secours nécessaire à la victime. Au demeurant, compte tenu des vulnérabilités propres aux femmes en RDC, l'évaluation des moyens préventifs mis en place par l'Etat congolais pour lutter contre l'impunité des violences sexuelles aurait permis à la Commission africaine de formuler ses recommandations sur les mesures supplémentaires ou la manière dont les mesures existantes doivent être mises en œuvre pour une meilleure protection des droits de l'homme en RDC en général et la lutte contre les violences sexuelles en particulier.

L'évaluation qui porte sur la diligence matérielle doit être complémentaire à celle qui porte sur la diligence préventive. En effet, comment évaluer la défaillance d'un État à son obligation de mener des enquêtes, d'engager des poursuites, de prendre des sanctions et d'indemniser les victimes de tels actes si l'on ne sait pas à l'avance si les politiques, les institutions et les agents de l'Etat sont en mesure de remplir des telles obligations? La présente communication n'est pas un cas isolé de la défaillance persistante du système judiciaire congolais à répondre efficacement aux violations massives et graves des droits de l'homme en général et des violences sexuelles en particulier. Plusieurs rapports produits par diverses organisations non gouvernementales tant nationales qu'internationales concourent à constater l'impunité des violences faites aux filles et particulièrement du viol en RDC.[31] Plusieurs études et rapports sur la violence en RDC montrent que les femmes étaient soumises à une violence d'une extrême brutalité, incluant des viols collectifs, des viols avec utilisation d'objets tels que des baïonnettes, ainsi que des agressions sexuelles intentionnelles telles que la mutilation des seins.[32] Ces actes violents étaient perpétrés non seulement par les forces militaires de l'État et des groupes non étatiques, mais aussi par des milices étrangères et même par les forces de maintien de la paix des Nations unies.[33]

31 Voire à titre d'exemples HCNUDH *Rapport du projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises sur le territoire de la République Démocratique du Congo entre 1993 et 2003,* (2010) 296-334; Avocats Sans Frontières *Justice face à la banalisation du viol en République Démocratique du Congo. Etude de la jurisprudence en matière des violences sexuelles de droit commun* (2012); Avocats Sans Frontières *L'assistance des victimes de violences sexuelles. Vade-mecum* (2010); Amnesty International *République Démocratique du Congo. Violences sexuelles: un urgent besoin de réponses adéquates* (2004); Human Rights Watch *En quête de justice: Poursuivre les auteurs de violences sexuelles commises pendant la guerre au Congo* (2005); FIDH *Les victimes de crimes sexuels obtiennent rarement justice et jamais réparation* (2016); Amnesty International *Justice en procès. Enseignements tirés de l'affaire des viols de Minova en République démocratique du Congo* (2015).

32 Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes, Violence sexuelle contre les femmes dans les conflits armés (2009).

33 Déjà en 2004, plus de 75 allégations de la MONUC ont été recueillies et environ 20 cas ont été vérifiés. Bien que ces agents aient été obligés de quitter la RDC, on ne sait pas si d'autres compensations ont été accordées ou si des sanctions pénales ont été prises. Voire Organisation mondiale contre la torture (OMCT), Commission pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Violence contre les femmes en République démocratique du Congo* (2006).

Par ailleurs, l'intérêt de procéder à une analyse séparée mais complémentaire de la diligence raisonnable préventive et de la diligence raisonnable matérielle aurait dû permettre à la Commission de répondre à la question de savoir si l'obligation de protéger est de moyen ou de résultat. Dans la Communication *Association of Victims of Post Electoral Violence & INTERIGHTS c. Cameroun*, la Commission africaine a été appelée à se prononcer sur la question de savoir si les obligations contenues dans la Charte africaine étaient des obligations de moyen ou des obligations de résultat. Selon la Commission africaine:

> L'article 1 de la Charte africaine impose aux États parties l'obligation de faire preuve de la diligence nécessaire pour mettre en œuvre les dispositions prescrites par la Charte, étant donné que cette diligence doit évoluer en fonction du temps, de l'espace et des circonstances et doit être suivie d'une action pratique sur le terrain afin de produire des résultats concrets. En fait, selon la Commission, c'est une obligation de RÉSULTAT que l'article 1 de la Charte africaine impose aux États parties. En effet, chaque Etat a l'obligation de garantir la protection des droits de l'homme inscrits dans la Charte en adoptant non seulement les moyens que la Charte elle-même prescrit, notamment toutes les mesures législatives nécessaires à cet effet mais en outre les mesures de leur choix que la Charte appelle de ses vœux par l'article 1er et qu'elle définit donc comme une obligation de résultat.[34]

Toujours selon la Commission africaine, l'obligation de diligence exige que l'État adopte des comportements ou des actions spécifiques pour atteindre des résultats spécifiques et l'État dispose de la liberté de choix et d'action pour atteindre le résultat requis par cette obligation.[35] Ainsi, en laissant entendre cette position «soit l'une, soit l'autre», la Commission africaine semble, dans la même décision, suggérer que les deux types d'obligation s'appliquent, estimant qu'il existe non seulement une obligation de moyen, mais aussi une obligation de résultat.[36]

Ainsi, de notre point de vue, en ce qui concerne particulièrement l'obligation de protéger, elle est de résultat dans sa dimension de la diligence raisonnable matérielle et de moyen dans sa dimension de la diligence raisonnable préventive. En effet, dans sa dimension de diligence raisonnable matérielle, la jurisprudence de la Commission africaine fait référence à l'obligation de mener des enquêtes, poursuivre et punir les responsables des violations des droits de l'homme en dégageant la responsabilité de l'Etat quand celui-ci approuve, soutient ou acquiesce ces violations ou s'il n'exerce pas la diligence raisonnable pour les empêcher.[37] La Commission africaine examine la «faisabilité et l'efficacité» d'une action de l'État,[38] ce qui traduit mieux l'obligation de résultat. Cela signifie que l'Etat est tenu de prendre des mesures efficaces pour prévenir et réprimer les violations des droits de l'homme,

34 *Association of Victims of Post-Electoral Violence* (n 25) paras 110-111.

35 *Association of Victims of Post-Electoral Violence* (n 25) para 102.

36 R Murray *The African Charter on Human and Peoples' Rights: a commentary* (2019) 30.

37 A titre d'exemple, voir Communication 275/03, *Article 19 c. Eritrea*, 30 Mai 2007, para 72; Communication 279/03-296/05, *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Sudan* 27 Mai 2009 para 148.

38 *Zimbabwe Human Rights NGO Forum* (n 19) para 156.

et ils sont responsables du résultat final, c'est-à-dire la protection des droits de l'homme. En revanche, dans sa dimension de diligence raisonnable préventive, l'obligation de protéger exige de l'Etat de prendre une action positive pour prévenir la violation des droits. Ceci se traduit par l'adoption par l'Etat de toutes les mesures «nécessaires»[39] et «tangibles»,[40] qu'elles soient constitutionnelles, législatives et judiciaires d'une part; et d'autre part, mesures visant à sensibiliser ses agents et ses citoyens sur des questions de protection des droits de l'homme et la mise en place des institutions de mise en œuvre de droits contenus dans les instruments juridiques auxquels l'Etat s'est engagé. En d'autres termes, il est attendu qu'ils mettent en place des mécanismes, des politiques et des actions pour empêcher les violations, ce qui traduit le mieux l'obligation de moyen.

3 DROIT À LA NON-DISCRIMINATION

L'objet de cette section est de saisir d'abord la notion de discrimination fondée sur le sexe (3.1) avant d'analyser les carences de la Commission africaine dans la démonstration d'un traitement différencié par rapport aux autres victimes de violences sexuelles (3.2) et la nécessité d'adopter une approche contextuelle et réelle des violences sexuelles en RDC (3.3).

3.1 Notion de discrimination fondée sur le sexe

Selon la Convention des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme l'expression «discrimination à l'égard des femmes», vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine.[41] Dans la recommandation générale No 28 (2010) sur les obligations fondamentales des États parties au titre de l'article 2 de la Convention des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme, il est indiqué qu'il incombe aux États de respecter, protéger et réaliser le droit des femmes à la non-discrimination et à l'égalité de droit et de fait.[42]

Dans la Charte africaine, le principe de non-discrimination à l'égard des femmes trouve son fondement dans la lecture combinée des

39 Resolution on the Human Rights Situation in the Federal Republic of Nigeria, ACHPR/Res.214, 2 May 2012.

40 *Association of Victims of Post-Electoral Violence* (n 25) para 90.

41 Article 1er Convention des Nations Unies pour l'élimination des toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme.

42 CEDEF, Recommandation générale n°28, para 9.

articles 2 et 18(3). En effet, l'article 2, bien que ne faisant pas expressément référence à la discrimination, est décrit par la doctrine comme étant le principe de non-discrimination[43] qui, selon la Commission africaine, est essentiel à l'esprit de la Charte africaine[44] et donc nécessaire pour éradiquer la discrimination sous toutes ses formes.[45] Cette disposition exige un traitement égal d'un individu ou d'un groupe de personnes indépendamment de leurs caractéristiques particulières.[46] Dans la décision *Zimbabwe Lawyers for Human Rights and Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Andrew Barclay Meldrum) c. Zimbabwe*, la discrimination a été définie comme

> tout acte visant à établir une distinction, une exclusion, une restriction ou une préférence fondée sur un motif quelconque tel que la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et qui a pour objet ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits et des libertés.[47]

Au niveau national, la Constitution de la RDC en son article 13 interdit toute discrimination fondée sur les motifs suivants: la religion, l'origine familiale, la condition sociale, la résidence, les opinions ou convictions politiques, l'appartenance à une race, une ethnie, une tribu, une minorité culturelle ou linguistique. La disposition omet le «sexe» sur la liste des motifs de discrimination. Cela peut être attribué au fait que les articles 14 et 15 de la même Constitution accordent une protection spéciale aux femmes qui, dans le contexte congolais, sont généralement victimes de discrimination fondée sur le «sexe», ainsi qu'au fait que ces motifs visés à l'article 13 ne sont qu'indicatifs et non exhaustifs.[48] En outre, d'une part, l'article 14 de la Constitution enjoint l'Etat d'éliminer toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et, d'autre part, bien que l'article 12 consacre le droit à l'égalité et à l'égale protection sans faire spécifiquement allusion aux femmes, la clause de non-discrimination exige que les femmes et les hommes soient traités sur un pied d'égalité.[49]

43 Murray (n 36) 44-89.

44 Communication 294/04, *Zimbabwe Lawyers for Human Rights and Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Andrew Barclay Meldrum) c. Zimbabwe*, 3 Avril 2009, para 91.

45 Communication 292/04, *Institute for Human Rights and Development in Africa (on behalf of Esmaila Connateh & 13 others) c. Angola*, 22 Mai 2008, para 78.

46 Communication 323/06, *Egyptian Initiative for Personal Rights and INTERIGHTS c. Egypt*, 12 Octobre 2013, para 119.

47 *Zimbabwe Lawyers for Human Rights* (n 44) para 91.

48 TM Makunya 'Legal traditions and constitutional interpretation of bills of rights in Africa: comparative perspectives from the Constitutional Courts of Benin, the Democratic Republic of Congo and South Africa' Thèse de doctorat, Université de Pretoria, 2021 229.

49 TM Makunya 'Beyond legal measures: a review of the DRC's initial report under the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa' (2023) 67 *Journal of African Law* 2, 8.

3.2 Absence d'examen de comparaison dans la motivation de la décision de la Commission

Dans sa jurisprudence, la Commission africaine a déjà retenu que les violences faites aux femmes constituaient une discrimination injustifiée. C'est le cas notamment de sa décision dans la communication *Initiative for Personal Rights et Interights c. Egypte*, dans laquelle elle a considéré que le fait pour les agents des forces de sécurité de n'avoir pas protégé les victimes contre les agressions sexuelles de manifestants constituaient une discrimination fondée sur le sexe. Dans l'espèce citée, la Commission africaine était parvenue à une telle conclusion en procédant à une comparaison entre les victimes de sexe féminin et les autres manifestants de sexe masculin. Dans le cas sous examen, cela n'a pas été le cas. Mais comment est-elle donc parvenue à la violation du droit à la non-discrimination?

Sans remettre en cause la gravité des crimes commis, nous considérons que ni les plaignants ni la Commission africaine n'ont suffisamment expliqué la différence de traitement par rapport aux autres victimes de violences sexuelles et démontrer dans quelle mesure cette différence était fondée sur l'un des motifs interdits énoncés à l'article 2 de la Charte africaine. Les plaignants n'ont, non plus, donné aucune information pertinente indiquant que d'autres victimes des violences sexuelles, qu'elles soient de sexe masculin ou féminin, ont vu leurs procès être tenus avec diligence, les auteurs condamnés et les victimes indemnisées, alors que leur propre situation n'a pas suivi le même cours. En outre, les plaignants n'ont fourni aucune information sur la manière dont la réticence et l'incapacité de mener à bien une enquête a aggravé la stigmatisation dans la situation personnelle de la victime. En l'absence de telles informations, en concluant à une violation du droit à la non-discrimination, la Commission africaine a dénaturé le sens de l'article 2 de la Charte africaine. En effet, l'interprétation faite par la Commission africaine est assez extensive dans la mesure où peuvent se retrouver dans la même situation, toutes les victimes des violations massives de droit de l'homme qui se comptent par milliers et qui n'arrivent pas à saisir la justice ou dont les bourreaux n'ont jamais vraiment été inquiétés par la justice.

En effet, l'examen traditionnel des griefs tirés de la violation du droit à la non-discrimination consiste à faire des comparaisons entre personnes se trouvant dans une situation similaire.[50] Une telle approche nécessite de trouver un élément de comparaison, en l'occurrence masculin, se trouvant dans une situation similaire et bénéficiant d'un traitement plus favorable, étant donné que des cas de violences sexuelles faites aux hommes sont effectivement observables.

50 A Edwards 'Violence against women as sex discrimination: judging the jurisprudence of the United Nations human rights treaty bodies' in S Farrior (ed) *Equality and non-discrimination under international law* (2017) 24-46.

Selon le rapport du Panel à la Haut-Commissaire aux droits de l'homme sur les moyens de recours et de réparation:[51]

> Il existe en RDC un certain nombre de victimes masculines de violences sexuelles, et il leur est difficile de se faire connaître et de s'exprimer au sujet de ce qui leur est arrivé. Comme les femmes qui ont été violées, ces hommes sont stigmatisés, bien que, dans leur cas, cela puisse prendre une forme relativement différente.

La différenciation implique nécessairement un comparateur explicite ou implicite, connu ou supposé.[52] En conséquence, il ne devrait y avoir de discrimination basée sur le sexe parce que les plaignants n'ont pu prouver le caractère discriminatoire de la défaillance des agents de police à protéger la victime de ses agresseurs, d'une part, et l'inefficacité, à l'encontre de ces derniers, des procédures devant les juridictions de l'Etat défendeur, d'autre part. Bien que les plaignants n'aient pas étayé leurs arguments quant aux critères raisonnables et objectifs[53] démontrant qu'elles font l'objet d'un traitement différencié par rapport aux autres victimes de violences sexuelles, la Commission africaine s'est prononcée en leur faveur en disant que

> les violations subies par la victime suite à l'inaction des agents de police, à l'incapacité des autorités compétentes de la protéger suite au viol et à l'inefficacité des juridictions nationales à lui rendre justice et lui accorder réparation se résolvent en une violation des dispositions de l'article 18(3) de la Charte en lecture interprétée avec celles du Protocole de Maputo.

Pour autant, il aurait été regrettable que la Commission africaine en décide autrement, car dans des circonstances comme les violences sexuelles, il n'y a pas toujours d'équivalence factuelle. En effet, les violences sexuelles affectent également les hommes et les garçons et peuvent prendre des formes spécifiques visant à porter atteinte à la masculinité ou à la virilité de la victime.[54] C'est une question qui n'est pas souvent documentée en raison du silence des hommes pour une question d'orgueil ou de fierté masculine. De ce fait, ces cas ne sont pas dénoncés en justice, ce qui emporte la difficulté de trouver un élément de comparaison avec le sexe masculin, qui complique à son tour la capacité à reconnaître et à traiter le préjudice subi par une femme en raison de son sexe. En effet, la recherche d'une équivalence entre les hommes et les femmes pose un problème supplémentaire parce qu'elle ignore les différences structurelles qui sont à l'origine de l'inégalité et perpétue le désavantage associé au groupe.[55] C'est pourquoi la Commission africaine aurait dû baser sa motivation sur une approche substantielle et contextuelle du concept de l'égalité qui vise un résultat plus transformateur en termes l'élimination des désavantages sociaux.

51 HCDH Rapport du Panel à la Haut-Commissaire aux droits de l'homme sur les moyens de recours et de réparation, A/HRC/19/48, 13 janvier 2012, para 13.

52 I Currie & J de Waal *The Bill of Rights handbook* (2010) 239-243.

53 Comité des droits de l'homme des Nations unies, Observation générale no 18 Non-discrimination, Trente-septième session, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol I) 10 Novembre 1989, para 13.

54 African Commission on Human and Peoples' Rights Guidelines on Combating Sexual Violence and its Consequences in Africa adopted during its 60th ordinary session held in Niamey, Niger from 8-22 May 201716.

55 S Fredman *Discrimination law* (2011) 259-266.

3.3 L'approche contextuelle adoptée par la Commission *vis-à-vis* des violences sexuelles en RDC

Dans le cas sous-examen, une analyse formelle qui se contenterait de comparer le traitement de victimes masculines et qui s'arrêterait là si aucune différence n'était prouvée, négligerait de manière flagrante le caractère éminemment genré du problème de la violence à l'égard des femmes. Ce problème est décrit comme un phénomène mondial d'expérience partagée par les femmes et les filles à travers les périodes historiques, les pays et les cultures.[56] Les femmes et les filles sont soumises à la violence précisément parce qu'elles sont femmes et filles, un désavantage ancien renforcé par les attitudes sociétales et systématiquement toléré par les structures institutionnelles.[57] Sur ce point, la tendance jurisprudentielle du Comité des droits de l'homme des Nations Unies est pertinente. S'agissant des violences sexuelles dans les contextes des conflits armés, sans consacrer l'abandon d'une approche formelle de la discrimination, la lignée jurisprudentielle que suit le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ces dernières années, révèle une prise en compte accrue du critère du genre.[58] Une analyse comparative serait en effet dénuée de sens s'agissant des violences sexuelles. Les femmes et les filles sont particulièrement vulnérables aux violences sexuelles en raison des discriminations persistantes à leur égard. Les inégalités inscrites dans les lois, véhiculées par les coutumes, les traditions et les textes religieux favorisent les attitudes patriarcales, les stéréotypes basés sur le genre ainsi que les violences.[59]

Cependant, la lecture de la décision de la Commission africaine dans sa motivation ayant abouti à la conclusion de la violation du droit à la non-discrimination, pose un défi supplémentaire qui se rapporte à l'administration de la preuve des allégations faites par les victimes. La Commission africaine s'est fondée sur les sources internationales citées par les plaignants et qui mettent l'accent sur la pratique des violences sexuelles et en particulier du viol comme arme de guerre dans l'Est de

56 Edwards (n 50).

57 As above.

58 Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, *Fulmati Nyaya c. Népal* Communication 2556/2015, UN doc. CCPR/C/125/D/2556/2015, 18 mars 2019, et note sous CCPR, *Fulmati Nyaya c. Népal* Communication 2556/2015, UN doc. CCPR/C/125/ D/2556/2015, 18 mars 2018, cités par O Pedeboy 'Chronique des constatations des comités conventionnels des Nations Unies' (2019) 18 *Droits fondamentaux* 3-6.

59 African Commission on Human and Peoples' Rights Guidelines on Combating Sexual Violence and its Consequences in Africa adopted during its 60th ordinary session held in Niamey, Niger from 8-22 May 2017, 16.

la RDC.[60] Ce fléau est devenu presque commun dans l'ensemble du pays. Cependant, ni les plaignants ni la Commission africaine n'ont démontré le lien entre le viol commis contre Céline à Kinshasa, capitale de la RDC, une région relativement en paix, avec les différents rapports ainsi que les Observations conclusives du CEDEF qui se focalisent plutôt sur les violences sexuelles commises à titre d'arme de guerre.

Dans la décision sous analyse, il y a lieu de regretter la non-soumission par la RDC de ses moyens en réponse aux allégations des plaignants. Devant le défaut de la comparution de l'Etat congolais dont la présence aux audiences aurait servi à contrebalancer les allégations des plaignants, la jurisprudence constante de la Commission africaine veut que cette dernière se prononce sur la base des éléments à sa possession[61] ou accorde le crédit voulu aux allégations des plaignants. En effet, étant donné que la charge de la preuve incombe au Gouvernement, si ce dernier ne fournit aucune preuve pour contredire une allégation de violation des droits de l'homme, la Commission africaine la considérera comme prouvée, ou au moins probable ou plausible. Toutefois, examiner une communication sur «la base des éléments en sa possession» ne devrait pas signifier prendre automatiquement pour établies les allégations du demandeur sans devoir les vérifier ou les soumettre à un examen minutieux au regard des éléments qu'il fournit au dossier, en procédant à ses propres investigations.[62] Ce devoir de vigilance va aussi de l'intérêt d'une bonne administration de la justice de veiller à ce qu'un jugement par défaut ne soit pas inique.

Au demeurant, alors que la RDC se dit engagée dans le combat contre les violences sexuelles et les autres violations des droits de l'homme en général,[63] son absence devant les organes régionaux et internationaux des droits de l'homme où elle est traduite pour non-respect de ses engagements est à condamner. En effet, l'affaire sous analyse n'est pas la première dans laquelle l'Etat congolais brille par son absence aux audiences.[64] L'absence de participation de l'État a trois conséquences majeures dans le cas sous examen. Premièrement, comme nous l'avons démontré, elle limite la portée de l'examen de la communication étant donné que le Gouvernement aurait pu fournir à

60 Voir à ce sujet M Baaz et M Stern *Sexual violence as a weapon of war? perceptions, prescriptions, problems in the Congo and beyond* (2013); S Tallarico 'War, rape and the Democratic Republic of the Congo: a feminist's command for legal evolution, progress towards universal human rights for women' (2013) 12 *Michigan State Journal of Gender & Law* 3-32; E Amani & P Magadju 'Prosecuting rape as war crime in the Democratic Republic of the Congo: lessons and challenges learned from military tribunals' (2021) 59(1) *Military Law and the Law of War Review* 44-70.

61 Communication 393/10, *Institute for Human Rights and Development in Africa et autres c. République Démocratique du Congo*, Juin 2016, para 41.

62 B Kahombo 'Droits de l'homme et obligation de poursuivre les crimes de guerre: Revue critique de la décision de la commission africaine dans l'affaire Kilwa (RDC)' in H van der Merwe and G Kemp (eds) *International criminal justice in Africa* (2019) 91.

63 Makunya (n 49) 4-5.

64 Voir par exemple *Institute for Human Rights and Development in Africa et autres c. République Démocratique du Congo* (n 61).

la Commission africaine les éléments nécessaires pour prendre une décision pleinement informée. Deuxièmement, elle ne permet pas un dialogue constructif entre la Commission africaine et l'Etat congolais sur des questions des droits de l'homme, et sur la manière d'enquêter et de poursuivre les violations de ces droits. Troisièmement, la non-comparution répétitive de la RDC devant les organes de protection des droits de l'homme est susceptible d'affecter sa crédibilité et son image sur la scène internationale et remettre ainsi en cause sa détermination à combattre les violations des droits de l'homme en général et des violences sexuelles en particulier.

4 CONCLUSION

Le climat d'impunité qui règne en RDC limite l'action des institutions judiciaires à répondre efficacement aux violences sexuelles et de ce fait encourage, ou du moins facilite, la répétition de tels comportements. Cette impunité constitue donc non seulement un déni de justice envers les victimes ou survivantes, mais elle renforce également les inégalités dont souffrent les autres femmes et filles. C'est précisément l'avis de la Commission africaine qui a conclu à la violation des article 2 et 18(3) de la Charte africaine dans l'affaire *Celine c. RDC*. En effet, la non-effectivité des procédures judiciaires à l'encontre des présumés auteurs des violations aggrave le problème de la violence à l'égard des femmes et stigmatise les victimes de cette violence en RDC. Les omissions de la RDC dans la présente affaire sont incontestablement des manquements à la diligence raisonnable, qui constituent une discrimination fondée sur le genre.

Les faits de l'espèce révèlent que la RDC n'a pas agi avec la diligence voulue et a manqué à son obligation de ne pas soumettre la victime à une discrimination, en violation des articles 2 et 18 de la Charte africaine. Comme nous l'avons expliqué, la décision de la Commission africaine souffre d'une démonstration d'éléments factuels permettant de conclure à un traitement différencié de la victime par rapport à d'autres victimes de violences sexuelles quant au droit d'accès à la justice. Cependant, lorsqu'il n'existe pas d'équivalent masculin comparable, la recherche d'un élément comparateur complique la capacité à reconnaître et à traiter le préjudice subi par une femme en raison de son sexe et ignore les différences structurelles qui sont à l'origine de l'inégalité. C'est pourquoi, nous estimons que l'examen traditionnel des griefs tirés de la violation du droit à la non-discrimination, et *a fortiori* lorsque cette discrimination est fondée sur le sexe, n'exige pas une perfection dans l'identité. A titre d'exemple, la répression pénale de l'avortement constitue une discrimination fondée sur le sexe en l'absence d'un élément de comparaison avec les hommes étant donné que la différence résulte inévitablement des aspects biologiques.

Compte tenu des vulnérabilités propres aux femmes, l'Etat a envers elles une obligation accrue de diligence raisonnable pour les protéger de la violence en général et des violences sexuelles en particulier. Dans la présente communication, il y a lieu donc de conclure à la

discrimination fondée sur le genre, indépendamment de la preuve de l'existence d'un traitement de faveur que leurs homologues masculins ou même d'autres victimes des violences sexuelles auraient ou non pu recevoir de l'État congolais. Au demeurant le constat de violation des articles 2 et 18(3) de la Charte africaine que fait la Commission africaine par rapport aux faits de l'espèce est, à notre avis, solidement fondé sur les normes internationales des droits de l'homme qui ont été élaborées en ce qui concerne l'égalité.

Safeguarding girls' rights to education in the enforcement of the African Children's Charter: the African Children's Committee decision in *Legal and Human Rights Centre and Centre for Reproductive Rights (on behalf of Tanzanian Girls) v Tanzania*

*Naitore Nyamu**
https://orcid.org/0009-0009-3775-4088

ABSTRACT: This case was brought by the Legal and Human Rights Centre (LHRC), and the Centre for Reproductive Rights (CRR) on behalf of six Tanzanian girls who were expelled from school for being pregnant. The six girls were representatives of numerous other girls whose rights to education had been violated due to a discriminatory policy that was in operation in Tanzania. The case challenged retrogressive policy and practice in Tanzania that violated the human rights of girls. The rights violated include the right to education, to non-discrimination and to equality. These rights are provided for in the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (African Children's Charter) and other legal instruments. In September 2022 the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child (African Children's Committee) ruled in favour of the Tanzanian girls, and found that the practice of expelling pregnant girls from school violated their human rights. The Children's Committee recommended that Tanzania reforms its education policies, and takes steps to eradicate harmful practices in the country. This case discussion looks at the impact of the retrogressive policy and practices that led to the violation of girls' rights to education, and the implementation of the provisions of the African Children's Charter at the national level, with a focus on the right to education in Tanzania. It also discusses the impact of the violation of the right to education, and how this adversely affects the realisation of other rights. The article undertakes desktop research and reviews different reports and case studies of girls whose right to education was violated. This case summary further considers measures that the Tanzanian government has put in place since the Committee expressed itself on this issue. The broader aim of the case discussion is to highlight the role of states in upholding socio-economic rights, particularly the right to education, and to reflect on measures that states can put in place to advance the right to education of girls. For purposes of advancing this discourse, the case summary also gives a comparative analysis of Sierra Leone, where a similar policy that banned pregnant girls from attending school was in place.

* LLB (UNISA), MA (USIU-A), LLM (Pretoria); Advocate of the High Court of Kenya; naitore.nyamu@gmail.com

N Nyamu 'Safeguarding girls' rights to education in the enforcement of the African Children's Charter: the African Children's Committee decision in *Legal and Human Rights Centre and Centre for Reproductive Rights (on behalf of Tanzanian Girls) v Tanzania*'
(2023) 7 *African Human Rights Yearbook* 453-465
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2023/v7a21

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS:

Protection du droit des filles à l'éducation en vertu de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant. Décision du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant dans l'affaire *Legal and Human Rights Centre et Centre for Reproductive Rights (au nom des filles tanzaniennes) c. Tanzanie*

RÉSUMÉ: Ce commentaire examine l'impact de la politique et des pratiques rétrogrades qui ont conduit à la violation du droit des filles à l'éducation ainsi que la mise en œuvre des dispositions de la Charte africaine des enfants au niveau national avec un accent sur le droit à l'éducation en Tanzanie. Il examine l'impact de la violation du droit à l'éducation et la manière dont elle entraîne la violation d'autres droits. A travers une recherche documentaire, le commentaire examine, ensuite, les cas spécifiques de violation du droit à l'éducation des filles ainsi que les mesures que le gouvernement tanzanien a mises en place depuis que le Comité a rendu sa décision dans cette affaire. Ce commentaire vise en outre à souligner le rôle des États dans la défense des droits socio-économiques, en particulier le droit à l'éducation, et les mesures que les États peuvent mettre en place pour faire progresser le droit à l'éducation des filles. Le commentaire conclut par une analyse comparative de la situation en Sierra Leone, où une politique similaire interdisant aux filles enceintes d'aller à l'école a été mise en œuvre.

KEY WORDS: gender, girls, education, African Charter on the Rights and Welfare of the Child, African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, teen pregnancy, discrimination, Tanzania

CONTENT:

1 Introduction 454
2 Background and facts 456
3 The admissibility test 456
3.1 Prior settlement of the communication 457
3.2 Exhaustion of local remedies 457
3.3 Submission within a reasonable period 458
4 Merits of the case 458
4.1 Parties' arguments 458
4.2 Issues for determination 459
4.3 Committee's merits decision 459
5 Comparative study with Sierra Leone 460
6 Significance of the decision on the right to education 461
7 Conclusion 464

1 INTRODUCTION

The right to education is a fundamental human right. The enjoyment of numerous other rights, such as the right to freedom of expression and the right to work, is dependent on the right to education. Therefore, the right to education has multiple effects not only on children but also on the larger society. Treaties, soft-law instruments and court cases have expounded on the right to education, and the measures that states should put in place to ensure the realisation of this right. General Comment 13, adopted by the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in particular underscores how integral the right to education as a human right is, including its importance in the

realisation of other human rights.[1] This General Comment further places an emphasis on the role of the right to education in safeguarding children against sexual exploitation.[2] According to a Human Rights Watch report, education is not only linked to enhancing health, nutrition but also serves as a protection factor.[3] Children who attend school are less likely to be in conflict with the law, and less vulnerable to child sexual exploitation.

Advancing girls' rights to education in many African countries has faced numerous barriers and challenges. Gender inequality and socio-cultural barriers have been instrumental in impeding the right to education of girls. The retrogressive policy in Tanzania stems from the highly patriarchal nature of Tanzania society that is tolerant towards the notion of 'punishing' girls for their 'errant' behaviour of engaging in sexual relations and falling pregnant. This policy constitutes outright discriminatory in that it targets girls who are pregnant, and not boys who are in school and are responsible for impregnating the girls. Furthermore, from a human rights perspective, the policy in no way complies with the best interests of the child as provided in the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (African Children's Charter).

This case discussion reviews the African Children's Committee's 2022 decision in *Legal and Human Rights Centre and the Centre for Reproductive Rights (on behalf of girls in Tanzania) v Tanzania*,[4] which deals with Tanzania's policy of practice of expelling pregnant girls from school. The case discussion provides an analysis of the importance of girls' rights to education. It undertakes desktop research and reviews different reports and case studies of girls whose right to education was violated, and further considers measures that the Tanzanian government has put in place since the Committee expressed itself on this issue. The broader aim of the case discussion is to highlight the role of states in upholding socio-economic rights, particularly the right to education, and to reflect on measures that states can put in place to advance the right to education of girls. For purposes of advancing this discourse, the case summary also gives a comparative analysis of Sierra Leone, where a similar policy that banned pregnant girls from attending school was in place. A feminist approach is used, to bring out the underlying power imbalances and socialisation that underly these policies.

1 United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (ESCR Committee) General Comment 13, on the right to education (8 December 1999), UN Doc E/C.12/1999/10 (General Comment 13).

2 General Comment 13 (n 1) para 1.

3 Human Rights Watch 'The education deficit: Failures to protect and fulfil the right to education in global development Agendas, https://www.hrw.org/sites/default/files/accessible_document/educationdeficit0616_accessible.pdf (accessed 10 August 2023).

4 *Legal and Human Rights Centre and the Centre for Reproductive Rights (on behalf of girls in Tanzania) v Tanzania*, Communication 12/Com/001/2019 African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, Decision 2/2022, adopted at the African Children's Committee at its 39th session (21 March-1 April 2022) (*Tanzanian Schoolgirls* case).

2 BACKGROUND AND FACTS

The retrogressive policy that was being enforced in Tanzania brought to the fore an ongoing human rights violation that called for immediate redress. Due to the gravity of the violation, and the need to right this wrong, the matter was brought before different mechanisms, including the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) in *Tike Mwapibile*,[5] and before the East African Court of Justice in *Inclusive Development for Citizens*.[6] These cases were brought on behalf of Tanzanian girls who sought to have the ban lifted. In *Tike Mwabipile,* the African Court noted the decision of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child (African Children's Committee) in the *Tanzania Schoolgirls* case, and declared it inadmissible on the basis of having been 'settled' already according to applicable human rights standards.[7]

The communication before the African Children's Committee, which is the focus of this analysis, was brought by Legal and Human Rights Centre (LHRC) and the Centre for Reproductive Rights (CRR) on behalf of girls in Tanzania. The basis of the communication was an existing policy that expelled pregnant girls from school and barred these girls from returning to school. This prohibition on attending school for both primary and secondary school girls was preceded by forced pregnancy testing, and expulsion from school if the girls are pregnant or married.

This led to numerous schoolgirls dropping out of school as a result of pregnancy. Human Rights Watch reported that approximately 15 000 girls drop out of school yearly due to pregnancy.[8] The education regulations in Tanzania prescribe none of these practices. Specifically, the Expulsion and Exclusion of Pupils from School Regulation 2002 GN 295 of 2002[9] does not provide for this.

3 THE ADMISSIBILITY TEST

Before an analysis of the merits of the case, the Children's Committee analysed the admissibility of the communication. This was guided by article 4 of the African Children's Charter (setting out the 'best interest of the child' as overriding principle) and the Revised Communication

5 *Tike Mwambipile & Equality Now v Tanzania*, Application 42/2020 African Court on Human and Peoples' Rights (*Tike Mwambipile* case).

6 *Inclusive Development for Citizens, and Centre for Strategic Litigation v Attorney General of the United Republic of Tanzania*, Reference 10 of 2020, file 28 April 2020 (pending).

7 *Tike Mwambipile* case (n 5) para 61, applying art 56(7) of the African Charter: the Court decided the case on 1 December 2022, some two and a half months after the African Children's Committee finalised the *Tanzanian Schoolgirls* case (on 16 September 2022).

8 Human Rights Watch (n 3).

9 The Expulsion and Exclusion of Pupils from School Regulation 2002 GN 295 of 2002.

Guidelines that stipulate that non-governmental organisations (NGOs) that are recognised by one or more member states of the African Union (AU) can submit a communication to the Committee. Both LHRC and CRR are NGOs recognised in Tanzania and also enjoy observer status with the Committee, hence they have standing before the Committee.

3.1 Prior settlement of the communication

A first important consideration in the admissibility of a communication was whether the communication brings to the fore any matters pending settlement or previously settled by any other international body or procedure.[10]

The African Children's Committee, referencing *Project Expedite Justice & Others v The Sudan,*[11] made a determination that this matter had not been settled previously. It emphasised the fact that this requirement seeks to prevent conflicting decisions, and also to ensure that states are not being sued in multiple instances for the same alleged violation. The respondent state argued that this matter was pending before other mechanisms, in particular the Special Rapporteur on Education and the Working Groups on Discrimination against Women in Law and Practice.[12] However, the Committee held that these special mechanisms did not have the mandate to issue any form of relief or decision on complaints they receive and, hence, it could not be considered that the matter is pending or has been settled in another judicial or quasi-judicial tribunal.[13] Submission of matters to these procedures do not qualify as matters 'pending settlement or previously settled' under section 9(1)(c) of the Guidelines, hence the Committee is not prevented from considering the communication.

3.2 Exhaustion of local remedies

A second consideration was whether the complainants had exhausted domestic remedies. According to section 11(1)(d)[14] of the Committee's Revised Communication Guidelines, a communication is admissible following the exhaustion of local remedies unless the procedure is prolonged or ineffective. In this instance CRR and LHRC argued that the remedies had been prolonged, and were not available or effective. Tanzania argued that local remedies were still available and effective.

The Children's Committee noted that the domestic remedy had taken over seven years, and the appeal had taken two years without the Court of Appeal fixing a date for hearing of the case. Among other

10 Sec 9(1)(c) of the Revised Communication.

11 *Project Expedite Justice v The Sudan* Communication 1/20018 on admissibility 1/2019.

12 *Tanzanian Schoolgirls* case (n 4) para 11.

13 *Tanzanian Schoolgirls* case (n 4) para 13.

14 Sec 11(1)(d) of the Revised Communication Guidelines.

aspects, the Court found that although the remedy in the present case is available, it has been 'unjustifiably and unduly prolonged' and this makes it difficult for the complainant to approach or pursue such a remedy.[15] In making its determination, the Committee underscored the fact that each communication would be examined on a case-by-case basis, and referenced the African Commission on Human and Peoples' Right (African Commission) and the Inter-American Court of Human Rights. The African Commission as well as the Inter-American Court of Human Rights have both indicated the that the availability and effectiveness of a local remedy is assessed on a case-by-case basis.[16]

3.3 Submission within a reasonable period

The African Children's Committee further considered whether the communication met the criteria established under section 11(1)(e) of the Revised Communication Guidelines, which stipulates that communications should be established within a reasonable time following the exhaustion of local remedies. It is important to note that the Guidelines do not provide a specific timeline. However, the requirement seeks to avoid delays, and avert 'abuse of the right to submission'[17] in other jurisdictions.

In its determination, the Committee referenced the Human Rights Committee, and emphasised that any delay must have reasonable justification.[18] The Committee held that this particular communication brought on behalf of the pregnant girls in Tanzania had been submitted within a reasonable time.

Having assessed all the admissibility tests, the communication was cleared to move to the next phase, and the Children's Committee sought to examine the merits of the communication prior to issuing its decision.

4 MERITS OF THE CASE

4.1 Parties' arguments

The main allegation by LHRC and CRR (on behalf of the pregnant girls) was the failure by Tanzania to uphold its obligation to respect, protect and fulfil the rights of girls in Tanzania. This is in contravention of numerous provisions of the African Children's Charter. By enforcing

15 *Tanzanian Schoolgirls* case (n 4) para 19.

16 *Anuak Justice Council v Ethiopia* (2006) AHRLR 97 (ACHPR 2006) para 49; *Fairén-Garbi and Solís-Corrales v Honduras* IACHR (15 March 1989) Preliminary Objection, para 89.

17 Art 3 of Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966.

18 HRC Communication 767/1997, *Mr Vishwadeo Gobin v Mauritius* (16 July 2001) para 6.3.

mandatory pregnancy testing in schools, expelling pregnant and married learners from schools, denying girls re-entry into schools after childbirth, and the illegal detention of pregnant girls contravened several provisions of the African Children's Charter: the girls' rights to education (article 11); the right to equality and non-discrimination (article 3); the right to be protected from harmful social practices and stereotypes (article 21(d)); the principle of the best interests of the child (article 4); the right to health as it includes the right to access sexual and reproductive health services (article 14); the right to privacy and dignity (article 10); the right to be free from cruel, inhuman and degrading treatment (article 16); and the right to general measures of implementation (article 1).[19]

Tanzania submitted that none of these rights had been violated, and it had endeavoured to ensure access to education by offering free primary education, and also secondary education. The respondent state further argued that the limitations on the rights were justifiable since they were aimed at achieving certain results. In addition, Tanzania averred that they sought to promote African values and morality in the education sector since sexual relations among children is against African values.

4.2 Issues for determination

The Children's Committee identified the following as the key issues for its determination:

(a) Is there is a policy and practice that has led to forced testing of schoolgirls, and expulsion from school?

(b) Do these acts by Tanzania violated various rights under the African Children's Charter?

(c) Are the applicants entitled to any remedy**?**

4.3 Committee's merits decision

Having reviewed and analysed the parties' arguments, the African Children's Committee found that Tanzania was in violation of the following articles: its obligations under article 1; article 3 on non-discrimination; article 4 on the best interests of the child; article 10 (on protection of privacy); article 11 (on education); article 14 (on health and health services); article 16 (on protection against child abuse and torture); and article 21 (on protection against harmful social and cultural practices).

The Children's Committee further recommended that the respondent state undertakes the following:

(a) prohibit mandatory pregnancy testing in schools and health facilities and make the prohibition public;

19 *Tanzanian Schoolgirls* case (n 4) para 109.

(b) review the Education (Expulsion and Exclusion of Pupils from School) Regulations, 2002 GN 295 of 2002;

(c) put in place measures aimed at preventing expulsion of girls from school, and put in place re-entry policies for pregnant girls;

(d) admit girls that had been expelled from school;

(e) take measures aimed at eradicating child marriage and other harmful practices.

The African Children's Committee's decision re-affirmed the importance of protection, and safeguarding the rights stipulated in the African Children's Charter. This decision is not only relevant for adolescent girls in Tanzania but for all girls across the continent in all the other countries are state parties to the Charter.[20]

5 COMPARATIVE STUDY WITH SIERRA LEONE

This decision by the African Children's Committee came hot on the heels of the decision by the Economic Community of West African States (ECOWAS) Community Court of Justice (ECOWAS Court) in the case of *WAVES & Another v Sierra Leone*.[21] In December 2019 the ECOWAS Court expressed itself on the issue of a ban that existed in Sierra Leone that led to numerous girls not accessing education.

This case was brought by Women Against Violence and Exploitation in Society (WAVES) and Child Welfare Society (CWS), two NGOs in Sierra Leone on behalf of Girls in Sierra Leone. As in the case of Tanzania, pregnant adolescent girls in Sierra Leone had been prohibited from attending public schools, and subsequently undertaking examinations. The government of Sierra Leone equally had not put in place any measures to address the rising cases of teenage pregnancies despite having adopted a National Strategy for the Reduction of Teen Pregnancies. To further perpetuate discrimination, the Sierra Leonean government provided alternative schools for pregnant girls, and these institutions did not offer the same standards as other public schools.

This was in contravention of numerous legal instruments, including the Convention against Discrimination in Education (CADE), which provides that the establishment of separate educational systems or institutions for persons or groups of persons contravened the right to non-discrimination.[22]

20 By December 2023, 50 states have become party to the African Children's Charter; see www.au.int/en/treaties (accessed 8 December 2023).

21 *Women against Violence in Society and Child Welfare Society, Sierra Leone v Sierra Leone*, Judgment ECW/CCJ/JUD/37/19, ECOWAS Court of Justice (12 December 2019 (*WAVES* case)).

22 The Convention Against Discrimination in Education (CADE) was adopted by the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO) on 14 December 1960 and entered into force on 22 May 1962.

To put into effect this retrogressive ban, the education minister of Sierra Leone had issued a statement, which was widely enforced in public schools across Sierra Leone. Among others, the plaintiffs detailed the different violations that this ban had perpetuated. These included the violation of the right to non-discrimination that hampered the right to education as provided in the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter) and the Protocol to the Charter on the Rights of Women in Africa (Women's Rights Protocol). Article 12 of the African Women's Protocol expounds on the right to education and stipulates states' obligation to eliminate all forms of discrimination against women, to ensure equal opportunity and access to education and training. Article 12 also emphasises states' obligations to promote the enrolment and retention of girls in schools.[23] This stems from the realisation that several barriers exist to girls accessing education or dropping out of school. Additionally, this article acknowledges that the elimination of harmful practices is integral in the realisation of women's and girls' rights to education.[24]

The relief sought by the plaintiffs included declarations that the ban was in contravention of numerous rights, including the right to freedom from discrimination, and the right to education, and ultimately a reversal of the ban.

The Court held that the differential treatment of pregnant girls in the enjoyment of education constituted discrimination against them, as there was no reasonable justification for the differential treatment of the girls who attended school before falling pregnant.[25] The ECOWAS Court found that the setting up of parallel schools that were not up to standard further violated the girls' rights to non-discrimination. The Court ordered the government of Sierra Leone to lift the ban with immediate effect and put in place measures that will address the increasing incidents of teenage pregnancies.

The decision by the ECOWAS Court is an indication of the critical role that human rights instruments play. Having these commitments and rights in statutes gives room for enforcement bodies to hold the different states to account should these states not live up to their obligations.

6 SIGNIFICANCE OF THE DECISION ON THE RIGHT TO EDUCATION

Education is a key human right that is critical in the realisation of all other human rights. Therefore, all states should endeavour to ensure the realisation of the right to education for all children. In the past decade or so, several African countries have proceeded to offer free

23 Art 12 African Women's Protocol.

24 S Wamahiu & C Musembi 'Article 12: The right to education' in A Rudman, C Musembi & T Makunya (eds) *The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa: a commentary* (2023).

25 *WAVES* (n 21).

primary and, in some instances, secondary education in the hope of realizing this socio-economic right.

The ban prohibiting pregnant girls from attending school in Tanzania was not only misinformed but also led to the violation of a particularly key human right. By denying girls the right to education, multiple other rights were violated, particularly the right to non-discrimination whereby the policy targeted girls who already were a vulnerable group.

In the *Nubian Community* case the African Commission underscored the fact that the right to 'non-discrimination is a general principle which permeates the enjoyment of all rights guaranteed in the Charter'.[26] This means that the violation of the freedom of non-discrimination has counter-effects as seen in the regressive bans that were in existence in both Sierra Leone and Tanzania. The differential treatment of pregnant girls in this case is targeted at a group of vulnerable girls, which in itself renders it impossible for girls to enjoy other key human rights. General Comment 13, cited earlier,[27] emphasises that 'education in all its forms and at all levels ought to exhibit the following features: availability, accessibility, acceptability, and adaptability'.[28]

Article 2(2) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)[29] provides for the right to non-discrimination, and this speaks to the right to education. Therefore, states have an obligation to ensure that the provision of the right to education is available in a non-discriminatory manner and ensure access to all. Furthermore, in *Free Legal Assistance Group & Others v Zaire* the African Commission expressed itself on accessibility of the right to education. In this case, the Commission held that a failure to ensure accessibility of education institutions amounts to a violation of the right to education under the African Charter.[30]

The African Commission's Resolution on the Right to Education in Africa underscores states' obligations to ensure that pregnant girls have the opportunity to complete their education.[31] This provision by the Commission emanates from an understanding that girls over the years have been denied access to education due to numerous barriers and cultural practices, including early and forced marriages and unions, as well as female genital mutilation.

26 African Commission *The Nubian Community in Kenya v Kenya* Communication 317/06 para 123; *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme v Zambia* (2000) AHRLR 321 (ACHPR 1996) para 22.

27 General Comment 13 (n 1).

28 1999, E/C.12/1999/10, https://www.refworld.org/docid/4538838c22.html (accessed 10 August 2023).

29 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights (accessed 20 July 2023).

30 *Free Legal Assistance Group & Others v Zaire* (2000) AHRLR 74 (ACHPR 1995) para 11.

31 Resolution on the Right to Education in Africa ACHPR/Res. 346 (LVIII) 2016.

Girls continue to face numerous barriers in their quest to access education. These challenges include the societal beliefs that a boy's education is more integral than that of girls.[32] This has permeated the fibre of society, hence the emergence of such policies prohibiting girls from attending school. Therefore, it cannot be overemphasised why such decisions by the African Children's Committee are critical in putting to an end such retrogressive policies since they are normalised due to existing gender disparities.

In addition, teenage pregnancies continue to pose significant challenges as far as access to education for girls in many developing countries is concerned.[33] In most instances, when girls fall pregnant, that marks the end of their education since there are no deliberate measures to ensure that girls can return to school after giving birth. The stigma that accompanied such a pregnancy, and the failure by states to adopt measures and policies supporting young mothers to continue with schooling render it impossible for girls to proceed with their schooling. In the ECOWAS Court decision against the government of Sierra Leone,[34] the Court ordered Sierra Leone not only to revoke the ban, but also to put in place programmes and campaigns that will support teenage mothers to attend school, and to also incorporate sexual and reproductive health education as part of school curricula. Similarly, in the African Children's Committee's decision against Tanzania, the Committee urged Tanzania to provide sexuality education for adolescent children and provide child-friendly reproductive health services.

This recommendation was largely informed by the fact that affording adolescent girls these services and knowledge allows them to make better-informed decisions as far as their reproductive rights are concerned, which ultimately reduces the cases of teenage pregnancy. In fact, young people have called for their right to the provision of sexuality education.[35] This, therefore, calls on leaders and states to ensure the realisation of this right as it has ripple effects on the right to education, not only on the learners currently in school but also for future generations.

The multitude of challenges that girls face in accessing education is well documented in the region, and with this information and bearing in mind the structural barriers that girls encounter in education, states such as Tanzania and other states in Africa ought to have policies that promote girls' rights to education. In fact, governments in sub-Saharan

32 A Chigona & R Chetty 'Girls' education in South Africa: special consideration to teen mothers as learners' (2007) 3 *Journal of Education for International Development* 1.

33 As above.

34 *WAVES* (n 21).

35 https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260770 (accessed 13 August 2023).

Africa have continued to do very little to eliminate the existing discrepancies as far as access to education is concerned.[36]

The adoption and enforcement of a ban that discriminates against girls' rights to education is arising from the failure by the government to intentionally eradicate stereotypes that undermine girls' rights to education. This is fuelled by a failure to recognise that girls ought to be afforded equal opportunities in all spheres of their lives. Additionally, some states continue to underestimate the integral role of women – and girls – in achieving a wide variety of development goals.[37]

7 CONCLUSION

The enactment of domestic laws on the right to education in different African countries is a right step towards advancing this right. However, the enactment of these laws is not sufficient. Implementation is key. This is critical as the progress in promoting the right to education has been very slow,[38] which may be partly attributed to the existence of punitive policies and regulations that bar pregnant girls from attending school or returning to school.

The 2030 Agenda that encapsulates the Sustainable Development Goals (SDGs)[39] indicates that the realisation of all the goals is inextricably linked. Quality education, good health and well-being, gender equality and human rights are intrinsically intertwined.[40]

Investing in girls' education and ensuring that all structural barriers are removed will go a long way towards enhancing not only the right to education, but also the enjoyment of numerous other rights of women and girls. To advance the realisation of SDGs, which is what many states have committed to do, girls' right to education ought to be safeguarded and promoted at all times. The existing stigma and stereotypes surrounding the enhancement of the right to education must be dealt with. This will include concerted efforts between different state agents. State parties have immediate obligations as far as the right to education is concerned. The right ought to be exercised in a non-discriminatory manner, and states must take 'deliberate, concrete and targeted' steps aimed at the realisation of the right to education.[41]

36 R Meena quoted in 'Africa: women are losing the battle for education' *Win News* (2001), http://findarticles.com/p/articles/mi_m2872/is_2_27/ai_75099774 (accessed 15 July 2023).

37 E Johannes 'Women's education in sub-Saharan Africa: obstacles facing women and girls' access to education: the case of Kenya' (2010) *Kenya Studies Review* 57.

38 African Union, Economic Commission for Africa, African Development Bank, UNDP Africa Sustainable Development Report, https://www.undp.org/africa/publications/2022-africa-sustainable-development-report (accessed 15 September 2023).

39 Sustainable Development Goal 4 calls for the elimination of gender disparities in education, and ensuring equal access to all levels of education.

40 https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260770 (accessed 11 August 2023).

41 General Comment 13 (n 1).

Wamahiu and Musembi aver that some of the key issues that perpetuate gender discrimination in schools are the retrogressive pregnancy policies, and discrimination against students on basis of regulations on hairstyle and dress.[42] This observation goes to the root of the continued contravention of the right to education, and girls are disproportionately affected by these policies and regulations.

Article 17 of the African Charter[43] and article 11 of the African Children's Charter[44] guarantee the right to education and equal access to education. These provisions offer guidelines that states must take up and implement as far as realising this right. The three legal instruments were quite intentional in providing for the right to education, as there is an acknowledgment of the important role that this right plays in the lives of everyone and, more so, those of women and girls.

Education, being a fundamental right, must be realised for all adolescents in an inclusive and equitable manner, and considering their vulnerabilities. The decision of the African Children's Committee's in *Tanzanian Schoolgirls* case and the *WAVES* case, decided by the ECOWAS Court, are a testament to some of the progressive decisions emanating from the regional mechanisms that continue to guarantee the rights of girls. More importantly, these decisions serve as a reminder to all state actors that they ought to live up to their obligations and ensure that the right to education of girls is always safeguarded.

The decisions by the ECOWAS Court and the African Children's Committee constitute important jurisprudence as far as advancing girls' jurisprudence in Africa. It is hoped that in coming years we will see fewer such policies in African countries, and more initiatives that are aimed at safeguarding the rights of girls to education. It is incumbent on all states on the continent to ensure that these rights are realised. Indeed, the right to education is the gateway to the realisation of all the other human rights, and this right should be safeguarded and always promoted.

42 Wamahiu & Musembi (n 24).

43 Art 17 African Charter.

44 Art 11 African Children's Charter.