African Human Rights Yearbook
Volume 2 (2018)

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 2 of the *Yearbook*, published in 2018, contains 21 contributions by scholars from Africa and beyond.

Annuaire africain des droits de l'homme
Volume 2 (2018)

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 2 de *l'Annuaire*, publié en 2018, contient 21 contributions de chercheurs du continent et d'ailleurs.

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

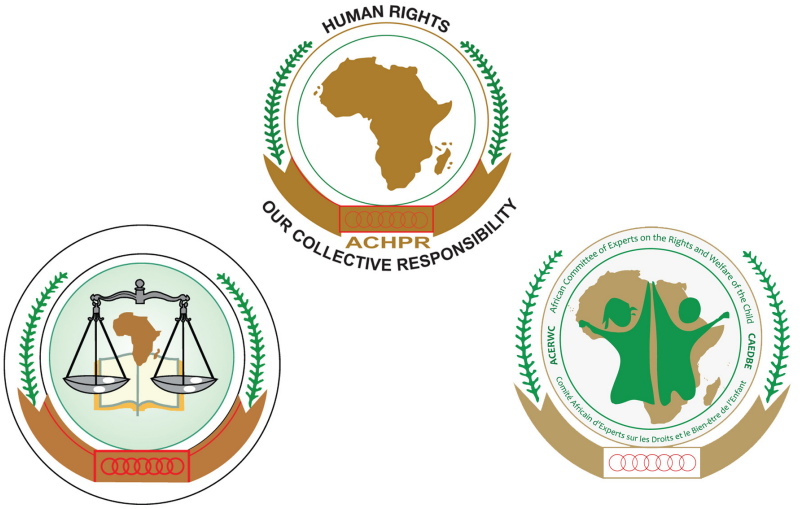
ISSN: 2523-1367

African Human Rights Yearbook
Annuaire africain des droits de l'homme
Volume 2 (2018)
PULP

African Human Rights Yearbook
Annuaire africain des droits de l'homme
Volume 2 (2018)

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

2018 (Volume 2)



Pretoria University Law Press
PULP

2018

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:

United Litho, Johannesburg

To order, contact:

PULP, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria, South Africa, 0002
Tel: +27 12 420 4948, E-mail: pulp@up.ac.za
www.pulp.up.ac.za

Cover:

Yolanda Booyzen, Centre for Human Rights

ISSN: 2523-1367
© 2018

THIS YEARBOOK SHOULD BE CITED AS (2018) 2 *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 theme of the African Union for the year of publication, which in 2018 is 'Winning the fight against corruption: a sustainable path to Africa's transformation'.

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.pulp.up.ac.za

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

Centre for Human Rights
UNIVERSITY OF PRETORIA

The financial assistance of GIZ is gratefully acknowledged.

german cooperation
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Implemented by giz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Annuaire africain des droits de l'homme (AADH)

Publié par:

Pretoria University Law Press (PULP)

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

Imprimé et relié par:

United Litho, Johannesburg

Pour commander veuillez contacter:
PULP, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria, South Africa, 0002
Tel: +27 12 420 4948, E-mail: pulp@up.ac.za
www.pulp.up.ac.za

Conception de la couverture:

Yolanda Booyzen, Centre for Human Rights

ISSN: 2523-1367
© 2018

CITATION (2018) 2 *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 2018, « Gagner la lutte contre la corruption: un chemin durable vers la transformation de l'Afrique ».

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.pulp.up.ac.za

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

L'aide financière de GIZ est reconnue avec gratitude.

Implemented by

International advisory board
Comité consultatif international

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

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

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

Suzanne Ntyam Ondo Mengue
Judge of the African Court on Human and Peoples' Rights
Judge of the Supreme Court of Cameroon
Juge à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
Juge à la Cour suprême du Cameroun

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

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

Gérard Niyungeko
Judge, Former President of the African Court on Human and Peoples' Rights
Former President of the Constitutional Court of Burundi
Professor of Law, University of Burundi
Juge, Ancien Président de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
Ancien Président de la Cour constitutionnelle du Burundi Professeur de droit, Université du Burundi

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

Editorial committee
Comité de rédaction

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

Romola Adeola
Post-doctoral fellow, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria
Post-doctorante, Centre for Human Rights, Faculté de Droit, Université de Pretoria

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

Mame Penda Ba
Agrégée des facultés de droit, Professeur de droit, Université Gaston Berger, Sénégal
Professor, Université Gaston Berger, Sénégal

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

Patrick Eba
UNAIDS Country Director, Central African Republic
Directeur Pays de l'ONUSIDA République Centrafricaine

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

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

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

Augustin Somé
Coordinateur, Centre d'information et de documentation citoyennes, Ouagadougou, Burkina Faso
Coordinateur, Centre d'information et de documentation citoyennes, Ouagadougou, Burkina Faso

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

assisted by **Thomas White**, student, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria
assisté par **Thomas White**, *étudiant, Centre for Human Rights, Faculté de Droit, Université de Pretoria*

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

and/et

Papa Sy
Faculty of Law, Université Gaston Berger, Senegal
Faculté de droit, Université Gason Berger, Sénégal

Contents
Table de matière

Acknowledgments	**xi**	
Preface / Préface	**xii**	
Editorial / Éditorial	**xv**	

I
ARTICLES FOCUSED ON ASPECTS OF THE AFRICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM AND AFRICAN UNION HUMAN RIGHTS NORMS

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

Le système africain de protection des droits de l'homme et le droit international humanitaire	**1**	*Abelungu, Junior Mumbala & Cirimwami, Ezéchiel Amani*
Les grands silences jurisprudentiels de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples	**24**	*Adjolohoun, Sègnonna Horace*
The normative power of the right to self-determination under the African Charter and the principle of territorial integrity: competing values of human dignity and system stability	**47**	*Anyangwe, Carlson*
Perspective d'une fusion entre la Commission et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: quel scenario possible pour une unification du contentieux régional africain des droits de l'homme?	**72**	*Badugue, Patrick*

The application of African Union (human rights) law in Uganda: trends and prospects from a comparative review	89	*Kabumba, Busingye*
Signs of triumph, trial and tribulation: reflections on the domestication and implementation of article 9 of the Women's Rights Protocol in Namibia	131	*Kariseb, Kennedy*
L'exercice de la compétence contentieuse de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à l'épreuve de la souveraineté des États	153	*Kéké, Sakré*
La déclaration de l'article 34(6) du Protocole de Ouagadougou dans le système africain des droits de l'homme: entre régressions continentales et progressions régionales	179	*Kemkeng, Carole Valérie Nouazi*
Follow-up as a 'choice-less choice': towards improving the implementation of decisions on communications of the African Children's Committee	200	*Mezmur, Benyam Dawit & Kahbila, Mbuton Ulrike*
The interpretation of the right to mental health in the Africa and American systems	223	*Wachira, Miriam & Cassell, Doug*
Assessing Rwexit: the impact and implications of Rwanda's withdrawal of its article 34(6) declaration before the African Court on Human and Peoples' Rights	243	*Windridge, Oliver*
Le mécanisme de garantie des droits de l'homme de la CEDEAO: entre emprunt et appropriation des instruments du système continental	259	*Yougbaré, Robert*
Human rights in the African Union decision-making processes: an inside view of states' reaction to the Activity Reports of the African Commission on Human and Peoples' Rights	295	*Zewudie, Tilahun Adamu*

II
SPECIAL FOCUS ON THE AFRICAN UNIONS' THEME FOR 2018: THE FIGHT AGAINST CORRUPTION

FOCUS SPECIAL SUR LE THEME DE L'UNION AFRICAINE POUR L'ANNEE 2018: LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

Combating corruption-related illicit financial flows from Africa: legal approaches and challenges	321	*Duri, Jorum*
L'hydre de la corruption dans les relations euro-africaines	347	*Hassan, Adam Abdou*
Corruption and the right to vote in free and fair elections in Africa: is the will of the people on auction?	375	*Murimi, Edward Kahuthia & Kinyunyu, Selemani*

III
CASE COMMENTARIES

COMMENTAIRES DE DECISIONS

The (un)willingness to implement the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights: revisiting the *Endorois* and the *Mamboleo* decisions	400	*Inman, Derek; Smis, Stefaan; Cirimwami, Ezéchiel Amani & Bahalaokwibuye, Christian Bahati*
Will Konaté set African journalists free? Interrogating the promises of an emerging press freedom jurisprudence in African regional courts	427	*Jansen Reventlow, Nani & Adjolohoun, Ségnonna Horace*
Genocide denial and freedom of political expression in the *Ingabire* case	454	*Khamala, Charles A*
Inclusive dialogue, freedom of speech in Rwanda and the milestone decision of the African Court in the matter of *Victoire Ingabire Umuhoza v Republic of Rwanda*	487	*Namwase, Sylvie*

La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: l'affaire *Yogogombaye c. Sénégal* (15 décembre 2009) 509 *Tchikaya, Blaise*

Acknowledgments
Remerciements

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

Dr. Robert Eno, Registrar, African Court
Mr. Nouhou Madani Diallo, Deputy Registrar, African Court
Ms. Grace Wakio Kakai, Head of Legal Division, African Court
Dr. Sègnonna H. Adjolohoun, Principal Legal Officer, African Court
Dr. Mwiza Jo Nkhata, Principal Legal Officer, African Court

Dr. Mary Maboreke, Secretary to the African Commission on Human and Peoples' Rights
Anita Bagona, Legal Officer, African Commission
Estelle Nkounkou, Legal Officer, African Commission

Ayalew Getachew Assefa, Legal Officer, ACERWC

Preface
Préface

The second volume of this *African Human Rights Yearbook* marks the second year of the African Human Rights Decade (2017-2027), declared by the African Union Assembly of Heads of State and Government to advance the promotion and protection of human and peoples' rights in Africa and to deepen the culture of human rights on the continent. Attempts by the AU, AU human rights bodies and state parties to foster human rights and to make real the promise contained in various AU human rights treaties, should be complemented by intellectual engagement and critical scholarly reflection. This publication provides a basis for dialogue and discussion, and aims to contribute to the growth of scholarship on the African human rights system.

The *Yearbook* further aims to serve as a vehicle for strengthening collaboration between the bodies making up the African regional human rights system: the African Commission on Human and Peoples' Rights, the African Court on Human and Peoples' Rights, and the Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child. Its emergence as a publication has followed in the wake of the closer working relationships between all AU bodies with a human rights-related mandate, within the African Governance Architecture.

This particular edition also draws attention to the scourge of corruption in Africa, and its implications for human rights. The year 2018 was declared as African Anti-Corruption Year, following the declaration made at the 29th Assembly of the Heads of State and Government in January 2017. The *Yearbook* therefore also aims to contribute to the theme: 'Winning the Fight against Corruption: A Sustainable Path to Africa's Transformation'. Declarations like this need to become talking points and should involve civil society, in its broadest sense, so that these declarations can speak also to the hearts and minds of the people of the continent.

One of the great shortcomings of our continent is the lack of vibrant discussion and in-depth research and publication on the topics that we as Africans face today. A closer integrated, more prosperous and humane Africa will only fully emerge if the people of the continent are more consistently and meaningfully involved in the substance and processes orchestrated by the AU. Publications like the *Yearbook* provide an opportunity to make infuse the AU's endeavours more people-driven and inclusive.

On behalf of the three AU human rights bodies, and on that of the African Commission on Human and Peoples' Rights, in particular, I

wish to thank the authors who contributed, and everyone who assisted in making this *Yearbook* a reality.

Soyata Maiga
Chairperson, African Commission on Human and Peoples' Rights

Le deuxième numéro de l'*Annuaire africain des droits de l'homme* marque l'an deux de la Décennie africaine des droits de l'homme (2017-2027) déclarée par la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union africaine pour œuvrer à la promotion et à la protection des droits de l'homme et des peuples en Afrique et renforcer la culture des droits de l'homme sur le continent. Les efforts de l'Union africaine, des organes des droits de l'homme de l'Union africaine et des Etats parties de faire avancer les droits de l'homme et de réaliser l'engagement contenu dans divers instruments des droits de l'homme de l'Union africaine doivent être complété par un engagement intellectuel et une réflexion universitaire critique. La présente publication offre une plateforme pour le dialogue et la discussion en même temps qu'elle contribue au développement de la production académique sur le système africain des droits de l'homme.

L'*Annuaire* vise en outre à servir de canal de renforcement de la collaboration entre les trois organes juridictionnels qui forment le système africain des droits de l'homme: la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour 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. Son avènement dans le monde bibliographique a été rendu possible dans le cadre du renforcement des relations entre tous les organes de l'Union africaine ayant un mandat se rapportant aux droits de l'homme au sein de l'Architecture africaine de la gouvernance.

Le présent numéro accorde également une attention particulière au fléau de la corruption en Afrique et à ses implications pour les droits de l'homme. L'année 2018 a en outre été déclarée Année de lutte contre la corruption en Afrique suite à la décision prise à cet égard lors de la 29ème Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union africaine de janvier 2017. L'*Annuaire* vise aussi, par conséquent, à contribuer à la réflexion sur le thème: « Vaincre la corruption: une option viable pour la transformation de l'Afrique ». De telles déclarations doivent devenir des sujets de débat et devraient impliquer la société civile, dans son sens le plus large, de sorte que lesdites déclarations résonnent également dans les cœurs et les esprits des peuples du continent.

L'une des difficultés les plus importantes auxquelles notre continent se trouve encore confronté, c'est l'insuffisance et l'absence de débats larges, éclairés et fructueux, de recherches approfondies et de publications soutenues sur les questions qui préoccupent nos populations. L'avènement prochain d'une Afrique intégrée, plus prospère et humaine ne pourra se réaliser pleinement que si les peuples du continent sont impliqués de manière plus soutenue et pertinente

dans les débats et processus entrepris par l'Union africaine. Les publications de la trempe de l'*Annuaire* offre une opportunité de rendre les engagements de l'Union africaine plus appropriés et inclusifs des peuples.

Je voudrais adresser mes remerciements à tous les auteurs ayant contribué à la richesse du contenu de ce deuxième numéro, ainsi qu'à toutes les personnes qui ont travaillé pour la réalisation de cet *Annuaire*, au nom de nos trois organes de l'Union africaine, et en particulier de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

Soyata Maiga
Présidente, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

Editorial
Éditorial

This second edition of the *African Human Rights Yearbook* is a firm step towards institutionalising this publication. It builds on and extends the scope of the inaugural 2017 edition. While the first edition consisted of 17 articles, in the 2018 *Yearbook* the number of contributions has increased to 21. While the first issue only contained articles, the 2018 *Yearbook* consists of three distinct parts.

The first part contains academic articles that describe and analyse various aspects of the general human rights situation in Africa, with particular reference to the African human rights system, its norms and institutions.

In the second part, the focus falls on the theme of the 55-nation African Union (AU) for 2018 – fighting corruption. The AU Assembly of Heads of State and Government declared 2018 the 'African Year of Anti-Corruption' with the theme 'Winning the Fight against Corruption: A Sustainable Path to Africa's Transformation'. By providing a forum for academic reflection on the topic, this part of the *Yearbook* complements efforts within the AU, such as the establishment of the AU Advisory Board on Corruption and the AU Convention on Preventing and Combatting Corruption, adopted in 2003.

The third part provides a forum to dissect and draw attention to the 'case law' of the three AU human rights bodies: the African Court on Human and Peoples' Rights (African Human Rights Court), the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission), and African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child (African Children's Rights Committee). Given the productivity of the African Human Rights Court over the last few years, it is not surprising that the majority of decisions under review have been handed down by the Court. The jurisprudential output of the African Commission has dwindled in the past few years, and the African Children's Rights Committee still only has a handful of decided cases under its belt. A topic that received particular attention is the withdrawal by Rwanda of its declaration under article 34(6) of the Protocol to the African Charter establishing the African Human Rights Court, allowing direct access to the Court

The contributions appearing here have been solicited through a widely disseminated call for proposals. Selected proposals were subsequently worked into full articles, which were peer-reviewed, and approved articles were developed and edited to make up this edition of the *Yearbook*.

A warm word of thanks goes to all the members of the editorial committee, the international advisory board, authors, reviewers, collaborating partners and supporters. A few people should be singled out: at the African Human Rights Court, dr Horace Adjolohoun, for his professional coordinating role; at the Centre for Human Rights and Pretoria University Law Press, Thomas White, whose consistent dedication spurred on the editorial process, and Lizette Hermann, who single-handedly runs a remarkable operation. The financial support of GIZ is indispensable to this publication.

Frans Viljoen, for the Editorial Committee
November 2018

Cette deuxième édition de l'*Annuaire africain des droits de l'homme* est une étape cruciale vers l'institutionnalisation de cette publication. Elle est fondée sur et étend le champ de l'édition inaugurale 2017. Le nombre de contributions est passé de 17 articles, dans la première édition, à 21 dans cette deuxième édition. En plus, cette édition comporte trois parties importantes, contrairement à la première qui ne comportait que des articles.

La première partie est constituée des articles scientifiques qui décrivent et analysent les divers aspects des droits de l'homme en Afrique, en se référant plus particulièrement au système africain des droits de l'homme, à ses normes et à ses institutions.

La deuxième partie met un accent particulier sur le thème 2018 de l'Union africaine (UA) – comportant en son sein 55 pays membres – la lutte contre la corruption. L'année 2018 a été déclarée par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine comme étant une « Année africaine de lutte contre la corruption » avec comme thème « Vaincre la corruption: une option viable pour la transformation de l'Afrique ». Le fait que cette deuxième édition a servi de cadre pour des réflexions scientifiques relatives au thème de l'année 2018 constitue une contribution aux efforts déployés au sein de l'UA, tels que la création du Conseil consultatif de l'Union africaine sur la corruption et la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, adoptée en 2003.

La troisième partie sert d'attirer l'attention sur et de discuter la « jurisprudence » émanant des trois organes de l'Union africaine chargés de défendre et de promouvoir les droits de l'homme: la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour africaine des droits de l'homme), la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission africaine), le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant. Compte tenu de la production jurisprudentielle de la Cour africaine des droits de l'homme ces quelques dernières années, il n'est pas étonnant que la majorité des décisions analysées dans cette partie soient celles rendues par la Cour. La jurisprudence de la Commission africaine a diminué au cours des dernières années et le Comité des droits de l'enfant en Afrique n'a rendu

jusque-là que très peu de décisions. Le sujet qui a particulièrement retenu l'attention dans cette partie se rapporte au retrait par le Rwanda de sa déclaration faite aux termes de l'article 34(6) du Protocole à la Charte africaine portant création de la Cour africaine des droits de l'homme.

Les contributions publiées dans cette édition ont été obtenues grâce à un appel à contributions que nous avons diffusé à travers divers canaux de communication. Les auteurs dont les résumés d'articles ont été sélectionnés ont par la suite soumis les articles en entier. Ceux-ci ont également été revus par les pairs. Les articles validés ont été finalisés et corrigés afin de constituer cette édition de l'*Annuaire*.

Nos chaleureux remerciements sont adressés aux membres du comité de rédaction, au comité consultatif international, aux auteurs, aux examinateurs, aux partenaires ainsi qu'aux bienfaiteurs. Quelques personnes méritent d'être mentionnées spécifiquement: à la Cour africaine des droits de l'homme, Dr. Horace Adjolohoun, pour son rôle de coordinateur professionel; au Centre for Human Rights et Pretoria University Law Press, Thomas White dont le dévouement constant a stimulé le processus éditorial, et Lizette Hermann, qui gère à elle seule une opération remarquable. L'appui financier de la GIZ a rendu possible cette publication.

Frans Viljoen, au nom du Comité de rédaction
Novembre 2018

I

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

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

Le système africain de protection des droits de l'homme et le droit international humanitaire

Junior Mumbala Abelungu et Ezéchiel Amani Cirimwami***

RÉSUMÉ: Cet article examine la manière dont le système africain de protection des droits de l'homme appréhende le droit international humanitaire (DIH) ou résiste à l'aborder. L'analyse se base essentiellement sur la pratique de la Commission et de la Cour africaines des droits de l'homme et des peuples. L'article examine d'abord si la Commission et la Cour africaines des droits de l'homme et des peuples peuvent interpréter et appliquer les instruments de DIH. Il y répond par l'affirmative. Il analyse ensuite la pratique de ces deux institutions et constate que dans les affaires où celles-ci ont eu l'opportunité d'interpréter ou d'appliquer les règles de DIH, elles se sont caractérisées par une réticence. Enfin, en perspective de la nouvelle Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples, en sa section de droit international pénal, l'article s'interroge également sur l'avenir de l'interprétation et de l'application du DIH.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The African human rights system and international humanitarian law

ABSTRACT: This article examines the way in which the African human rights system tackles or resists to tackle issues relating to international humanitarian law (IHL). The analysis conducted therein is essentially based on the practice of both the African Commission of Human and Peoples' Rights and the African Court of Human and Peoples' Rights. In examining whether the African Court and the African Commission may interpret and apply IHL instruments, this article argues that they do in fact have the power to do so. However, on the basis of a close scrutiny of both the Commission and the Court's practices, the authors note that in instances where the two bodies could have applied IHL norms and standards, they have refrained from doing so. In the last part, the article questions the prospect of the interpretation and the application of IHL by the new African Court of Justice and Human and Peoples' Rights, essentially through its International Criminal Law Section.

* Docteur en droit (PhD) de l'Université de Gand (Belgique), Master de spécialisation en droit international de l'Université Libre de Bruxelles, Master de spécialisation en droits de l'homme des Universités Catholique de Louvain, Namur et Saint-Louis, Master de spécialisation en Analyse interdisciplinaire de la construction européenne des Universités Catholique de Louvain et Saint-Louis, Professeur de droit international humanitaire et droits de l'homme à l'Ecole de Criminologie de l'Université de Lubumbashi, de droit international public à l'Université Protestante de Lubumbashi et de droit administratif à l'Institut Supérieur de Commerce de Lubumbashi en RD Congo; juniormumbala@ gmail.com

** Doctorant en droit international aux facultés de droit et de criminologie de la Vrije Universiteit Brussel et de l'Université Catholique de Louvain (Cotutelle), LLB en droit (Université Officielle de Bukavu), LLM en droit international humanitaire et droits de l'homme (Université Catholique de Bukavu), Ancien Substitut du Procureur de la République et actuellement Juge en RD Congo; Ezechiel. Cirimwami.Amani@vub.be

JM Abelungu & EA Cirimwami 'Le système africain de protection des droits de l'homme et le droit international humanitaire'
(2018) 2 *Annuaire africain des droits de l'homme* 1 - 23
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a1

MOTS CLÉS: Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, droit international humanitaire, droits de l'homme, interprétation, application

SOMMAIRE:

1 Introduction ... 2
2 La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et la mise en œuvre du DIH ... 5
3 La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la mise en œuvre du DIH ... 3
3.1 Fondement de l'application complémentaire des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans 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 ... 13
3.2 La pratique de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en matière d'interprétation et d'application du DIH ... 18
4 Perspectives de mise en œuvre du DIH par la future Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples ... 21
5 Conclusion ... 22

1 INTRODUCTION

L'Afrique est généralement présentée comme le continent où les conflits armés sont permanents. Ces derniers, dans la plupart de cas, remettent en question le droit censé être d'application, le droit international humanitaire (DIH). Ceci devait normalement conduire à une certaine judiciarisation desdites situations devant les instances régionales ou internationales.

Dans le cadre de son système régional de protection des droits de l'homme, l'Afrique s'est dotée notamment de la Commission et de la Cour africaines des droits de l'homme et des peuples. Celles-ci sont habilitées à se prononcer sur des différends ou questions impliquant principalement l'interprétation et l'application des droits de l'homme sous cet angle. C'est aussi le cas du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) qui se charge notamment de la promotion, de la protection et de l'interprétation des droits de l'enfant consacrés par la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.[1] Bien plus, le DIH ne se trouve pas moins concerné par ces mécanismes.

En effet, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte) indique en ses articles 60 et 61 respectivement les « « sources » du droit dont la « Commission s'inspire » dans l'accomplissement de sa mission, [et les] « sources » du droit qu'elle « prend aussi en considération comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit » ».[2] « En réalité ce cadre de référence est plus large encore puisqu'à titre de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, est pris en compte tout le droit

1 Lire l'article 42 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

2 M Kamto 'Article 61' 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) 1117.

international pertinent ».[3] Tout ceci dans le but de donner une meilleure protection des droits humains.[4] Et tenant compte des Conventions de Genève de 1949 et de leurs Protocoles additionnels dans l'examen des questions du DIH dans le cadre de sa première communication interétatique – Communication 227/99, *République Démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda, Ouganda* – la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a ainsi considéré en vertu des articles 60[5] et 61[6] précités, ces instruments du DIH comme « principes généraux du droit reconnus par les Etats africains ».[7]

Par ailleurs, le DIH peut également être au cœur de débats non à titre subsidiaire ou d'inspiration comme c'est le cas au niveau de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Commission africaine) mais à titre principal, précisément au niveau de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Cour africaine). En effet, s'il est admis que la Cour africaine peut être saisie notamment pour des questions juridiques concernant l'interprétation ou l'application de « […] *tout autre* instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les Etats concernés »[8] (nous soulignons), il y a lieu d'admettre donc que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples peut être confrontée directement aux questions du DIH. Cela peut être dans le cadre des « *instruments pertinents des droits de l'homme* » ou encore dans le sens de sa compétence matérielle. Cette dernière se rapporte spécifiquement aux instruments des droits de l'homme qui font expressément référence aux « *règles du droit international humanitaire* » notamment la Convention relative aux droits de l'enfant (art 38), la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (art 22) ou le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes (art 11(1)).

Dans le même sens, le CAEDBE, composante du système africain de protection des droits de l'homme, dans sa mission d'« [i]nterpréter les dispositions de la [Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant] à la demande des Etats parties […] »,[9] se verra directement

3 H Gherari 'La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples' in P Tavernier (dir) *Regards sur les droits de l'homme en Afrique* (2008) 148.

4 E A Ankumah *The African Commission on Human and Peoples' Rights. Practices and procedures* (1996) 182.

5 Lire pour approfondissement E Decaux 'Article 60' in Kamto (n 2) 1105-1116.

6 Lire pour approfondissement M Kamto 'Article 61' in Kamto (n 2) 1117-1140.

7 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 227/99, *République Démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda, Ouganda,* paras 70 et 78, voir aussi les paras 83, 84 et 86.

8 Lire l'article 3(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*, Ouagadougou (Burkina Faso), le 9 juin 1998. Voir aussi l'article 7 au sujet du 'droit applicable' et T Ondo 'La jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: entre particularisme et universalité' (2017) 1 *Annuaire africain des droits de l'homme* 245-246.

9 Lire l'article 42 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

confronté au DIH par l'interprétation précisément de l'article 22 précité.

Toutefois dans les faits, la pratique régionale africaine – tout comme celle internationale d'ailleurs – atteste que « les Etats sont peu enclins à engager des affaires contentieuses contre d'autres Etats ».[10] Essentiellement au niveau africain, une telle attitude trouve son origine ou sa justification dans une approche centrée sur la communauté en démarcation du système occidental axé sur l'individu.[11] En effet, la « solidarité au sein de l'entité communautaire »[12] est donc la base dans le système africain des droits de l'homme. Ceci « exclut donc tout individualisme tout en incorporant l'individualité de chacun des membres de la communauté ».[13] Ce communautarisme privilégiera donc l'harmonie au point d'exclure le règlement judiciaire. Ainsi, l'Afrique – notamment celle traditionnelle - sera marquée par un droit « essentiellement conciliatoire et non contentieux ».[14] Néanmoins, tout en se démarquant en même temps du cadre universel en prenant en considération et en affirmant ses spécificités régionales,[15] le système africain de protection des droits de l'homme s'inscrit dans la continuité de l'universalité des droits de l'homme. Il est d'ailleurs vu « comme un moyen de renforcer [cette] universalité ».[16]

Bien plus, dans le cadre de la Cour africaine notamment, les Etats sont peu enthousiasmés à accepter la compétence de celle-ci pour recevoir des requêtes des ONG et des individus contre eux, conformément à l'article 34(6) du Protocole de Ouagadougou. Seul un

10 G Niyungeko 'La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: défis et perspectives' (2009) 79 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 736.

11 M Kamto 'Charte africaine, instruments internationaux de protection des droits de l'homme, constitutions nationales: Articulations respectives' in J-F Flauss & E Lambert-Abdelgawad (dirs) *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (2004) 11.

12 K Mbaye *Les droits de l'homme en Afrique* (2002) 71.

13 J Matringe *Tradition et modernité dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Etude du contenu normatif de la Charte et de son apport à la théorie du droit international des droits de l'homme* (1996) 69-70.

14 Mbaye (n 12) 72.

15 Lire M Kamto 'Charte africaine, instruments internationaux de protection des droits de l'homme, constitutions nationales: Articulations respectives' in J-F Flauss & E Lambert-Abdelgawad (n 11) 11-13 & 25.

16 A Dieng 'La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: point d'arrivée d'un processus historique' in G M Palmieri (dir) *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples,* Actes du Colloque, Trieste, 30-31 octobre 1987, Institut international d'études des droits de l'homme (1990) 22. Lire aussi K Mbaye 'Les droits protégés et les procédures prévues par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples' in G M Palmieri (dir) *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Actes du Colloque, Trieste, 30-31 octobre 1987, Institut international d'études des droits de l'homme (1990) 33. Lire aussi T Ondo 'La jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: entre particularisme et universalité' (2017) 1 *Annuaire africain des droits de l'homme* 255-262. Dans le même sens, l'article 6 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance du 30 janvier 2007, entrée en vigueur le 15 février 2012, dispose: 'Les Etats parties s'assurent que les citoyens jouissent effectivement des libertés et droits fondamentaux de l'homme en prenant en compte *leur universalité, leur interdépendance et leur indivisibilité*' (nous soulignons).

petit nombre d'Etats[17] parties au Protocole de Ouagadougou ont accepté cette compétence. Le Rwanda, par exemple, avait fait ladite déclaration pour finir par son retrait.[18] Cette clause, « verrou juridique à l'exercice de l'*actio popularis* » compromet gravement le système africain de protection des droits de l'homme.[19]

Pour tout dire, les décisions de la Commission ou de la Cour africaines des droits de l'homme et des peuples en rapport avec le DIH demeurent très rares. Pour celles qui existent, l'absence d'interprétation des dispositions du DIH voire leur simple citation reste remarquable. Il va sans dire que ces deux instances africaines des droits de l'homme n'offrent pas toujours l'occasion de laisser entendre leurs points de vue sur le contenu du DIH.

Ainsi, mettant de côté le travail du CAEDBE, la présente réflexion s'efforce d'examiner essentiellement la manière dont la Commission ou la Cour africaines appréhendent le DIH sur ces rares décisions ou résistent à l'aborder. Elle tente d'évoquer également les raisons de telles attitudes. En outre, elle s'efforce d'épingler les décisions devant en principe bénéficier d'une lumière en DIH. Et en perspective de la nouvelle Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples, le présent article s'interroge sur l'avenir de l'interprétation et de l'application du DIH.

Pour ce faire, il sera d'abord question d'analyser comment la Commission africaine appréhende le DIH, avant d'étudier la même problématique sous l'angle de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Enfin, en perspective de la nouvelle Cour, la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples, cet article se propose également de cerner l'avenir du DIH au sein de cette nouvelle juridiction.

2 LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES ET LA MISE EN ŒUVRE DU DIH

La mission de la Commission africaine consiste à la promotion et à la protection des droits de l'homme et des peuples tels que consacrés par la Charte; interpréter les dispositions de la Charte et exécuter toutes les

17 Voir http://fr.african-court.org/index.php/about-us/court-in-brief (source consultée le 27 juin 2017). Voir aussi http://fr.african-court.org/index.php/news/press-releases/item/86-la-tunisie-signe-la-declaration-permettant-aux-ong-et aux-individus-de-saisir-directement-la-cour-africaine-des-droits-de-l-homme-et-des-peuples (source consultée le 27 juin 2017).

18 En février 2016, le Rwanda déposait son instrument de retrait de sa déclaration en vertu de l'article 34(6) du Protocole de Ouagadougou. Voir Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, affaire *Kayumba Nyamwasa et autres c. République du Rwanda, Requête n°016/2015, Ordonnance du 3 juin 2016*, 3, paras 3-4.

19 Lire G-F Ntwari 'La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à la croisée des chemins – Bilan des cinq premières années d'activités judiciaires' (2015) 102 375-376.

autres tâches qui pourront lui être confiées par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement[20] (cf. art 45 de la Charte). Et dans sa démarche, se fondant sur les articles 60 et 61 de la Charte, la Commission africaine est ouverte au système international de protection des droits de l'homme. Elle s'inspire des instruments des droits de l'homme dudit système. Ce qui vaut de même pour tout le système africain de protection des droits de l'homme dont la Cour africaine.[21] Ainsi, « [d]e façon générale, la Commission [africaine] utilise intensivement le droit international des droits de l'Homme extérieur à l'Afrique et en particulier la jurisprudence de la Cour [européenne des droits de l'homme], de la Commission et de la Cour interaméricaines des droits de l'Homme et, au plan universel, celle du Comité des droits de l'Homme et divers textes adoptés par les Nations Unies [...] sans qu'il s'agisse nécessairement de conventions au sens propre du terme ».[22] Et dans l'accomplissement de cette mission, le DIH n'est pas absent.

En effet, dans ses activités de « promotion des droits de l'homme et des peuples », la Commission africaine a pris en compte la réalité des conflits armés qui sévissent sur le continent pour se préoccuper de la diffusion du DIH. Lors de sa 12e session ordinaire tenue en octobre 1992 à Banjul (Gambie), la Commission africaine soulignait la nécessité de diffuser et d'appliquer le DIH en période de conflits armés. Consciente des liens qui existent entre les droits de l'homme et le DIH, elle invitait donc les Etats parties aux instruments du DIH à prendre des mesures nécessaires pour la mise en œuvre de celui-ci en période de conflits armés.[23] Et dans une résolution ultérieure entièrement dédiée à la promotion et au respect du DIH et des droits de l'homme et des peuples,[24] la Commission africaine invitera les Etats parties à la Charte

20 Ainsi dans l'exécution de "toutes autres tâches" qui pourront lui être confiées, la Commission africaine peut se voir attribuer la mission de déterminer si la conduite d'un Etat dans un conflit armé est contraire à l'esprit de la Charte. Ce qui ferait logiquement intervenir des questions de DIH. Voir F Z Ntoubandi 'Comment – enforcement of international humanitarian law through the human rights organs of the African Union' in H Krieger (dir) *Inducing compliance with international humanitarian law. Lessons from the African Great Lakes Region* (2015) 302.

21 Lire par exemple l'article 46 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (11 juillet 1990) et le 4e considérant du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (11 juillet 2003).

22 H Gherari 'La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples' in P Tavernier (dir) *Regards sur les droits de l'homme en Afrique* (2008) 148.

23 Lire les paragraphes 11 et 12 de *l'Annexe VII – Conclusions et recommandations du Séminaire sur la mise en oeuvre au Plan national de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 26-30 octobre 1992 à Banjul, Gambie*, in Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Sixième Rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples 1992-1993*, http://www.achpr.org/fr/activity-reports/6/ (source consultée le 9 août 2018).

24 Résolution sur la promotion et le respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme et des peuples, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, réunie en sa 14eme Session Ordinaire, à Addis Abéba, Ethiopie, du 1er au 10 décembre 1993 in http://www.achpr.org/fr/sessions/14th/resolutions/7/ (source consultée le 6 juin 2018).

à adopter des mesures idoines pour la diffusion du DIH et des droits de l'homme et des peuples (art 1) et soulignera la nécessité de former des militaires, policiers et autres agents de l'ordre au DIH et aux droits de l'homme et des peuples (art 2). La Commission fera désormais de la promotion du DIH également son cheval de bataille sur le continent. C'est dans ce sens qu'elle insistera sur sa coopération avec le CICR (art 4) et l'échange régulier d'informations entre acteurs du DIH dont le CICR sur les enseignements et la diffusion du DIH (art 3).

La promotion du DIH sera également marquée dans certaines de ses décisions. C'est notamment le cas de l'affaire *Constitutional Rights Project et autres c. Nigeria* où la Commission affirme que le « gouvernement [Nigeria] doit [...] attacher une attention spéciale [...] aux droits garantis par le droit international humanitaire ».[25] Ou encore dans l'affaire *Amnesty International et autres c. Soudan* où la Commission demande au gouvernement soudanais de prendre toutes les dispositions pour que les populations civiles « soient traitées conformément au droit international humanitaire ».[26] Et dans une mission d'enquête déployée au Soudan, au sujet de la situation humanitaire et des droits de l'homme dans la région du Darfour, la Commission africaine recommandait au « gouvernement [soudanais d'] entreprendre des programmes de formation des forces de police et de sécurité aux principes de droits de l'homme et de droit international humanitaire »,[27] d'enquêter notamment sur les violations du DIH et de traduire leurs auteurs en justice.[28]

Par son observation générale 3 qui « entend guider l'interprétation et l'application du droit à la vie »[29] considéré par sa jurisprudence comme un « droit fondamental, sans lequel les autres droits ne peuvent être mis en œuvre [...] »,[30] la Commission africaine a également appréhendé cette question sous l'angle du DIH. Il ressort de ses analyses que la privation « arbitraire » de la vie en temps de conflits armés s'apprécie suivant les règles du DIH. Pour la Commission africaine « [t]oute

25 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 102/93, *Constitutional Rights project et autres c Nigeria*, in http://www.achpr.org/fr/communications/decisions/?c=55&o=845 (source consultée le 9 août 2018).

26 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 48/90, 50/91, 89/93, *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for human Rights, Association des membres de la Conférence épiscopale de l'Afrique de l'Est c. Soudan*, 26e session ordinaire, novembre 1999, 13e Rapport annuel d'activités, in http://www.achpr.org/fr/communications/decisions/?o=845&p=4 (source consultée le 9 août 2018).

27 Rapport de la mission d'enquête de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans la Région du Darfour, République du Soudan, para 143, in http://www.achpr.org/fr/states/sudan/missions/fact-finding-2004/ (source consultée le 10 août 2018).

28 *Ibid,* para 138, a et b.

29 Lire le Résumé, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Observation générale 3 sur la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: le droit à la vie (article 4), http://www.achpr.org/fr/instruments/general-comments-right-to-life/ (source consultée le 8 août 2018).

30 Lire le Résumé, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Observation générale 3 sur la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: le droit à la vie (article 4), http://www.achpr.org/fr/instruments/general-comments-right-to-life/ (source consultée le 8 août 2018).

violation du droit international humanitaire aboutissant à la mort, y compris les crimes de guerre, sera une privation arbitraire de la vie ».[31] Bien que non signifié, ce raisonnement de la Commission africaine a été longtemps développé par la Cour internationale de justice, voire d'autres,[32] notamment dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaire,* du 8 juillet 1996[33] ou encore dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif* du 9 juillet 2004.[34]

De ce qui précède, s'il est admis que la Commission africaine tient à la promotion des dispositions liées au DIH notamment au plan national, le plus grand problème demeure dans l'interprétation qu'elle donne aux dispositions des conventions de DIH.

Sur le plan de l'exercice de la « fonction contentieuse », mieux au niveau de la protection des droits de l'hommes et des peuples (art 45(1) de la Charte), la Commission ignore presque le DIH alors qu'elle a la possibilité d'y recourir comme « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » (cf. art 61 de la Charte), mieux encore comme « principes généraux du droit reconnus par les Etats africains ».[35]

En effet, dans ses différentes décisions impliquant les questions du DIH, la Commission africaine se remarque par une certaine prise de distance, mieux une réticence, au sujet de l'interprétation des dispositions du DIH. Elle recommande généralement aux parties d'observer les règles idoines du DIH sans dire exactement le contenu et la portée de celles-ci. En d'autres termes, la Commission africaine renvoie aux parties d'interpréter elles-mêmes les règles du DIH car « [i]l n'y a pas d'application sans interprétation ».[36] A titre illustratif, la réticence d' « application » du DIH a été expressément affirmée à la Cour européenne des droits de l'homme « [p]endant des décennies et jusqu'à récemment ».[37] C'est donc la vision stricte de la compétence de la Cour sauf application de la clause dérogatoire qui y prévalait.

31 Lire le Résumé, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Observation générale 3 sur la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: le droit à la vie (Article 4), p. 16. http://www.achpr.org/fr/instruments/general-comments -right-to-life/ (source consultée le 8 août 2018)

32 Lire F Martin 'Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme' (2001) 83(844) *Revue internationale de la Croix-Rouge* 1046.

33 Lire CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaire,* Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Recueil 1996*, 240, para 25.

34 Lire CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, Recueil 2004*, 177-178, para 105.

35 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication n°227/99 République Démocratique du Congo/ Burundi, Rwanda, Ouganda, paras 70 et 78, voir aussi les paras 83, 84 et 86.

36 J-M Sorel 'Convention de Vienne de 1969, article 31 Règle générale d'interprétation' in O Corten & P Klein (dirs) *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Vol. II (2006)1292.

37 L-A Sicilianos 'L'articulation entre droit international humanitaire et droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme' (2017) 27 *Revue suisse de droit international et européen* 5.

Toutefois, même dans le cas d'invocation de la clause de dérogation par le défendeur, il arrivait que la « Cour évite soigneusement de se référer au [DIH] ».[38] Et c'est cette même vision stricte qu'adoptait la Cour interaméricaine des droits de l'homme notamment dans l'affaire *Las Palmeras*, « et ce de manière tranchée et unanime ».[39] Justement dans cette dernière affaire, « la Cour a bien marqué la différence entre « appliquer » et « interpréter » le DIH, en précisant que, bien qu'elle ne soit pas compétente pour appliquer ce dernier, elle l'est pour interpréter la Convention américaine à la lumière de celui-ci ».[40] Attitude que devait adopter la Commission africaine au regard de l'article 61 de la Charte.

A propos de la Commission africaine, l'examen de deux communications précédemment citées atteste cette position. Et la plus remarquable reste l'analyse de sa première communication interétatique – Communication 227/99, *République Démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda, Ouganda*.

Rappelons préalablement qu'il s'agit d'une première communication étatique. En effet, plusieurs années devraient donc être observées avant qu'une première communication interétatique ne soit introduite auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.[41] A la base, le règne de la tradition juridique africaine de conciliation sur le règlement judiciaire. Et cette même attitude conciliatoire associée à la crainte des Etats africains de voir leur responsabilité engagée par une cour supranationale régionale du fait de leurs diverses violations des droits de l'homme, ou mieux l'attachement de ces Etats à leur souveraineté chèrement et fraîchement acquise, justifieront le rejet ou le ralentissement du processus de création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.[42]

En effet, cette communication a soulevé d'importantes questions de DIH sans une interprétation sérieuse de la part de la Commission africaine.

38 L-A Sicilianos 'L'articulation entre droit international humanitaire et droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme' (2017) 27 *Revue suisse de droit international et européen* 5.

39 F Martin 'Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme' (2001) 83(844) *Revue internationale de la Croix-Rouge* 1038.

40 Juana María Ibáñez Rivas 'Le droit international humanitaire au sein de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme' (2017) 11 *Revue des droits de l'homme* 2 http://revdh.revues.org/2799 (source consultée le 9 août 2018).

41 Voir Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 227/99 République Démocratique du Congo/ Burundi, Rwanda, Ouganda, in http://www. achpr.org/fr/communications/decision/227.99/ (source consultée le 12 juillet 2017).

42 T Barsac (2012) *La Cour africaine de justice et des droits de l'homme* 19-21; M Mubiala 'La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire' (1998) 3 *Revue générale de droit international public* 765.

Au regard de son exposé des faits présentant divers cas des crimes de masse indicibles et de pillages commis sur son territoire et attribués aux forces armées du Burundi, de l'Ouganda et du Rwanda,[43] le gouvernement congolais estime qu'il y a eu violations des dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 et du Protocole additionnel I relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux[44] et requiert leur condamnation.

Après avoir soutenu sur la base des articles 60 et 61 de la Charte africaine que les Conventions de Genève et les deux Protocoles additionnels « font partie des principes généraux du droit reconnus par les Etats africains et qu'elle en tient compte dans l'examen de cette affaire »[45], la Commission africaine ne fera qu'énumérer le libellé de ces dispositions et aboutir à des condamnations globales sans aucune analyse sérieuse. C'est donc le cas de l'article 75(2) du Protocole additionnel I,[46] du Titre III de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre,[47] de l'article 56 du Protocole additionnel I,[48] de l'article 23 de la Convention de La Haye (II) relative aux lois et coutumes de guerre,[49] de l'article 76 du Protocole additionnel I,[50] *etc.* D'importantes questions d'occupation soulevées dans le cadre de cette affaire n'ont pas non reçu un sérieux examen.[51] Il est également remarquable que la Commission n'ait pas précisé la relation entre le droit international humanitaire, qui constitue la *lex specialis* en l'espèce, et le droit des droits de l'homme incorporés dans la Charte africaine.[52]

Toutefois, la Commission africaine fait semblant d'analyse lorsqu'elle fait intervenir l'extrait d'un jugement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie – l'affaire *Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landzo* (Jugement Celebici, 16 novembre 1998, paragraphe 587) – pour soutenir l'article 23 de la Convention de La Haye (II) précitée qui se rapporte à l'interdiction de destruction des propriétés ennemies. En clair, la Commission africaine n'y mène aucune analyse sérieuse si ce n'est qu'un simple exercice de « copier-coller ».

43 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication 227/99, *République Démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda, Ouganda,* paras 2-7 in http://www.achpr.org/fr/communications/decision/227.99/ (source consultée le 10 août 2018).

44 Para 9.

45 Paras 70 et 78.

46 Para 71.

47 Paras 79 et 89.

48 Para 82.

49 Para 84.

50 Para 86.

51 Paras 72, 76, 87 et 88.

52 F Z Ntoubandi 'Comment – enforcement of international humanitarian law through the human rights organs of the African Union' in H Krieger (dir) *Inducing compliance with international humanitarian law. Lessons from the African Great Lakes Region* (2015) 305-306.

De ce qui précède, il importe de rappeler qu' « [i]l n'y a pas d'application sans interprétation ».[53] Une règle de droit même claire mérite interprétation. Ainsi, la Commission africaine n'offre pas l'occasion de laisser entendre son point de vue sur les contenus de ces différentes dispositions du DIH. En clair, l'idée reste de voir comment cette institution se sert du DIH ou manipule celui-ci afin d'assurer une interprétation adéquate aux dispositions de la Charte et améliorer ainsi sa mission de promouvoir et de protéger les droits de l'homme sur le continent. Il ne lui est pas aussi impossible à travers une interprétation audacieuse, comme le font d'autres juridictions régionales, de se prononcer directement et explicitement sur le DIH. Ainsi, la position de la Commission africaine ne semble donc pas claire. Il y a lieu de se demander le pourquoi d'une telle situation.

En effet, à première vue, on pourrait se permettre d'arguer que contrairement aux Conventions européenne des droits de l'homme et américaine relative aux droits de l'homme contenant les clauses de dérogation respectivement au niveau des articles 15 et 27, « « fenêtre ouverte » sur l'application contingente du droit international humanitaire »,[54] la Charte africaine ne contient et ne permet donc pas de clauses de dérogation en situations d'urgence.[55] Cette absence ne permettrait donc pas à la Commission de s'étendre, comme le font les Cours régionales européenne et américaine des droits de l'homme, sur le DIH à travers « *les autres obligations imposées par le droit international* ». Mais cette thèse ne saurait être soutenue s'il l'on estime qu'il y a lieu pour la Commission de développer son « pouvoir implicite » en vertu des dispositions dont elle s'inspire pour rechercher une protection efficace aux individus en situation de conflit armé. Et surtout qu'il existe incontestablement dans tous les cas la « clause de sauvegarde » en droit international général auquel s'inscrit non moins la Commission africaine. C'est aussi le sens à réserver aux articles 60 et 61 de la Charte africaine.

D'un autre côté, les prétentions ou argumentations des parties peu développées en DIH, le manque d'expertise dans ce domaine, mieux le manque d'intérêt sur les questions du DIH voire du droit international en général[56] au sein de la composition de cet organe pourraient justifier

53 J-M Sorel 'Convention de Vienne de 1969, article 31 Règle générale d'interprétation' in O Corten & P Klein (dir) *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Vol. II (2006) 1292.

54 F Martin 'Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme' (2001) 83(844) *Revue internationale de la Croix-Rouge* 1055.

55 Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 9e Rapport annuel d'activités, octobre 1995, Communication 74/92, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et Libertés c. Tchad*, para 36; ou *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés c. Tchad* RADH 2000 343 (CADHP 1995); Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 13e Rapport annuel d'activités, novembre 1999, Communications 140/94, 141/94 et 145/95, *Constitutional Rights project et autres c. Nigeria*, para 41, in http://www.achpr.org/fr/communications/decisions/?c=55&o= 845 (source consultée le 9 août 2018), ou *Constitutional Rights Project et Autres c. Nigeria* RADH 2000 234 (CADHP 1999).

56 Lire l'article 31 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

une telle attitude. Logiquement ceci ne semble pas faire progresser le droit international des droits de l'homme et le DIH dans la sphère africaine voire internationale notamment dans leur interaction. D'où, la proposition d'intégrer l'aspect du DIH comme critère de recrutement des Commissaires pour une intégration et une mise en œuvre efficace du DIH dans le système africain de protection des droits de l'homme.[57] Ce qui irait également pour la Cour africaine (cf. *infra*).

Bien plus, le manque d'opportunité pour l'examen des questions liées au DIH par la Commission africaine justifierait aussi le silence de celle-ci. C'est le cas de la Communication 133/94 impliquant *l'Association pour la défense des Droits de l'Homme et des Libertés c. Djibouti.* Cette dernière faisait état des abus dont seraient victimes les membres d'un groupe ethnique de la part des troupes gouvernementales. Cette communication qui aboutissait à un règlement amiable aurait permis à la Commission africaine de faire un développement sur les dispositions du DIH applicables aux civils ne participant pas aux hostilités dans le cadre d'un Conflit armé non-international.[58]

Pour tout dire, il n'y a donc pas une raison juridiquement valable pour la Commission africaine de ne point interpréter le DIH.

3 LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES ET LA MISE EN ŒUVRE DU DIH

L'interaction entre les droits de l'homme et le DIH est l'un des sujets qui ont fait couler beaucoup d'encre.[59] Si la convergence entre les deux disciplines au niveau de la protection de la dignité de la personne

57 F Z Ntoubandi 'Comment – enforcement of international humanitarian law through the human rights organs of the African Union' in H Krieger (ed) *Inducing compliance with international humanitarian law. Lessons from the African Great Lakes Region* (2015) 311.

58 Lire Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 13e Rapport annuel d'activités, novembre 1999, Communications 140/94, 141/94 et 145/95, *Constitutional Rights project et autres c. Nigeria*, §41, in http://www.achpr.org/fr/communications/decisions/?c=55&o=845 (source consultée le 09 août 2018), ou in F Viljoen (dir) *Recueil africain des décisions des droits humains* 2000 (2005) 72-75.

59 Voir notamment R Kolb et G Gaggioli (éd) *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law, Cheltenham and Northampton* (2013); A Orakhelashvili 'The interaction between human rights and humanitarian law: Fragmentation, conflict, parallelism, or convergence?' (2008) 19 *European Journal of International Law* 161-182; M Sassòli et L M Olson 'The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts' (2008) 90(871) *International Review of the Red Cross* 608; H P Gasser 'International humanitarian law and human rights law in non-international armed conflict: joint venture or mutual exclusion?' (2002) 45 *German Yearbook of International Law* 149–162; C Droege 'The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict' (2007) 40 *Israel Law Review* 310-355; Iain Scobbie 'Principle or pragmatics? The relationship between human rights law and the law of armed conflict' (2010) 14 *Journal of Conflict & Security Law* 449-457.

humaine ne fait l'objet d'aucun doute au sein de la jurisprudence des cours régionales européenne[60] et interaméricaine[61] des droits de l'homme (cf. *supra*), sa consécration par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (« la Cour africaine ») apparaît encore timide.[62] A la question de savoir si la Cour africaine fait une application complémentaire des droits de l'homme et du droit international humanitaire, deux principaux points méritent d'être discutés. Si le premier en recherche le fondement dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (3.1), le second analyse la pratique de la Cour africaine sur l'interaction de ces deux corps de règles (3.2).

3.1 Fondement de l'application complémentaire des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans 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

Si l'article 60 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples est plus explicite sur les règles de droit dont s'inspire la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples,[63] une disposition de cette nature est, en revanche, introuvable en ce qui concerne la Cour africaine créée pour compléter et renforcer la mission de la Commission.[64] Les compétences de la Cour africaine sont en effet régies par les articles 3 et 4 du Protocole portant création d'une Cour

60 Voir L-A Sicilianos 'L'articulation entre droit international humanitaire et droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme' (2017) 27 *Revue suisse de droit international et européen* 3-17.

61 Juana María Ibáñez Rivas 'Le droit international humanitaire au sein de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme' (2017) 11 *Revue des droits de l'homme* [En ligne], http://revdh.revues.org/2799, (consulté le 11 août 2018).

62 Voir F Viljoen 'The relationship between international human rights and humanitarian law in the African system: an institutional approach' in E de Wet & J Kleffner (dir) *Convergence and conflicts of human rights and international humanitarian law in military operations* (2014) 303-332.

63 Article 60: 'La Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte'.

64 Voir 8(e) considérant du Préambule 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: 'Fermement convaincus que la réalisation des objectifs de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples nécessite la création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples pour compléter et renforcer la mission de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples'.

africaine des droits de l'Homme et des peuples.[65] Relativement au droit que la Cour applique, la lecture combinée de ces deux dispositions enseigne qu'en matière contentieuse[66] et consultative,[67] la Cour applique la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, le Protocole à la Charte africaine portant sa création et tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme. En claire, la compétence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples n'est pas limitée aux seuls instruments régionaux des droits de l'homme intervenus dans le cadre de l'Union africaine ou de son prédécesseur, l'OUA. Cette compétence s'étend à tous autres instruments relatifs aux droits humains qui s'avèrent pertinents. A ce titre, pour déterminer si les questions relatives au droit international humanitaire pourraient faire partie des compétences de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, il faut préalablement dire si le droit international humanitaire peut être considéré comme un instrument des droits de l'homme. L'exercice n'est en effet pas fameux tant il est généralement considéré que les droits de l'homme sont « des prérogatives, gouvernées par des règles, que la personne (physique ou morale) détient en propre dans ses relations avec les particuliers et le Pouvoir ».[68] Sous cette lecture, il devient difficile de considérer le droit international humanitaire comme un instrument des droits de l'homme et partant, étendre la compétence de la Cour africaine à l'application ou à l'interprétation des règles y relatives.

Dans la pratique de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, deux cas permettent de comprendre l'interprétation que celle-ci fait de « tout instrument pertinent relatif aux droits de l'homme ». D'une part, par la demande d'avis consultatif N°001/2015 introduite par la Coalition pour la Cour pénale et autres, il était notamment demandé à la Cour de dire qu'elle est l'obligation prépondérante entre l'obligation découlant du Statut de Rome en matière de coopération avec la CPI et celle dérivant des résolutions de l'Union africaine qui prescrivent à ses États de ne pas coopérer avec la CPI.[69] Il est clair que cette requête invitait préalablement la Cour africaine, s'elle devait

65 Voir http://www.achpr.org/fr/instruments/court-establishment/#1 (consulté le 11/8/2018). Pour un état de lieu sur les ratifications, voir http://www.achpr.org/fr/instruments/court-establishment/ratification/

66 Article: Compétences de la Cour

> La Cour a compétence pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du présent Protocole, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés.

67 Article 4: Avis Consultatif

> A la demande d'un État membre de l'OUA, de l'OUA, de tout organe de l'OUA ou d'une organisation africaine reconnue par l'OUA, la Cour peut donner un avis sur toute question juridique concernant la Charte ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme, à condition que l'objet de l'avis consultatif ne se rapporte pas à une requête pendante devant la Commission.

68 J Mourgeon (1997) *Les droits de l'homme* 7.

69 Voir Demande d'avis consultatif introduite par 'the Coalition on international criminal court LTD/GTE(CICCN), the Legal defense & assistance project LTD/GTE (LEDAP), the Civil resource development & documentation center (CIRDDOC), the

exercer sa compétence sur le fondement de l'article 4 de son Protocole, de dire si le Statut de Rome est un instrument des droits de l'homme. Sa réponse est restée ambiguë. Elle ne permet pas de dire quels sont les critères pour qu'un instrument juridique donné soit considéré comme relevant des droits de l'homme. En effet, la Cour n'a pas abordé le fond de la question qui lui était soumise. Elle a préféré adopter une attitude formaliste en considérant que la demande d'avis consultatif ne remplit pas les conditions énoncées à l'article 68(2) du Règlement intérieur de la Cour.[70] De l'avis de la Cour, les auteurs de la demande « n'ont pas précisé les dispositions de la Charte ou de tout autre instrument relatif aux droits de l'homme à propos desquels l'avis est demandé » et les « questions soulevées par les auteurs de la demande sont plutôt de l'ordre du droit international public général et ne touchent pas aux questions des droits de l'homme ».[71] La Cour a précisé ensuite que « les points soulevés concernent la hiérarchie des normes en droit international public ».[72] La Cour n'est pas allée jusqu'au bout de son raisonnement en disant clairement quels sont les éléments qui permettaient d'affirmer que les questions qui lui étaient posées relèvent du droit international public que des droits de l'homme. Pourtant, les auteurs ont indiqué s'appuyer en particulier sur les articles 1, 4, 5, 12, 13 et 86 du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale et ont également précisé les circonstances à l'origine de leur demande. La question se posait donc de savoir si le statut de Rome peut être ou non considéré comme un « instrument relatif aux droits de l'homme » aux termes de l'article 4 du Protocole et la Cour aurait dû dès lors y répondre clairement.[73] Le Juge Fatsah Ouguergouz qui s'est départi de l'opinion majoritaire regrette que la Cour n'ait pu élaborer son affirmation selon laquelle les questions soulevées dans la demande d'avis consultatif relèvent du droit international public général et non des droits de l'homme et qu'elles concernent la hiérarchie des normes en droit international public. Pour le Juge Fatsah Ouguergouz, le fait que les questions soulevées touchent au droit international public général et à la hiérarchie des normes en droit international public en particulier, ne signifie pas nécessairement que ces questions soient étrangères aux droits de l'homme.[74] Il considère par ailleurs que « la protection des droits de l'homme que la Cour est chargée d'assurer sur la base du Protocole, est prévue par le droit international et est par définition irriguée par ce droit. De manière générale, toute la question des droits de l'homme est de plus en plus appréhendée par le droit international que ce soit au niveau des sujets, des sources, de la

Women advocate documentation center LTD/GTE (WARDC)'. Ordonnance n°001/2015.

70 'Toute demande d'avis consultatif précisera les dispositions de la Charte ou de tout autre instrument international relatif aux droits de l'homme à propos desquels l'avis est demandé, les circonstances à l'origine de la demande, ainsi que les noms et adresses de représentants des entités ayant introduit la demande'.

71 Voir Paragraphe 18 de l'Ordonnance.

72 *Ibid*.

73 Voir Opinion dissidente du Juge Fatsah Ouguergouz jointe à l'Ordonnance de la Cour, para 17.

74 Voir Opinion dissidente du Juge Fatsah Ouguergouz, para18.

responsabilité internationale ou du règlement pacifique des différends. La matière des droits de l'homme, comme toute autre matière régie par le droit international, est donc susceptible de soulever des questions touchant au droit des traités en général et à la hiérarchie des normes internationales en particulier ».[75] La Cour a donc raté l'opportunité de donner une interprétation de ce que le Protocole qualifie de « tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme ».

D'autre part, dans une procédure contentieuse, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a rendu sa décision dans l'affaire *Actions pour la Protection des Droits de l'Homme (APDH) c. la République de Côte d'Ivoire*, le 18 Novembre 2016. C'est finalement par cette affaire que la définition de ce qu'il convient d'appeler « instrument des droits de l'homme » en rapport avec l'article 3 du Protocole s'est cristallisée. En effet, la requérante APDH qui est une Organisation non gouvernementale basée à Abidjan, Côte d'Ivoire estimait que la loi ivoirienne n°2014-335 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement de la Commission Électorale Indépendante (CEI) n'est pas conforme aux instruments internationaux des droits de l'homme ratifiés par l'État défendeur, plus particulièrement l'article 17(1) de la Charte africaine sur la démocratie, des élections et de gouvernance (« la Charte africaine sur la démocratie) et l'article 3 du Protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits (« Protocol de la CEDEAO sur la démocratie »). La Cour était donc invitée à examiner sa propre compétence et plus spécialement la question cruciale de savoir si les traités prétendument considérés par la requérante comme ayant été violés, en l'occurrence la Charte Africaine sur la démocratie et le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie, sont des « instruments de droits de l'homme » au sens de l'article 3 de son Protocole. Pour répondre à cette question, la Cour a dû solliciter, conformément aux articles 45(2) de son Règlement[76] et du paragraphe 45 des instructions de procédure de la Cour,[77] des avis juridiques à la Commission de l'Union africaine et à l'Institut africain de droit international sur la question de savoir si la Charte africaine sur la démocratique est un instrument relatif aux droits de l'homme au sens de l'article 3 de l'article 3 du Protocole. Les deux institutions ont répondu à cette question en examinant l'objet et le but de ces traités et ont affirmé que, comme ils confèrent des droits et libertés fondamentaux aux individus que les États sont obligés de protéger et de respecter, ils peuvent être qualifiés d'instruments relatifs aux droits de l'homme.[78]

75 *Ibid*, para. 19.

76 La Cour peut demander à toute personne ou institution de son choix de recueillir des informations, exprimer un avis ou lui faire un rapport sur un point déterminé.

77 La Cour peut, de sa propre initiative, inviter un individu ou une organisation à intervenir en qualité d'*amicus curiae* dans le cadre d'une affaire pendante devant elle.

78 Voir Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) c. la République of Côte d'Ivoire,* Arrêt du 18 Novembre 2016, paras 51-55.

Dans sa décision, la Cour a choisi d'aborder la question de manière presque identique, estimant que pour déterminer si une convention est instrument des droits de l'homme, il convient de se rapporter principalement à son objet. Celui-ci est décliné soit par une énonciation expresse des droits subjectifs au profit des individus ou groupes d'individus, soit par la prescription à l'égard des États d'obligations impliquant la jouissance conséquente de mêmes droits.[79] En l'espèce, la Cour a estimé que l'exigence de la Charte africaine sur la démocratie et le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie établissant des organes électoraux nationaux indépendants et impartiaux visait, même indirectement, à mettre en œuvre un certain nombre de droits civils et politiques tels que le droit de participer librement à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis (article 13). Les États étant tenus de respecter ces droits, la Cour a conclu que la Charte africaine sur la démocratie et le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie sont des instruments relatifs aux droits de l'homme au sens de l'article 3 du Protocole portant sa création, et qu'elle a, en conséquence, compétence pour les interpréter et les faire appliquer.[80]

Ceci dit, il importe maintenant de dire si le même raisonnement juridique s'applique aux traités de droit international humanitaire et si, par conséquent la Cour africaine des droits de l'homme a compétence pour les interpréter et les faire appliquer. En effet, suivant une interprétation téléologique conforme à celle développer par la Cour dans l'affaire *Actions pour la Protection des Droits de l'Homme (APDH) c. République de Côte d'Ivoire*, un instrument des droits de l'homme est tout instrument visant à protéger la dignité humaine. Selon cette lecture, les traités de droit international humanitaire peuvent être qualifiés d'instruments relatifs aux droits de l'homme. Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire que l'intégralité du traité soit considérée pour qu'il soit qualifié d'instrument des droits de l'homme. Cette qualification peut se rapporter à certaines dispositions qui se limitent à reconnaître des droits et imposer des obligations au sein d'un traité. Suivant cette perspective, les conventions de Genève, par exemple, même s'elles ne sont pas considérées comme des traités des droits de l'homme en tant que tels, contiennent certaines dispositions, à l'instar de leur article 3 commun,[81] qui pourraient tomber sous la juridiction de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

Bien plus, certaines conventions des droits de l'homme qui font partie de la compétence matérielle de la Cour africaine contiennent des dispositions référant expressément au DIH. Il en est notamment de la Convention relative aux droits de l'enfant (art 38), de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (art 22) ou du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes (art 11(1)), lesquelles font indication expresse de « règles du droit international humanitaire ». En pareilles situations,

79 *Ibid*, para 57.
80 *Ibid*.

l'interprétation et l'application du DIH tombe dans la compétence matérielle de la Cour africaine.[82]

3.2 La pratique de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en matière d'interprétation et d'application du DIH

A ce jour, seulement deux affaires soumises à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ont soulevé des questions de DIH: *L'affaire Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. la Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste* et *l'affaire Georgia J. Penessis représentant Robert J. Penessis c. République-Unie de Tanzanie.*

L'affaire Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. la Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste

Dans cette affaire, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a ordonné de mesures provisoires dans une situation de conflit armé.[83] En l'espèce, les faits de l'affaire sur lesquels la Cour a statué remonte au début du conflit libyen et se rapportent aux événements survenus à l'occasion des bombardements aériens et autres types d'attaques de la population civile à Benghazi du 16 au 20 février 2011.[84] C'est dans ce contexte la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a été saisie de plaintes successives contre la Libye au cours de sa neuvième session extraordinaire tenue à Banjul (Gambie) du 23 février au 3 mars 2011 et a conclu que ces actes constituent des violations graves et massives des droits consacrés par les articles 1, 2, 4,

81 L'article 3-1 commun aux quatre Convention de Genève dispose: 'En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes: (...) [l]es personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. A cet effet, sont et demeurent prohibées, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus: (a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices (b) les prises d'otages; (c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants (d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés '.

82 Voir Viljoen (n 62) 324.

83 Voir *African Commission on Human and Peoples' Rights v Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya* (Application 004/2011, Order for Provisional Measures), 25 March 2011.

84 Para 2.

5, 9, 11, 12, 13 et 23 de la Charte.[85] C'est en date du 3 mars 2011 que la Commission a décidé de saisir la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en accusant les autorités libyennes d'avoir engagé des hostilités armées ayant conduit à des « violations graves et massives des droits de l'homme » garantis par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples notamment, les violations du droit à la vie et à l'intégrité physique de la personne.

La Cour a estimé que les violations alléguées avaient eu lieu et se poursuivaient au moment de l'examen de la requête et, qu'il existait un risque imminent de pertes en vies humaines. En conséquence, elle a d'office ordonné,[86] sans présentation de pièces de procédure écrite par les parties ni tenue d'une procédure orale, des mesures provisoires demandant aux autorités libyennes de s'abstenir de toute autre action contraire à la Charte africaine.[87]

L'examen de l'affaire révèle que bien qu'il n'existe aucun doute concernant le caractère de DIH d'un certain nombre de violations identifiées par la Cour,[88] celle-ci a choisi de s'écarter de tout langage relatif au DIH préférant n'appliquer que la Charte africaine. La Cour n'a pas jugé nécessaire de distinguer entre les actes constituant des violations de la Charte africaine et ceux qui constituent des violations du DIH. La seule référence au DIH ressort du paragraphe 21 de son ordonnance en indication des mesures provisoires. Dans ce paragraphe, la Cour s'est limitée à noter que les organisations internationales, tant universelles que régionales, en l'occurrence le Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine, la Ligue des Etats arabes et le Conseil de sécurité des Nations Unies ont considéré notamment que les attaques perpétrées par les forces libyennes contre la population civile ont été commises en violation des droits de l'homme et du DIH et pourraient constituer des crimes contre l'humanité. Aucun autre développement n'a été fait sur ce point. La Cour a, à cet effet, manqué une bonne occasion d'élaborer sur le statut du DIH dans l'architecture africaine des droits de l'homme[89] comme c'est également le cas pour la Commission.

85 Para 3.

86 Le Paragraphe 2 de l'article 27 du Protocole et le Paragraphe 1 de l'article 51 du Règlement de la Cour confèrent à celle-ci le pouvoir d'ordonner d'office, 'dans les cas d'extrême gravité ou d'urgence et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes', des mesures provisoires 'qu'elle estime devoir être adoptées dans l'intérêt des parties ou de la justice'.

87 *African Commission on Human and Peoples' Rights v Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya* (n 83).

88 Voir aussi les termes des Résolutions du Conseil de sécurité des nations unies 1970 du 26 février 2011 et 1973 du 17 mars 2011.

89 Dans le même sens, voir F Z Ntounbandi 'Comment – Enforcement of international humanitarian law through the human rights organs of the African Union' in H Krieger (dir) *Inducing compliance with international humanitarian law: Lessons from the African Great Lakes Region* (2015) 308.

L'affaire n'a hélas pas connu de décision quant au fond parce qu'elle a été rayée du rôle.[90] Ceci laisse sans réponse la question de savoir si le DIH pourrait être utilisé dans le traitement ultérieur de l'affaire compte tenu de l'évolution des faits qui, entre février 2011 – date de l'introduction de la requête – et mars 2013, date à laquelle elle a été rayée du rôle, avaient déjà atteint le niveau d'un véritable conflit armé.[91]

L'affaire Georgia J. Penessis représentant Robert J. Penessis c. République-Unie de Tanzanie

Cette intéressante affaire[92] est encore pendante. La Cour africaine des droits de l'homme a conduit des auditions publiques en cette affaire du 19 au 20 mars 2018. La décision n'est pas encore intervenue. En l'espèce, la Requérante Georgia J. Penessis est une ressortissante de la République-Unie de Tanzanie résidant en Grèce. Elle a saisi la Cour le 10 mai 2015, au nom de son petit-fils, M. Robert John Penessis, qui avait été arrêté et détenu dans une prison tanzanienne pour « présence illégale » en Tanzanie. Selon elle, son petit-fils Robert J. Penessis qui est tanzanien de naissance et de descendance comme elle et tous leurs parents, est détenu depuis le 7 janvier 2013 pour absence de visa d'entrée et est toujours en détention en prison.

La requérante allègue que l'arrestation et la détention de son petit-fils sont illégales et contraires à la Constitution tanzanienne, au Protocole additionnel 1 aux Conventions de Genève la Convention de Genève (article 59(1)) et aux quatre Conventions de Genève (article 1 à 4).

La spécificité de cette affaire concerne les instruments sur lesquels la requérante a choisi de fonder ses prétentions juridiques, à savoir les quatre conventions de Genève de 1949 et leur premier Protocole additionnel de 1977. L'affaire étant probablement en délibéré, il ne sera pas discuté de la véracité ou non des prétentions juridiques de la requérante. Il y a lieu, toutefois, de noter que cette affaire est une bonne opportunité pour la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples de dire, à l'examen de sa compétence, si les conventions de Genève et le Protocole additionnel invoqués pourraient être considérés comme des « instruments relatifs aux droits de l'homme » conformément à l'article 3 du Protocole portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. L'affaire *Actions pour la Protection des Droits de l'Homme (APDH) c. République de Côte d'Ivoire* précédemment examinée est très instructive à ce sujet. Si la Cour conclut que ces conventions sont des instruments relatifs aux droits de l'homme, elle sera, par ailleurs, invitée à dire si les faits exposés par la requérante

90 Voir affaire *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Grande Jamahiriya Arabe Libyenne Populaire et Socialiste* (requête n° 004/2011), Décision du 15 mars 2013.

91 Voir Viljoen (n 62) 325.

92 Requête n° 013/2015, *Georgia J. Penessis représentant Robert J. Penessis c. République-Unie de Tanzanie.*

rentrent dans le contexte d'un conflit armé qu'elle sera aussi appelée à qualifier juridiquement afin de se convaincre du droit applicable aux violations alléguées. Si la Cour se livre à cet exercice, il y a lieu d'espérer que sa décision à intervenir soit la porte d'entrée pour une meilleure interaction entre les droits de l'homme et le DIH au sein de sa jurisprudence.

4 PERSPECTIVES DE MISE EN ŒUVRE DU DIH PAR LA FUTURE COUR AFRICAINE DE JUSTICE, DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

La Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples (CAJDHP) résulte d'une fusion de la Cour africaine des droits de l'homme, établie par le Protocole de Ouagadougou de 1998[93] et de la Cour de Justice de l'Union africaine, créée par le Protocole de Maputo de 2002.[94] La fusion de ces deux Cours – en réponse au défi de la prolifération des institutions panafricaines aux coûts exorbitants[95] – a donné lieu à la création de deux Sections: la Section des affaires générales et la Section des droits de l'homme. La première Section est chargée, d'une part, de régler les différends internationaux entre Etats africains et, d'autre part, du contentieux de l'Union africaine avec son personnel. La deuxième Section constitue une juridiction régionale des droits de l'homme. Plus tard en juin 2014, l'Union africaine a adopté le Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (le Protocole de Malabo).[96] Ce Protocole vient introduire au sein de la CAJDHP une nouvelle section. C'est la Section de droit international pénal (SDIP).

La SDIP est compétente pour connaître de crimes internationaux. Le Protocole de Malabo n'est pas cependant encore entré en vigueur. Il le sera au 30ème jour du dépôt du 15ème instrument de ratification (article 11). Il s'agira de la toute première cour pénale régionale

93 Accessible en ligne sur http://www.peaceau.org/uploads/protocol-on-the-merged-court-fr.pdf (consulté le 11/8/2018).

94 Protocole accessible en ligne sur http://www.peaceau.org/uploads/protocole-de-la-cour-de-justice-fr.pdf (consulté le 11/8/2018). La Cour de justice de l'UA n'est pas encore opérationnelle.

95 En ce sens, M Mubiala 'Chronique de droit pénal de l'Union Africaine. L'élargissement du mandat de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme aux affaires de droit international pénal' 750.

96 Projet de protocole sur les amendements au Protocole sur le statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme art. 16, A.U. Doc. No. STC /Legal/ Min. 7 (1) Rev. 1 (14 mai 2014) [le Protocole Malabo]. L'Assemblée de l'Union africaine a adopté le 30 juin 2014 le Protocole de Malabo lors de sa vingt-troisième session ordinaire. Voir A.U. Doc. N ° Assemblée /UA Dec.529 (XXIII) (26-27 juin 2014). Le Protocol est accessible en ligne sur https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights. Selon le cité officiel de l'UA, le Protocol a été signé par 10 Etats africains et ne connait à ce jour aucune ratification.

permanente.[97] Aux termes de l'article 28A du Protocole, la CAJDHP, en sa SDIP, est compétente, *ratione materiae*, pour connaître de quatorze crimes internationaux: génocide, crimes contre l'humanité, crime de guerre, crime relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement, piraterie, terrorisme, mercenariat, corruption, blanchiment d'argent, traite des personnes, trafic illicite de stupéfiants, trafic illicite de déchets dangereux, exploitation illicite des ressources naturelles et le crime d'agression.[98] L'énumération de ces crimes n'est pas limitative. Elle est plutôt énonciative. L'alinéa 2 de l'article 28A stipule que la liste des crimes susmentionnés peut être actualisée à la lumière du développement du droit international.[99]

L'exercice de la compétence de la CAJDHP, en sa SDIP, à l'égard des crimes de guerre détaillés à l'article 28D l'invitera sûrement à se pencher sur le DIH tant ces crimes ne se conçoivent que dans le contexte d'un conflit armé. Ainsi, la CAJDHP pourra connaître notamment des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949;[100] infractions graves au Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 8 juin 1977 et les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux;[101] violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949;[102] les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international, dans le cadre établi par le droit international.[103]

5 CONCLUSION

La présente réflexion a eu pour mission d'examiner la manière dont le système africain de protection des droits de l'homme appréhende le DIH, essentiellement la Commission et la Cour africaines des droits de l'homme et des peuples. Et dans le cadre de mutation dudit système, cette étude a pu également analyser la question sous l'angle de la nouvelle Cour, la CAJDHP.

97 Voir E A Cirimwami & S Smis 'Repenser la création fragmentée des juridictions pénales internationalisées en Afrique au profit de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme' (2017) 2 *Revue belge de droit international* 313-336.

98 Pour une vue analytique de chacun de ces crimes, K Ambos 'Genocide (Article 28B), Crimes Against Humanity (Article 28C), War Crimes (Article 28D) and the Crime of Agression (Article 28M) in G Werle et V Moritz (dir.) *The African Criminal Court. A commentary on the Malabo Protocol* (2016) 31-55; G Kemp et S Kinyunyu 'The Crime of Unconstitutional Change of Governement (Article 28E)', *ibid*, pp. 57-70; F Jebberer 'Piracy (Article 28F), Terrorism (Article 28G) and Mercenarism (Article 28H)', *ibid*, 71- 87; Lovell D Fernandez 'Corruption (Article 28I) and Money Laundering (Article 28Ibis)', *ibid*, 89-107; F M-Silingwe 'Trafficking in Persons (Article 28J) and Trafficking in Drugs (Article 28K)' *ibid*, pp. 109-123; M Heger 'Trafficking in Hazardous Wastes (Article 28L) and Illicit Exploitation of Natural Resources (Article 28Lbis)', *ibid*, pp. 125-136.

99 Cirimwami & Smis (n 97) 321.

100 Article 28D(a).

101 Article 28D(b).

102 Article 28D(c).

103 Article 28D(e).

En effet, l'examen de différents rapports d'activités de la Commission atteste que celle-ci incorpore la promotion du DIH dans son champ d'action. Ceci est remarquable dans ses missions d'enquêtes, résolutions ou décisions, etc. Cependant, dans ses différentes décisions impliquant les questions du DIH, la Commission africaine se remarque par une certaine prise de distance, mieux une réticence, au sujet de l'interprétation des dispositions du DIH. Ceci est sans raison dans la mesure où la Commission a la possibilité d'y recourir comme « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » (cf. art 61 de la Charte), mieux encore comme « principes généraux du droit reconnus par les Etats africains » (articles 60 et 61 de la Charte). Dans l'examen de différentes communications dont la première communication interétatique – Communication 227/99, *République Démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda, Ougand*a – la Commission africaine s'est illustrée par des simples énumérations ou citations des dispositions conventionnelles sans analyses sérieuses d'importantes questions de DIH soulevées. Ceci ne devait donc pas permettre une mise en œuvre efficace de la Charte africaine en période de conflits armés, mieux encore du DIH dans la sphère continentale.

Au niveau de la Cour africaine, ce que l'on peut tirer de l'analyse précédente est que la mise en application du droit international humanitaire n'est pas expressément envisagée dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. C'est à l'aune de l'interprétation des articles 3 et 4 du Protocole portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples qu'il convient de rechercher si ces conventions en matière de DIH peuvent être interprétées comme « tout autre instrument relatif aux droits de l'homme » pour rentrer dans la compétence contentieuse et consultative de la Cour. Dans les rares cas où l'opportunité a été donnée à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples d'élaborer sur les questions de DIH, elle s'est gardée de la faire comme cela est relevée par l'affaire *Commission africaine c. la Libye*. Bien que sa portée juridictionnelle soit sans doute assez large pour couvrir les normes du droit international humanitaire, la Cour ne s'y est pas appuyée dans son ordonnance en indication de mesures provisoires. Dans l'*affaire Georgia J. Penessis représentant Robert J. Penessis c. République-Unie de Tanzanie,* les normes de DIH sont directement invoquées comme fondement des prétentions juridiques du requérant. Il y a lieu d'espérer que la Cour se départisse de sa réticence à l'égard du droit international humanitaire dans sa décision à intervenir.

Avec les amendements successifs intervenus au sein du système africain de protection des droits de l'homme jusqu'à l'institution de la future Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples, la nouvelle CAJDHP, en sa SDPI, a une compétence *ratione materiae* bien établie à l'égard de l'interprétation et l'application du DIH. La Cour n'aura pas de choix entre l'applications des normes des droits de l'homme et du DIH. Ces dernières s'imposent tant l'existence d'un conflit armé est un des éléments constitutifs du crime de guerre et ce dernier ne se rapporte qu'aux violations du DIH.

Les grands silences jurisprudentiels de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

*Sègnonna Horace Adjolohoun**

RÉSUMÉ: La présente contribution part de l'hypothèse qu'eu égard à l'histoire de sa création, à sa mission et aux pouvoirs que lui confère le législateur, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a l'obligation de dire le droit par une double approche historique et systémique. Il s'agit pour la Cour de forger une jurisprudence suffisamment lisible non seulement pour indiquer la voix à suivre par l'ensemble du système africain des droits de l'homme mais encore pour se garantir l'autorité et la légitimité indispensables à toute institution de sa stature. En entreprenant de vérifier que ces fondamentaux se sont dégagés de la première décennie de jurisprudence de la Cour, la réflexion procède par discussion des arrêts de principe sur des questions importantes en montrant en quoi le juge africain n'a pas complètement ou pas du tout répondu à cette mission de fédérateur du droit africain des droits de l'homme. La discussion révèle des silences dits « par imprécision » ou « par indécision ». La conclusion évoque les conséquences réelles ou potentielles des silences relevés avant d'y suggérer des solutions.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The main silences of the African Court on Human and Peoples' Rights

ABSTRACT: This article proceeds from the postulate that, in light of the history of its establishment, its missions and the powers entrusted to it by law, the African Court on Human and Peoples' Rights bears the duty to adopt an approach to judicial law making that is both historical and systemic. This duty requires the Court to build a body of jurisprudence that is clear enough not only to provide guidance to the African human rights system as a whole, but also to build the authority and legitimacy that any institution of its stature requires. In undertaking to investigate whether these prerequisites have emerged in a first decade of jurisprudence, the article undertakes to discuss landmark judgments delivered by the Court on key issues by showcasing how the 'African judge' has not fully or partly achieved that purpose of coordinating human rights law in Africa. The discussion reveals silences due to imprecision or indecisiveness. In concluding, the article alludes to the actual or potential implications of these silences and makes propositions to address them.

MOTS CLÉS: jurisprudence, imperium, système africain, marge d'appréciation, recours extraordinaires, circonstances exceptionnelles, mesures appropriées

* BA, ENA (Abomey-Calavi), LLM, LLD (Pretoria); Extraordinary Lecturer (Centre for Human Rights, University of Pretoria), Faculty Member (Constitution Building in Africa Course, Central European University) and Principal Legal Officer (African Court on Human and Peoples' Rights); sathorace@yahoo.fr. The opinions expressed in this paper are exclusively those of the author and do not in any manner reflect the opinion of the Court.

SH Adjolohoun 'Les grands silences jurisprudentiels de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2018) 2 *Annuaire africain des droits de l'homme* 24-46
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a2

SOMMAIRE:

1 Introduction ... 25
2 Un double impératif historique et systémique ... 27
2.1 La nécessité de dire le droit dans une approche historique ... 27
2.2 L'impératif historique appelle une logique systémique ... 29
3 Les silences d'une décennie de jurisprudence ... 31
3.1 Des silences par imprécision ... 31
3.2 Des silences par indécision ... 38
4 Conclusion ... 45

1 INTRODUCTION

L'évolution récente de la fonction de juger défie largement les formules traditionnelles par lesquelles le juge ne serait que la simple « bouche du droit »[1] ou « un interprète légitime de la volonté du souverain ».[2] A la lumière tant des normes que de la pratique, il est difficile de nier que le juge est, aujourd'hui plus qu'hier, éminemment législateur.[3]

Investi d'une mission aussi délicate, le juge doit s'assurer qu'en disant le droit, il donne à l'opinion le sentiment que la justice est rendue mais qu'elle est également perçue comme bien rendue. Si la décision rendue manque de clarté, elle est ouverte aux supputations. L'impérium du juge devrait le contraindre par conséquent à une législation judiciaire suffisamment justifiée par le droit et son interprétation logique pour conquérir l'indispensable légitimité que devrait attendre des justiciables toute instance investie du pouvoir de juger.[4]

La justice telle que rendue par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (la Cour ou la Cour africaine) n'échappe pas à ces considérations. La Cour est en effet investie d'une mission directrice et fédératrice du droit et du système africains des droits de l'homme. Dans ce sens, elle a reçu mandat pour protéger les droits de l'homme en Afrique dans une entreprise juridictionnelle conjointe avec la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (la Commission)[5] et, par implication prétorienne, avec le Comité africain

1 Voir Montesquieu *De l'esprit des lois* (1758) deuxième partie, livre XI, chapitre VI: de la constitution d'Angleterre.

2 J-M Sauvé 'Bien juger aujourd'hui, une mission impossible ?' Académie de législation de Toulouse (13 décembre 2013) 1.

3 Voir JJ Doyle 'Judicial law making: is honesty the best policy?' (1995) 17 *Adelaide Law Review* 161; O Wendell Holmes *S Pac Co v Jensen*, 244 US 205, 221 (1917) (Holmes, J, dissenting); JB Beam *Distilling Co v Georgia*, 501 US 529, 549 (1991) (Scalia, J, concurring).

4 A Lehavi 'Judicial review and judicial law making' (2011) 96 *Minesota Law Review* 529; S Jain 'Importance of judicial law making: perspectives of Bentham & Austin' 24 December 2013 http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2371697 (consulté le 10 août 2018) 1; AN Steinman 'A Constitution for judicial lawmaking' (2004) 65 *University of Pittsburgh Law Review* 590.

5 Voir art 2, Protocole 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.

d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (le Comité ou le Comité de l'enfant).[6]

Au cours de sa première décennie d'existence, la Cour africaine a, en dépit du nombre relativement limité des décisions qu'elle a rendues,[7] construit une jurisprudence dont la pertinence thématique est indéniable. La présente discussion s'intéresse à savoir si, en revanche, cette œuvre épouse la double nécessité avancée plus haut d'une justice à la fois lisible et fidèle à la mission juridictionnelle définie par le législateur de l'Union africaine. La théorie ici défendue est celle qu'il y a eu silence jurisprudentiel chaque fois que la Cour n'a pas du tout ou suffisamment dit le droit dans cette double nécessité. Il s'agit d'espèces dans lesquelles la Cour aurait dû apporter une réponse plus claire, plus complète, moins équivoque ou tout simplement différente. Ainsi, pour peu que l'on entreprenne de la visiter, la jurisprudence de la Cour révèle des silences significatifs qui s'apparentent soit à l'imprécision soit à l'indécision. Le silence par imprécision prend corps dans une jurisprudence qui illustre un silence total, partiel ou substantiel. Quant au silence par indécision, il peut exhiber les traits de l'imprécision mais relève, dans sa nature intrinsèque, d'une auto-censure.

Pour justifier le postulat défendu, la présente réflexion procède, par nécessité, à une sélection de décisions qui se prêtent à l'analyse de la notion de « silence » avancée *supra*. Il est pertinent de rappeler qu'à cette étape de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour, la réflexion qualitative thématique est préférée eu égard d'une part, à la modestie des statistiques et, d'autre part, au nombre limité de décisions par catégorie de questions soulevées telles que la nature des recours internes à épuiser, les « circonstances impérieuses » ouvrant droit à certaines réparations ou encore la marge d'appréciation que la Cour concède aux Etats dans l'exercice de son impérium. L'analyse thématique dès lors adoptée retient les décisions les plus emblématiques autour desquelles sont organisées, en tant que de besoin, des décisions subséquentes justifiant la position soutenue. La portée de la discussion n'est pas non plus exhaustive eu égard à une jurisprudence de la Cour en évolution marginalement sensible. Dans sa logique contextuelle, la réflexion est conduite à l'aune d'une part, de l'impérium judiciaire exceptionnel de la Cour et de l'emprise quasi illimitée de ses pouvoirs juridictionnels et, d'autre part, du caractère historique de sa mission dans le système africain des droits de l'homme. Les acceptions « d'impérium judiciaire exceptionnel » et « d'emprise quasi illimitée » des pouvoirs de la Cour seront explicitées et appréciées à une étape ultérieure de la réflexion.

Sont convoquées tant la jurisprudence que la doctrine mais davantage la première. D'abord, la discussion tend à démontrer que le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

6 *Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant* Avis 2/2013 (4 décembre 2014).

7 En décembre 2018, la Cour avait rendu une trentaine de décisions sur le fond ainsi qu'une trentaine d'ordonnances de mesures provisoires ainsi que de nombreuses décisions sur la compétence, la recevabilité, la révision, l'interprétation et autres.

portant création de la Cour (le Protocole) assigne à l'institution la double mission de dire le droit mais de le dire dans une approche historique et systémique qui indique la voie à suivre pour l'ensemble du système africain des droits de l'homme. L'analyse se penche ensuite sur des arrêts de principes en montrant en quoi le juge africain n'a pas complètement ou pas du tout répondu à cette mission de fédérateur du droit africain des droits de l'homme. Enfin, la conclusion évoque les conséquences réelles ou potentielles des silences relevés avant d'y suggérer des solutions.

2 UN DOUBLE IMPÉRATIF HISTORIQUE ET SYSTÉMIQUE

2.1 La nécessité de dire le droit dans une approche historique

Débattre utilement de la politique jurisprudentielle d'une juridiction emporte inévitablement une contextualisation, tout au moins quant au bien-fondé tant de l'existence de ladite juridiction que de l'utilité des normes dont elle garantit le respect. Deux facteurs principaux peuvent être considérés à cet égard en ce qui concerne la Cour africaine. Il s'agit d'une part, de la compétence matérielle de la Cour et, d'autre part, des pouvoirs que lui confère le législateur pour exercer une telle compétence.

S'agissant de la compétence matérielle de la Cour, on doit noter qu'elle est historiquement *sui generis* dans le « grand » système africain des droits de l'homme. A l'exception de la Cour de justice de la Communauté Economique des Etats d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO),[8] la Cour africaine est la seule juridiction régionale dont le champ de compétence matérielle est aussi large. On peut en conséquence avancer qu'elle est pourvue d'une « compétence matérielle universelle » en matière de droits de l'homme puisque l'article 3 du Protocole qui la crée stipule que « la Cour a compétence pour connaître … de tous les différends … concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du présent Protocole et de *tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les Etats concernés* ».[9]

A la différence de la Cour africaine, la Cour de justice de la CEDEAO bâtit la compétence « universelle » par construction prétorienne, notamment en empruntant au Traité révisé de 1993, à la Charte

8 SH Adjolohoun 'The Njemanze ECOWAS Court ruling and "universal" jurisdiction: implications for the "grand African human rights system"' *International Journal of Constitutional Law Blog* 16 novembre 2017 http://www.iconnectblog.com/2017/11/the-njemanze-ecowas-court-ruling-and-universal-jurisdiction-implications-for-the-grand-african-human-rights-system (consulté le 15 août 2018).

9 Notre soulignement.

africaine et à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice.[10] Dans sa lettre, la Charte africaine limite la compétence de la Commission africaine à l'interprétation et l'application dudit instrument. Un bémol notable est l'autorisation faite à la Commission aux termes des articles 60 et 61 de la Charte, de « s'inspirer » et de « prendre aussi en considération » un large corpus normatif équivalant plus ou moins à la compétence universelle expressément consacrée dans le cas de la Cour africaine. Toutefois, la Commission épouse les « *passive virtues* »[11] en adoptant constamment une approche d'auto-censure.[12] Les autres juridictions sous-régionales ne font pas mieux.[13]

La nature unique de la compétence matérielle universelle de la Cour africaine ainsi relevée n'est pas fortuite. Pour s'en convaincre, il faut principalement se référer à l'article 2 du Protocole portant création de la Cour pour noter que la juridiction continentale a pour mission de « compléter les fonctions de protection conférées à la Commission africaine » aux termes de la Charte africaine. En tant que telle, l'article 2 du Protocole énonce la raison d'être de la Cour qui est de judiciariser l'action de protection de la Commission. On sait qu'à une époque, cette action a été vertement critiquée pour son inefficacité due notamment au manque d'impérium judiciaire de l'organe, à la nature déclaratoire de ses constatations et au caractère non obligatoire de ses décisions.[14] Le préambule au Protocole exprime d'ailleurs ce bien-fondé de la complémentarité par judiciarisation avec une plus grande emphase lorsque les Etats y « reconnaissent les *progrès accomplis par la Commission* … depuis sa création en 1987, en matière de promotion et de protection des droits de l'homme et des peuples » avant de se dire « fermement convaincus que la réalisation des objectifs de la Charte … nécessite *la création d'une Cour … pour compléter et renforcer la mission de la Commission …* ».

Pour donner corps à cet engagement préambulaire, la Cour se voit justement conférer, au contraire de la Commission, des attributs et pouvoirs conséquents. D'abord, elle est dotée du plein impérium

10 Voir Adjolohoun (n 8). Voir également *Hon. Dr. Jerry Ugokwe c. Nigéria* ECW/CCJ/APP/02/05 (7 octobre 2005) para 29; *Mani Koraou c. Niger* (2008) AHRLR 182 (ECOWAS 2008); *Hissène Habré c. Sénégal* ECW/CCJ/JUD/06/10 (18 novembre 2010); *Dorothy Chioma Njemanze et autres c. Nigéria* ECW/CCJ/JUD/08/17 (12 octobre 2017).

11 Voir AM Bickel 'The Supreme Court 1960 term foreword: the passive virtues' (1961) 75 *Harvard Law Review* 40, 48-59.

12 Voir SH Adjolohoun *Droits de l'homme et justice constitutionnelle en Afrique: le modèle béninois à la lumière de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (2013) 103-131; F Ouguergouz 'Les articles 60 et 61 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples' in L Burgorgue-Larsen (dir) *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme: de l'ouverture au dialogue* (2017) 135-156.

13 Voir *James Katabazi et autres c. Secrétaire général de la Communauté et Ouganda* (2007) AHRLR 119 (EAC 2007); *Mike Campbell (Pvt) Limited et autres c. Zimbabwe* (2008) AHRLR 199 (SADC 2008).

14 Voir F Viljoen & L Louw 'State compliance with the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights 1994-2004' (2007) 101 *The American Journal of International Law* 3; MW Mutua 'The African human rights system in comparative perspectives' (1993) 3 *Review of the African Commission on Human and Peoples' Rights* 11.

judiciaire en ce que l'article 30 du Protocole rend ses décisions à la fois obligatoires et exécutoires. En outre, aux termes des articles 27 et 28 du même instrument, la Cour se prononce par le moyen d'ordonnances de mesures provisoires et d'arrêts suggérant fortement que ces édits devraient conforter les « recommandations » et « demandes » de mesures provisoires prises par la Commission. Enfin, aux termes de l'article 5(1) du Protocole, le législateur place la Commission en première ligne des entités ayant qualité pour saisir directement la Cour sans le besoin de l'encombrante déclaration de l'article 34(6) qui en conditionne l'accès par les individus et Organisations non gouvernementales (ONG).[15]

L'approche historique de la naissance de la Cour africaine est donc sans équivoque celle d'une juridiction de plein impérium judiciaire qui vient compléter une institution juridictionnelle de type dit « quasi-judiciaire » à laquelle elle apporte les « crocs » qui, deux décennies auparavant, lui ont fait défaut dans sa traque des violations des droits humains sur le continent. Il y a en outre une logique systémique dictée par l'approche historique.

2.2 L'impératif historique appelle une logique systémique

Si la philosophie politique de la création de la Cour africaine est celle du renforcement de la protection offerte sous l'égide de la Commission, on peut avancer sans risque de se tromper que le législateur africain a entendu pour la juridiction continentale une mission de renforcement non pas de la seule Commission mais de l'ensemble du système africain de protection des droits de l'homme. Des éléments pertinents peuvent confirmer cet argument.

D'abord, alors qu'il est uni-institutionnel à ses débuts, le système va très vite s'enrichir non seulement du Comité de l'enfant mais également des juridictions sous-régionales dont la compétence en matière de droits humains, conférée ou construite, a été rappelée précédemment. Il faut noter que ces organes juridictionnels partagent, avec la Cour africaine, la Charte africaine comme base de leurs compétences matérielles respectives. Ceci dit, la supervision judiciaire originelle de la Charte revient à la Cour africaine puisque son impérium fait défaut tant à la Commission et au Comité qui lui ont préexisté qu'aux autres cours sous-régionales officiant dans des régimes « d'emprunt ».[16] En tant que dépositaire judiciaire de l'interprétation et de l'application de

15 Voir L Burgorgue-Larsen & GF Ntwari 'Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2015-2016)' (2008) 113 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 134-135; F Viljoen 'Understanding and overcoming challenges in accessing the African Court on Human and Peoples' Rights' (2018) 67 *International and Comparative Law Quarterly* 63-98. Voir aussi *Femi Falana c. Union africaine* CAfDHP (26 juin 2012), affaire dans laquelle, faute de pouvoir établir sa compétence personnelle dans le chef de l'Etat défendeur, la Cour n'a pu se prononcer sur l'allégation du requérant selon laquelle la déclaration de l'article 34(6) viole le droit à l'accès à la justice.

16 Voir Adjolohoun (n 8).

la Charte, la Cour africaine exerce par conséquent une fonction directive et coordinatrice quant à l'application dudit instrument par les autres organes juridictionnels. Il est vrai que, comme la logique aurait dû le recommander, le législateur africain n'a pas conféré aux décisions de la Cour africaine *res judicata* à l'égard des autres organes. Ceci dit, les règles applicables à cet égard s'y emploient indirectement et la Cour peut réguler l'interprétation de la Charte par abstention.[17]

La fonction de régulation ainsi déclinée s'exerce également en ce qui concerne la protection des droits de l'homme au niveau national. Une fois que la Charte africaine entre dans l'ordre juridique interne des Etats Parties, elle tombe dans « l'assiette » de compétence matérielle du juge national qui en devient le juge naturel, le juge de proximité, qu'il soit ordinaire ou constitutionnel.[18] En application du principe de subsidiarité et de la règle d'épuisement des voies de recours internes, la Cour africaine exerce à l'égard du juge national bien évidemment, même si indirectement, une fonction de régulation et d'harmonisation de l'application de la Charte.[19]

Enfin, la Cour exerce une fonction directive « diplomatique » mais, cette fois-ci, pour la visibilité du système africain au-delà du continent. Lorsqu'on se réfère aux apparats particuliers de la Charte africaine tels que la consécration des droits des peuples, l'interdépendance et l'indissociabilité des différentes catégories de droits, la justiciabilité des droits socio-économiques ou encore la mise à la charge des individus de devoirs, on peut arguer que le mariage ingénieux entre tradition et modernité célébré par le système africain recèle un élixir pour la protection droits de l'homme dans les Amériques, en Asie et en Europe. Dans la perspective de l'interprétation de la Charte africaine comme un instrument vivant,[20] il pèse par conséquent sur le juge d'Arusha la mission de « vendre » ce génie africain aux autres cultures régionales des droits de l'homme.

Au total, le postulat ici avancé commande une Cour africaine qui, au-delà de la simple judiciarisation de la protection des droits de l'homme en Afrique, doit rendre la justice comme moyen de développement du droit africain des droits de l'homme et du renforcement des mécanismes y afférents. Une mission aussi

17 Par exemple, la Commission africaine ne peut connaître d'une affaire réglée ou pendante devant la Cour africaine et réciproquement. Voir arts 4(1), 6(1), 6(3 et 8 du Protocole. Dans l'affaire *Jean-Claude Roger Gombert c. Côte d'Ivoire* (22 mars 2018), paras 39-59, la Cour africaine a déclaré la requête irrecevable pour règlement antérieur du différend par la Cour de justice de la CEDEAO.

18 A Tzanakopoulos 'Domestic courts as the "natural judge" of international law: a change in physiognomy' in J Crawford & S Nouwen (dirs) *Select Proceedings of the European Society of International Law* (2010) 155-168; et, en général, VO Ayeni (dir) *The impact of the African Charter and the Maputo Protocol in selected African states* (2016).

19 Voir SH Adjolohoun 'Un régulateur régulé ? Le juge constitutionnel à l'ère du régionalisme constitutionnel en Afrique' Colloque commémoratif du 25ème anniversaire de la Cour constitutionnelle du Bénin, Association Béninoise de Droit Constitutionnel, 2 - 3 juin 2018.

20 See S Theil 'Is the "living instrument" approach of the European Court of Human Rights compatible with the ECHR and international law?' (2017) 23 *European Public Law* 587-614.

historique suppose que la Cour rende une justice lisible, une justice rendue dans la plénitude justifiée par son impérium, qu'elle la rende dans son entièreté, sans hésitation, sans réserve, sans imprécision, sans indécision, sans silences. L'investigation qu'impose cette mission révèle des silences marquants.

3 LES SILENCES D'UNE DÉCENNIE DE JURISPRUDENCE

En analysant les décisions rendues par la Cour africaine depuis son premier arrêt rendu en 2009 dans l'affaire *Yogogombaye*,[21] on observe une double tendance à des silences par imprécision et par indécision. A la réalité, ces deux tendances peuvent être exclusives ou concomitantes.

3.1 Des silences par imprécision

Cette première tendance est matérialisée par une jurisprudence qui illustre un silence total, partiel ou substantiel. Le silence total est manifesté lorsque la Cour manque de répondre à la question que pose le requérant ou l'Etat défendeur ou alors à la question qui devrait logiquement se dégager des moyens invoqués par les parties. Il est partiel lorsque cette approche ne concerne pas toutes les questions soulevées dans la cause et substantiel lorsque la question déterminée touche au corps de la jurisprudence de la Cour. Cela dit, pour les besoins d'une discussion efficiente, il est pertinent de s'intéresser autant que faire se peut à des espèces dans lesquelles ladite tendance se manifeste sous les trois aspects relevés.

3.1.1 Qualification juridique et factuelle des allégations de violation

L'illustration, sans doute la plus prégnante, est faite dans l'affaire *Nguza Viking et un autre c. République Unie de Tanzanie* où la Cour est appelée à se prononcer sur la question de savoir si le fait pour le juge interne de préférer la simple identification à la barre à une identification formelle dans une affaire de viol, constitue une violation du droit des requérants au procès équitable. On note qu'en l'espèce, les agents de police avaient préalablement conduit les victimes sur les lieux du crime où elles avaient vu les requérants au moment de leur arrestation puis pendant leur détention.[22]

Au moment de déterminer la question à examiner, la Cour estime qu'il s'agit de celle de savoir si l'identification s'est faite conformément à l'article 7(1)(c) de la Charte qui stipule que toute personne a « droit à la défense, y compris celui de se faire assister par un défenseur de son

21 Voir *Michelot Yogogombaye c. Sénégal* CAfDHP (15 décembre 2009).

22 Voir *Nguza Viking et un autre c. République Unie de Tanzanie* AfCHPR (23 mars 2018, fond) para 86.

choix ».[23] En réponse, la Cour commence par énoncer sa position selon laquelle la preuve et la méthode d'identification « relèvent de l'entière discrétion des juridictions nationales et qu'elle – la Cour africaine – doit déférer à leurs constatations et décisions pour autant que cela ne résulte pas en une erreur judiciaire ».[24] Appliquant cette position aux faits de la cause, la Cour observe que le juge interne s'était satisfait du témoignage des victimes et qu'aucun élément du dossier n'indiquait que la procédure d'identification avait résulté en une parodie de justice.[25] Sur la base d'un tel raisonnement, la Cour conclut « qu'il n'y a pas eu violation de l'article 7(1)(c) ».[26]

En prélude à une discussion sur la substance de la position de la Cour, il s'impose de noter qu'elle ne définit pas ce qui constitue une « erreur judiciaire » ou une « parodie de justice » et n'indique non plus aucun paramètre d'application de ces notions à la cause en examen. Sur la substance de l'examen proprement dit, on relève aisément que, par une telle décision, la Cour se trompe au moins doublement. D'abord, elle se trompe dans la détermination de la question posée par les parties telle qu'elle ressort des moyens invoqués et de la violation alléguée. Il ne fait aucun doute que les parties ont discuté largement mais exclusivement de l'identification des accusés et non du droit à la défense tel que protégé par l'article 7(1)(c).[27] Si l'on peut comprendre que la liste des droits au procès équitable expressément énumérés à l'article 7 de la Charte n'inclut pas le droit à l'équité procédurale qui est manifestement invoqué par les requérants en l'espèce, il s'offrait au juge africain les alternatives des Directives et principes sur le droit à un procès équitable[28] et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.[29] En s'y référant, la Cour aurait dû identifier la violation alléguée comme celle du droit général « à ce que sa cause soit entendue » qui constitue le chapeau de l'article 7(1) de la Charte.

Par ailleurs, la Cour consacre un déni de justice d'une part, en ne répondant pas à la question posée et, d'autre part, en manquant de conclure à une violation là où les faits et le droit indiquent fortement qu'il y en avait. Le premier point a été couvert. Pour ce qui est du second, selon les faits tels qu'adoptés par la Cour et non contestés par l'Etat défendeur, les victimes ont eu connaissance de l'identité des requérants précédemment au procès. En outre, la juridiction de

23 *Nguza Viking*, para 88.

24 *Nguza Viking*, para 89.

25 *Nguza Viking*, para 90.

26 *Nguza Viking*, para 90.

27 *Nguza Viking*, paras 83-87.

28 Voir Commission africaine, Directives et principes sur le droit à un procès équitable et l'assistance judiciaire en Afrique (2003). Lesdites Directives développent les droits liés au procès équitable de manière détaillée notamment en leur section 'N) dispositions applicables aux procédures relatives aux accusations pénales' et particulièrement en la sous-section '6 – droits pendant le déroulement d'un procès'.

29 La Cour adopte d'ailleurs cette approche dans ses arrêts *Mohamed Abubakari c. République Unie de Tanzanie* CAfDHP (3 juin 2016, fond) paras 137-138; et *Anudo Ochieng Anudo c. République Unie de Tanzanie* CAfDHP (22 mars 2018, fond) paras 110-111.

jugement a fait identifier les requérants par les victimes à l'audience en procédant par simple permutation de sièges. Dans ces circonstances, il est flagrant que l'identification avait dès lors été viciée et que la culpabilité des requérants était établie avant le procès. Par conséquent, il y avait vraisemblablement eu violation de l'article 7(1) de la Charte dans son chapeau et plus précisément du droit à l'équité procédurale. En tout état de cause, en déférant exclusivement à la détermination factuelle du juge interne, la Cour s'est refusée à examiner des faits pourtant allégués devant elle et, par conséquent, à vérifier s'il y avait eu « erreur judiciaire » ou « parodie de justice ». Mais c'est là une question à laquelle la discussion retourne ultérieurement, plus amplement.

3.1.2 Caractère détachable et facultatif d'un acte unilatéral conventionnel et obligatoire

Une autre espèce d'importance qui révèle davantage un silence partiel et substantiel est l'affaire *Victoire Ingabire Umuhoza c. République du Rwanda*.[30] Dans cette cause, la Cour est appelée à se prononcer sur la validité du retrait par le Rwanda de sa déclaration de reconnaissance de juridiction mais également sur les conditions la régissant et les effets en découlant.

La Cour conclut que la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT) « ne s'applique pas à la déclaration prévue à l'article 34(6) du Protocole » au motif unique que « la déclaration elle-même est un acte unilatéral qui n'est pas soumis au droit des traités ».[31] Cependant, en identifiant les règles applicables à la détermination de la validité du retrait, la Cour ne fait plus mention de « l'acte unilatéral » dont elle n'avance en outre aucune définition. Elle se tourne plutôt vers « les règles applicables aux déclarations de reconnaissance de juridiction et le principe de droit international de la souveraineté de l'Etat ».[32] Ensuite, la Cour illustre lesdites règles par les dispositions conventionnelles relatives à la reconnaissance de juridiction de la Cour internationale de justice, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.[33] Elle assimile alors la reconnaissance de juridiction de ces tribunaux à celle prévue à l'article 34(6) du Protocole pour confirmer qu'il s'agit d'une déclaration optionnelle parce qu'unilatérale et donc détachable du Protocole pour les nécessités d'un retrait indépendant.[34] Ces conclusions appellent plusieurs observations.

Primo, en décidant de qualifier la déclaration de l'article 34(6) d'acte unilatéral de l'Etat, la logique juridique et la lisibilité jurisprudentielle recommandaient que la Cour avança une définition de la notion « d'acte unilatéral », qu'elle en dégagea les caractéristiques

30 CAfDHP (3 juin 2016, retrait de la déclaration).
31 *Victoire Ingabire Umuhoza*, para 54.
32 *Victoire Ingabire Umuhoza*, para 55.
33 Voir *Victoire Ingabire Umuhoza*, para 56.
34 *Victoire Ingabire Umuhoza*, para 57.

majeures et en énuméra des exemples à titre de comparateurs, tels que la reconnaissance, la dénonciation ou la réserve. La Cour aurait alors évalué les dispositions de l'article 34(6) à l'aune de la fondation ainsi bâtie pour conclure quant à la nature de la déclaration. En ne faisant pas ainsi, la Cour a annoncé un critère d'évaluation sur la base duquel elle a apparemment conclu sans l'expliquer.

Secundo, c'est les règles finalement appliquées par la Cour qui peuvent poser problème. Elle compare ainsi la déclaration de l'article 34(6) du Protocole à celle applicable dans le cas de la Cour interaméricaine. La difficulté est qu'en procédant de la sorte, la Cour africaine fait l'impasse sur la formule de nature obligatoire adoptée par l'article 34(6) du Protocole qui stipule que « l'Etat *doit* faire une déclaration ».[35] En décidant d'interpréter la déclaration comme facultative, la Cour lit du coup le « doit » de l'article 34(6) comme le « peut » de son correspondant, l'article 45 de la Convention américaine des droits de l'homme.[36] C'est pourtant cette seconde norme que la Cour élit comme comparateur pour établir la nature de la première norme. Comme la Cour elle-même l'indique expressément, l'ultime objet de cette approche interprétative est de soustraire la déclaration au régime du droit des traités afin que ne s'applique à son retrait que des règles générales de droit international public et non la CVDT. Il reste à savoir si de telles règles sont pertinentes dans l'application de normes des droits de l'homme auxquelles s'appliquent en général des règles et principes dits exorbitants de droit commun. La Cour n'a pas exploré cette piste, ni celle qui commandait, pour rester fidèle au texte, de lire la déclaration comme une prescription conventionnelle obligatoire.

Enfin, lorsqu'elle est face au dilemme de la détermination de la date d'effet du retrait au sujet de laquelle le Protocole garde le silence, la Cour doit emprunter à une norme écrite puisque le principe n'est consacré ni en règle général de droit ni dans la Convention américaine érigée en comparateur pour régler la question de la validité du retrait.[37] Seule la CVDT prévoit que le retrait prendra effet dans l'année de sa notification à l'autorité dépositaire, l'article 78(1) de la Convention américaine stipulant plutôt, quant à lui, pour le retrait de l'ensemble du traité. Ainsi, en déterminant si la notification est applicable dans le cas du Protocole, la Cour s'appuie largement sur la nature particulière de la déclaration en tant qu'acte unilatéral de l'Etat mais qui crée des droits au profit des tiers, individus ou groupes d'individus, et dont la jouissance requiert une sécurité juridique.[38] Par ailleurs, en se prononçant sur la date d'effet, la Cour africaine dit s'inspirer de l'article 78(1) de la Convention américaine, de l'arrêt *Ivchner c. Pérou* de la

35 Même en considérant la version anglaise du texte, la prescription de la déclaration est obligatoire par nature puisque la disposition stipule que 'the State *shall* make a declaration'. Soulignement de l'auteur dans les deux langues.

36 Ladite disposition se lit '1. Tout Etat partie *peut*, au moment du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, ou ultérieurement, déclarer qu'il reconnaît la compétence de la Commission pour recevoir et examiner les communications'. Soulignement de l'auteur.

37 Voir art 56(1) Convention de Viennes sur le droit des traités (1969).

38 Voir *Victoire Ingabire Umuhoza*, para 60-62.

Cour interaméricaine des droits de l'homme et de l'article 56(2) de la CVDT.[39] Sur cet édit, on note avec une pointe de déception que la Cour se dédit doublement d'une part, en fondant finalement son argumentaire sur le principe exorbitant de « tiers titulaires de droits » de l'homme et des peuples et, d'autre part, en empruntant à la CVDT qui s'applique à des obligations conventionnelles et pas aux actes unilatéraux de l'Etat tels que la déclaration de l'article 34(6). Au-delà d'une tentative de rattrapage, on peut estimer que l'addendum que fait la Cour à l'arrêt *Victoire Ingabire Umuhoza* sur le retrait confirme le malaise d'un silence jurisprudentiel substantiel.[40]

3.1.3 Natures judiciaire et extraordinaire des recours internes

La troisième question de jurisprudence illustrant le silence de la Cour africaine par imprécision est celle de la nature des voies de recours internes à épuiser au sens des dispositions de l'article 56(5) de la Charte. La Cour admet en général deux grandes catégories de recours: les recours judiciaires et les recours ordinaires. Du coup, elle rejette systématiquement tout recours ne tombant pas dans cette catégorisation.

En ce qui concerne la nature judiciaire des recours, la Cour en pose le principe dans l'arrêt *Christopher R. Mtikila c. République Unie de Tanzanie* en décidant qu'il doit s'agir de recours exclusivement judiciaires.[41] La Cour décide que le requérant n'est pas obligé d'exercer ces recours qui sont extraordinaires en ce qu'ils imposent une autorisation préalable pour raisons spéciales et sont accordées à la discrétion de la juridiction. Lorsque dans l'affaire *Mohamed Abubakari*,[42] l'Etat défendeur soutient que la demande en révision et la pétition constitutionnelle sont des recours judiciaires à épuiser, la Cour les rejette pourtant comme extraordinaires. Elle qualifie la pétition constitutionnelle de recours extraordinaire qui « n'est pas généralement admis », ou « ordinaire » mais est « visiblement exceptionnel », « auquel l'on ne pense pas *à priori* » et qui, aux termes de la Loi nationale sur la procédure constitutionnelle de protection des droits fondamentaux ne peut être exercée qu'en l'absence de tout autre recours.[43] La Cour applique la même logique argumentaire à la demande en interprétation.[44] A la réalité, en ce qui concerne spécifiquement sa position sur la nature extraordinaire de ces deux types de recours, la Cour en avait déjà formé les prémices dans l'arrêt *Alex Thomas c. République Unie de Tanzanie*.[45] Dans les arrêts

39 Voir *Victoire Ingabire Umuhoza*, para 65.

40 Voir *Victoire Ingabire Umuhoza* (5 septembre 2016, rectificatif) point ii.

41 Voir *Reverend Christopher R. Mtikila c. République Unie de Tanzanie* CAfDHP (14 juin 2013, fond) para 82(3).

42 Voir *Mohamed Abubakari* (n 29).

43 Voir *Mohamed Abubakari* (n 29) paras 67, 70 et 72.

44 Voir *Mohamed Abubakari* (28 septembre 2017, interprétation) paras 35-36.

45 CAfDHP (20 novembre 2015) paras 63-65.

subséquents qu'elle rend dans les affaires *Christopher Jonas c. République Unie de Tanzanie*[46] et *Kennedy Owino Onyachi et un autre c. République Unie de Tanzanie*,[47] elle fait une application systématique des précédents qu'elle avait forgés dans les arrêts *Christopher Mtikila* et *Mohamed Abubakari*.

Si l'on est fondé à se satisfaire de ce que la Cour adopte constance et consolidation au fil des arrêts, cette politique jurisprudentielle indifférenciée pose au moins deux problèmes. Le premier est que la notion de « recours extraordinaire » est imprécise et absolutiste. Si l'extraordinaire est entendu comme s'établissant au-delà de l'ordinaire, on peut se demander en quoi des recours légalement prévus dans l'ordre juridique interne de l'Etat défendeur devraient être considérés comme n'allant pas de soi. En outre, la Cour fait équivaloir extraordinaire et discrétionnaire alors qu'il n'est pas certain que tout recours extraordinaire soit aussi un recours discrétionnaire. Il en est ainsi puisque la procédure d'un recours ordinaire comporte nécessairement des éléments de discrétion. On notera ainsi que même dans l'examen des requêtes introduites devant elle, la Cour africaine exerce une large discrétion par le biais de multiples règles de saisine, de compétence, de recevabilité ou encore de proportionnalité. Par ailleurs, dans son arrêt *Alex Thomas*, la Cour développe la théorie du « faisceau de droits et garanties » pour dispenser le requérant d'épuiser les recours quant aux violations de droits fondamentaux procéduraux n'ayant pas été alléguées devant les juridictions nationales.[48] Alors qu'elle fait une application systématique de cette théorie de « faisceau de droits et garanties » dans ses arrêts subséquents, la Cour n'apporte aucune clarification quant à son application dans les espèces ne comportant pas de faisceau.[49]

Le second problème que pose l'application systématique et indifférenciée de ces positions jurisprudentielles est celui de leur déconnection systémique. En ce qui concerne les natures judiciaire et ordinaire des recours, la Cour a visiblement emprunté l'approche initialement absolutiste dégagée par la Commission particulièrement dans la Communication *Alfred Cudjoe c. Ghana*.[50] Seulement, la Commission a, depuis, abandonné sa position restrictive et développé une approche utilitariste qui reconnait par exemple les recours de nature administrative ou autre, notamment lorsque ceux-ci sont prévus et fonctionnent dans l'ordre interne.[51] On pourrait comprendre une approche progressiste de la Cour en faveur d'un requérant indigent. Mais il est difficile de justifier une interprétation aussi absolutiste. Des exigences systémiques paraissent surpasser cette logique. On peut rappeler à cet égard que la mission historique de la Cour lui confère une

46 CAfDHP (28 septembre 2017) para 44.

47 CAfDHP (28 septembre 2017) para 56.

48 Voir *Alex Thomas* (n 45) para 60.

49 Voir *Nguza Viking* (n 22) para 53; *Kennedy Owino* (n 47) para 54.

50 (2000) AHRLR 127 (ACHPR 1999).

51 Voir par exemple, *Hammadi Kammoun c. Tunisia*, Communication 366/09 (CADHP 2014), *Geneviève Mbiankeu c. Cameroon*, Communication 389/10 (CADHP 2015).

fonction de régulation et d'harmonisation de l'interprétation du droit africain des droits de l'homme. En outre, le développement prétorien du droit doit coller à la nécessité d'ajustement jurisprudentiel dans des espèces subséquentes.

3.1.4 Circonstances « impérieuses » justifiant la réparation

Une dernière question dans ce registre est celle relative aux « mesures appropriées » et « circonstances impérieuses » par lesquelles la Cour régule la détermination des réparations qu'elle accorde en cas de violation. Dans son arrêt *Alex Thomas*, la Cour avait décidé « qu'elle ne peut ordonner la remise en liberté du requérant que dans des cas très spécifiques et / ou des circonstances impérieuses ».[52] Elle empruntait ainsi la jurisprudence de la Cour interaméricaine fondée spécifiquement sur la nécessité d'éviter la double incrimination du requérant contraire à la Convention américaine.[53] Pourtant, en concluant « qu'en l'espèce, le requérant n'a pas indiqué des circonstances spécifiques et impérieuses qui justifieraient que la Cour ordonne »[54] la remise en liberté, elle observe le silence absolu sur les circonstances dont le défaut d'indication est sanctionné. En revanche, sur le constat de circonstances qu'elle est parvenue à dégager des faits de la même cause, la Cour écarte la reprise du procès en estimant qu'une telle option résulterait en un préjudice et une injustice, le requérant ayant déjà purgé 20 des 30 années de la peine.[55] En conclusion, elle « ordonne par conséquent à l'Etat défendeur de prendre les mesures appropriées pour réparer les violations en tenant compte des facteurs ci-dessus ».[56] La Cour reprend les mêmes principes dans l'affaire *Mohamed Abubakari* et ordonne à l'Etat défendeur de « prendre toutes les mesures appropriées pour réparer les violations constatées à l'exception de la reprise du procès ».[57]

De toute évidence, la Cour reste bien imprécise en ce qui concerne tant les circonstances dont elle sanctionne le défaut d'indication par le requérant que les mesures dont elle ordonne l'adoption par l'Etat défendeur. Les implications peuvent préoccuper dans la mesure où elles touchent fondamentalement sa mission dans le système africain des droits de l'homme. Bien que l'on puisse prêter à la Cour l'excuse de chercher à aménager une marge d'appréciation aux Etats, les nécessités systémiques dépassent une telle justification. En particulier, quand on sait que l'usage de la formulation « remédier aux violations constatées »[58] fût l'une des critiques les plus acerbes faites à la

52 Voir *Alex Thomas* (n 45) para 157.

53 Voir *Loyza Tamayo c. Pérou* IACHR (17 septembre 1997) paras 5 et 84.

54 *Alex Thomas* (n 45) para 157.

55 Voir *Alex Thomas*, para 158.

56 *Alex Thomas*, para 159.

57 *Mohamed Abubakari* (n 29) paras 236, 242(xii).

58 Voir, entre autres, *Pagnoule c. Cameroun* (2000) AHRLR 57 (ACHPR 1997); *Avocats Sans Frontières (pour le compte de Bwampamye) c. Burundi* (2000) AHRLR 48 (ACHPR 2000) *Abubakar c. Ghana* (2000) AHRLR 124 (ACHPR 1996).

Commission,[59] on se serait légitimement attendu d'une Cour revêtue du plein impérium judiciaire d'offrir une protection plus précise, plus spécifique et par conséquent plus efficace et d'autorité. L'imprécision peut également nuire à l'autorité et à la légitimité de la Cour par le défaut d'exécution de ses arrêts comme la Cour de justice de la CEDEAO en a fait la malheureuse expérience par exemple dans les affaires *Isabelle Ameganvi et autres c. Togo*[60] et *Khalifa Sall et autres c. Sénégal.*[61] A titre de bémol, on peut se réjouir que la Cour africaine laisse la porte entrouverte en « notant » que son refus d'ordonner la remise en liberté du requérant « n'affecte en rien le pouvoir de l'État défendeur d'envisager lui-même une telle mesure s'il la juge appropriée ».[62] C'est à juste titre qu'à ce sujet, le Doyen Ben Achour opine que « cette manière d'élaguer la demande du requérant est antinomique de la constatation antérieure d'une cascade de violations ». C'est un peu comme une tentative de la Cour d'atténuer son silence en faisant suppléer le refus d'exécuter son *decidendi* par la « bénévolance »[63] souveraine de l'Etat défendeur.

D'ailleurs, on peut valablement avancer que la Cour africaine elle-même connaît déjà un début de revers jurisprudentiel sur cette question. Les premières demandes en interprétation peuvent constituer un début de preuve à cet égard. Mais c'est là une question qu'il paraît plus judicieux de soulever au titre des silences de la Cour dus plutôt à son indécision.

3.2 Des silences par indécision

L'acception d'indécision renvoie ici à l'hypothèse selon laquelle la position jurisprudentielle adoptée par la Cour est caractérisée non par le défaut de précision mais s'explique plutôt par le fait de son hésitation. La motivation et l'argumentaire développés par la Cour laissent entrevoir une confrontation manifeste entre la pleine conscience du pouvoir de décider dans un sens et la forte pression de ce qui s'apparenterait à l'auto-censure justifiant de décider dans le sens contraire.

3.2.1 Mesures appropriées en réparation d'une violation constatée

L'une des expressions les plus marquantes du silence par indécision est vraisemblablement l'interprétation de la notion de « mesures

59 Voir N Enonchong 'The African Charter on Human and Peoples'Rights: effective remedies in domestic law?' (2002) 46 *Journal of African Law* 197.

60 *Manavi Isabelle Ameganvi et autres c. Togo*, ECW/CCJ/JUD/09/11 (7 octobre 2011).

61 *Khalifa Ababacar Sall et autres c. Sénégal*, ECW/CCJ/JUD/17/18 (29 juin 2018).

62 *Christopher Jonas* (n 46) para 95.

63 G Canivet 'Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la 'bénévolance' des juges' (2005) 4 *Revue des sciences criminelles et de droit comparé* 799-817.

appropriées » qu'ordonne la Cour en réparation d'une violation constatée. Appelée à interpréter la notion telle qu'appliquée dans son arrêt *Mohamed Abubakari*, la Cour finit par étendre les mesures appropriées à la remise en liberté alors qu'elle l'avait écartée de manière expresse dans l'arrêt sur le fond.[64] Pour ainsi décider, la Cour réitère l'argument de défaut de circonstances impérieuses sans, ici non plus, indiquer lesdites circonstances ni en dégager les facteurs de détermination ou les caractéristiques.

Une implication significative doit retenir l'attention quant à cette position qui apparaît comme un rebours jurisprudentiel dicté par la seule volonté de rechercher préalablement l'assentiment souverain de l'Etat défendeur. Cette implication se rapporte à l'impérium de la Cour concernant spécifiquement les réparations qu'elle peut ordonner. L'article 27 du Protocole stipule à cet égard que « 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 ». La clarté du texte emportant interprétation littérale, on peut avancer que le législateur a entendu ne pas limiter la nature et l'amplitude des mesures que la Cour peut ordonner. La formule de précision « y compris » confirme que les mesures spécifiées en fin de disposition ne sont que deux des mesures multiples et multiformes dont la détermination est laissée à la discrétion de la Cour.[65]

En jugeant comme elle le fait de manière relativement très constante jusque-là, la Cour affaiblit son autorité et renforce indûment la marge d'appréciation conférée aux Etats. A la limite, elle cède son impérium à l'État défendeur qui décide du sort du requérant. Elle ne saisit pas non plus l'opportunité des demandes en interprétation, par exemple dans l'arrêt *APDH c. République de Côte d'Ivoire*,[66] pour préciser, affiner et affermir ses précédents posés dans les arrêts *Alex Thomas* et *Mohamed Abubakari*. Si le but visé est l'aménagement d'une marge d'appréciation au profit de l'Etat, alors la jurisprudence de la Cour ne passe pas le test de proportionnalité face à la mission historique de complémentarité que fait peser sur elle une lecture conjointe des articles 2, 3 et 27 du Protocole.

En outre, alors que dans l'arrêt *Mohamed Abubakari* en interprétation elle avise explicitement l'Etat défendeur quant à « la manière » de mettre en œuvre les « mesures appropriées », la Cour rejette la même demande dans l'affaire *APDH* au motif que l'Etat défendeur devenu demandeur, la République de Côte d'Ivoire, n'avait pas reproduit les termes exacts du dispositif de la décision dont l'interprétation est requise. Ceci, alors même que le Règlement intérieur de la Cour n'impose au demandeur que « d'indiquer avec

64 Voir *Mohamed Abubakari* (n 44) para 38.

65 Voir R Ben Achour 'Projet d'opinion sur les circonstances exceptionnelles' (mai 2018) où le Juge propose une analyse critique des pouvoirs de la Cour africaine aux termes de l'article 27 du Protocole comparés à ceux de la Commission interaméricaine et de la Cour européenne des droits de l'homme. Voir également, Opinion dissidente du Juge Rafâa Ben Achour dans l'affaire *Mohamed Abubakari* (4 juin 2016).

66 CAfDHP (28 septembre 2017, interprétation) para 16.

précision » et non *verbum pro verbo* « les points du dispositif dont l'interprétation est demandée ».[67] Pour les besoins de clarté, il convient de rappeler que la Cour avait ordonné à l'Etat de Côte d'Ivoire de « modifier la loi … pour la rendre conforme aux instruments » internationaux.[68] La Cour considère par conséquent que, bien que la demande en interprétation « semble porter » sur la manière dont la loi doit être modifiée, « sa finalité n'est pas d'en clarifier le sens mais d'obtenir l'avis de la Cour sur la manière de mettre en œuvre ce point ».[69] Elle estime que cela « relève de la responsabilité de l'Etat ».[70]

La jurisprudence, c'est aussi la science de la similitude entre les causes et la comparaison impose de noter que « la manière dont la loi doit être modifiée » s'apparente fortement aux « mesures appropriées ». La nécessité de combler l'imprécision « des mesures » dans l'affaire *Mohamed Abubakari* est manifestement la même que celle d'indiquer « la manière » dans l'affaire *APDH*. En l'ignorant, la Cour peut donner *quitus* aux Etats pour décider quant à l'exécution de ses décisions. L'auto-censure est improductive plus particulièrement dans les cas de demandes d'interprétation puisque si un Etat n'entend pas exécuter les arrêts d'une juridiction, il devrait se contenter de profiter de l'entière latitude offerte par l'arrêt initial au lieu d'en demander la clarification qui la lierait de manière stricte. Tel qu'indiqué plus haut, les risques inhérents incluent le refus d'exécuter des arrêts de la Cour, le dilatoire des Etats qui décideront d'abuser de la marge d'appréciation et la déception des requérants dont la confiance en la Cour faiblira.

3.2.2 Circonstances impérieuses comme affirmatives d'auto-censure

Comme relevé plus haut, la jurisprudence des « circonstances impérieuses » comporte elle aussi un élément d'indécision. Pour le bénéfice de la discussion, on peut reprendre l'illustration offerte par l'arrêt *Alex Thomas* et ceux subséquents. Lorsque, sans que l'État défendeur ait indiqué les « circonstances impérieuses », elle décide d'interpréter les « mesure appropriées » comme incluant la remise en liberté qu'elle avait rejetée, la Cour escamote ses indicateurs jurisprudentiels. Elle confirme en outre son indécision quant à la conscience qu'elle a de l'amplitude de ses pouvoirs conférés par les dispositions non équivoques l'article 27 du Protocole. Par ailleurs, si la Cour a pu, dans ses décisions antérieures, invoquer *suo motu* des conditions procédurales et des violations substantielles sur la base des seuls faits portés devant elle, les « vertus juridictionnelles »[71] qu'elle épouse quant aux « circonstances impérieuses » donnent l'impression d'une jurisprudence « à deux vitesses ».

67 Art 66(2) Règlement intérieur de la Cour (2010).
68 *APDH c. Côte d'Ivoire* CAfDHP (18 novembre 2016, fond) point 7 du dispositif.
69 *APDH* (n 66).
70 *APDH*.
71 Voir Bickel (n 11).

Or, de jurisprudence constante, la Cour elle-même dit que l'apparence est une jauge fondamentale de l'impartialité de la justice.[72] Lorsque les faits de la cause sont devant elle et représentent en eux-mêmes des circonstances suffisantes, la Cour imposerait au requérant le fardeau injustifiable de devoir plaider lesdites circonstances. Il s'agirait simplement d'un déni de justice.

3.2.3 Constatations factuelles dans une marge d'appréciation illimitée

C'est dans la même logique qu'il faut relever la déférence de la Cour aux conclusions factuelles établies par les juridictions internes. L'arrêt de la Cour dans l'affaire *Nguza* est d'un intérêt certain sur la question. Comme rappelé plus haut, la Cour avait conclu qu'aucune violation n'était constituée dans une espèce où les requérants avaient été identifiés au prétoire par le seul moyen d'une permutation de sièges alors même que la police les avaient fait identifier par les victimes au moment de l'arrestation et pendant la détention provisoire. La Cour a estimé que « la détermination de la question de la preuve concernant l'identification d'un accusé doit être laissée aux juridictions nationales puisqu'elles évaluent la valeur probante de telles preuves et jouissent d'une large discrétion à cet égard. En général, la Cour doit par conséquent déférer aux juridictions nationales sur ce point pour autant que cela ne résulte pas en une parodie de justice ».[73] Dans cette espèce, la Cour se contente donc de reproduire les constatations factuelles du juge interne pour conclure qu'il n'y a pas eu violation de la Charte africaine.[74] Elle applique le même raisonnement en estimant que l'alibi de l'absence de l'un des requérants dans la ville où le crime a été commis tombe devant les déclarations des témoins pour autant que les juridictions internes en ont ainsi conclu.[75] Pourtant, dans la même affaire, la Cour sanctionne le défaut pour le juge interne d'autoriser le test de virilité demandé par l'un des requérants et qui aurait pu le faire disculper de l'accusation de viol.[76]

Une telle position mérite attention eu égard à l'interprétation que fait la Cour du principe de « la marge d'appréciation » des Etats à l'aune de son impérium judiciaire, notamment à la lumière des articles 3 et 27 du Protocole. Sans devoir s'enliser dans le débat sur la marge d'appréciation, il suffira de relever que le fait pour la Cour de ne pas se substituer aux juridictions internes quant à l'application du droit national à l'aune des faits établis ne saurait conduire à un refus de contrôle de conventionalité. Justement, il est tout aussi quasi impossible qu'il serait inefficace pour le juge international d'exercer un tel contrôle dans un détachement total des faits et de l'application qui

72 Voir *APDH* (n 68) paras 123, 125, 133, 134. Voir également *Samuel Mack Kit et un autre c. Cameroun* CADHP, Communication 423/12 (40ème Rapport d'activités 2015-2016).

73 *Nguza Viking*, para 89.

74 Voir *Nguza Viking*, para 90.

75 Voir *Nguza Viking*, para 105.

76 Voir *Nguza Viking*, para 117.

leur a été faite du droit national. Dans l'affaire *Nguza*, il serait irréaliste de suggérer que la Cour africaine se prononce sur la question de l'alibi dans les circonstances de la cause sans dégager et évaluer tous les éléments ayant permis au juge interne de rejeter des alibis probants au profit de témoignages obtenus par la procédure d'identification manifestement irrégulière relevée plus haut. On note d'ailleurs que la Cour a procédé comme il est ici suggéré lorsqu'elle a examiné l'allégation de défaut de remise aux requérants des déclarations des témoins à charge.[77] L'arrêt subséquemment rendu par la Cour dans l'affaire *Armand Guehi c. République Unie de Tanzanie* montre bien que la concession d'une marge d'appréciation absolue quant aux constatations factuelles n'est pas tenable.[78]

3.2.4 Qualité pour agir des ONGs dans la procédure consultative

L'ultime question, mais non la moindre, soulevée dans le registre des silences est celle du *locus standi* des organisations non gouvernementales (ONGs) dans la procédure consultative devant la Cour africaine. Une question connexe mais non moins importante se rapporte à l'examen par les organes politiques de l'Union africaine du Rapport d'activités de la Commission.

En ce qui concerne la qualité de demandeur d'un avis consultatif, l'article 4(1) du Protocole stipule que: « A la demande d'un Etat membre de l'OUA, de l'OUA, de tout organe de l'OUA ou d'une *organisation africaine reconnue par l'OUA*, la Cour peut donner un avis sur toute question juridique concernant la Charte ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme ». Au mois d'octobre 2018, la Cour avait reçu et répondu à 13 demandes d'avis consultatifs provenant toutes d'organisations non gouvernementales.[79] Par le premier avis qu'elle rend dans la demande introduite par *SERAP*,[80] la Cour estime que les ONGs ne sont pas des organisations reconnues par l'Union africaine au sens du Protocole. De l'avis de la Cour, le seul statut d'observateur près la Commission ne peut suffire étant donné que les deux statuts sont accordés au terme de deux procédures et par deux entités juridiques différentes.

En renvoyant à nouveau à sa mission de régulateur du système africain des droits de l'homme, il y a lieu de noter que lorsque la Cour s'engage dans une entreprise d'interprétation, elle a le devoir de n'exclure aucune option utile. Tout au moins, lorsqu'elle s'est prononcée, aucune option valide, pertinente, logique ou téléologique ne doit rester inexplorée comme c'est le cas dans la jurisprudence sur la qualité de demandeur d'avis consultatif des ONGs qui peut soulever de sérieuses appréhensions mêlées d'interrogations. Par exemple, quelle

77 Voir *Nguza Viking*, paras 91-100.

78 CAfDHP (7 décembre 2018) paras 106-110.

79 Voir Cour africaine, Liste des requêtes reçues par la Cour, octobre 2018.

80 *Socio- Economic Rights and Accountability Project* CAfDHP Avis 1/2013 (26 mai 2017).

est la raison d'être de la procédure d'octroi du statut d'observateur par la Commission dans le contexte d'une reconnaissance de celle-ci par l'Union africaine comme un organe de traité ayant un mandat spécial quant à la protection et la promotion des droits de l'homme en Afrique?[81] Par ailleurs, on sait que la procédure consultative devant la Cour peut, en ce qui concerne spécifiquement les ONGs, clarifier le droit africain des droits de l'homme pour renforcer l'intervention de la société civile et avancer la cause de ces droits sur le continent. A la lumière de cet objectif, laquelle des institutions de l'Union africaine serait la plus légitimée à consacrer aux ONGs la reconnaissance nécessaire pour interroger la Cour sur toute question juridique relative aux droits de l'homme protégés par la Charte ? Dans la même logique, il faut relever le contexte de la rareté traditionnelle de la participation des Etats à la procédure consultative en matière des droits de l'homme devant les instances internationales et, en particulier, l'absence d'une telle intervention au cours de la première décennie d'activité de la Cour africaine. Dans un tel contexte, de quelle utilité serait pour la mission historique de la Cour, une interprétation *stricto sensu* de sa compétence consultative alors que son office a été animé jusque-là presqu'exclusivement par les ONGs?

En ce qui concerne en particulier la participation des Etats à la procédure consultative, on observe que, sur les cinq avis rendus par la Cour relativement à la qualité de demandeur des ONGs,[82] seulement sept des 54 Etats membres de l'Union africaine ont fait des observations en dépit de la pratique très libérale de la Cour en termes de délai. Cette participation se présente comme suit: *SERAP*,[83] *Centre for Human Rights et autres*,[84] *Association Africaine de Défense des Droits de l'Homme*,[85] *RADDHO*[86] et *Centre for Human Rights et Coalition for African Lesbians*.[87]

Enfin, quelle serait l'intérêt d'une interprétation stricte lorsque la solution prescrite par la Cour est une procédure d'octroi de statut d'observateur par l'Union africaine qui reste vague et n'a jamais été appliquée concernant les ONGs?

La question connexe de l'examen du Rapport d'activités de la Commission soulève davantage d'appréhensions quant à la position de la Cour. Lors de l'examen du 37ème Rapport d'activités de la

81 Art 45, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981, 1986).

82 La Cour a reçu 13 demandes à ce jour dont seulement six ont été examinées, les sept autres ayant été soit radiées soit retirées par les demandeurs. Cinq d'entre les six avis rendus sont relatifs à la qualité de demandeur des ONGs, la sixième se rapportant à la qualité de demandeur du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant.

83 Six Etats font des observations. Sur la qualité de demandeur des ONGs, deux s'abstiennent, deux répondent par la positive et deux par la négative.

84 Avis 1/2016 (28 septembre 2017). Aucune observation.

85 Avis 2/2016 (28 septembre 2017). Aucune observation.

86 *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme* Avis 2/2014 (28 septembre 2017). Un Etat fait des observations en faveur des ONGs.

87 Avis 2/2015 (28 septembre 2017). Deux Etats font des observations en défaveur des ONGs.

Commission, le Conseil exécutif de l'Union africaine a demandé à cet organe, entre autres, de « supprimer les extraits concernant deux décisions sur des plaintes individuelles dirigées contre la République du Rwanda et accorder une audience audit État dans les deux cas » et de « retirer le statut d'observateur accordé aux ONGs qui pourraient tenter d'imposer des valeurs contraires aux valeurs africaines ». Le Conseil avait proposé et obtenu que le Rapport ne soit pas publié jusqu'à ce que la Commission mette en œuvre lesdites décisions. La question principale posée à la Cour par les demandeurs dans l'avis *Centre for Human Rights et Coalition for African Lesbians* est celle de savoir comment devrait s'interpréter le mandat conféré aux organes politiques de l'Union africaine aux termes de l'article 59(3) de la Charte « d'examiner » le Rapport d'activités de la Commission. Les deux organisations demandent en outre si les décisions mentionnées plus haut ont été prises dans les limites du pouvoir d'examen dudit Rapport.

Les implications de la position de la Cour sur la qualité des ONGs demandeuses d'avis s'analysent bien entendu à la lumière de sa décision de déclarer les demandes afférentes irrecevables pour défaut de reconnaissance par l'Union africaine. Loin de se limiter à la question des droits des minorités sexuelles, la demande d'avis relative à l'examen d'un rapport de la Commission intéresse le système africain des droits de l'homme dans son ensemble. Il en est ainsi, parce que cette question touche à l'indépendance d'un organe aussi important que la Commission. Il est utile de rappeler à cet égard que la Commission est un organe de traité tout comme le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ou la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Dans la galaxie des organes internationaux des droits de l'homme, on n'observe pas de hiérarchie entre la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour africaine et la Commission africaine. La Commission africaine a été créée par la Charte comme un organe indépendant n'ayant de lien hiérarchique avec aucune autre institution politique ou juridictionnelle lorsqu'il s'agit d'exercer ses mandats de promotion et de protection des droits de l'homme. En conséquence, dans l'hypothèse de la validité des mesures ordonnées par les organes politiques concernant le rapport de la Commission, lesdits organes seraient alors autorisés à exiger la rétraction d'une décision rendue en matière contentieuse en dehors de toute procédure juridictionnelle. Il n'y a pas le moindre doute que cette approche serait en violation du droit au procès équitable et, plus grave, de l'indépendance de la Commission.

Cet état de choses n'est pas réalisé à présent. Toutefois, le dilemme de la portée du mécanisme politique de présentation de rapport a de sérieuses implications pour l'ensemble du système africain des droits de l'homme dont les deux autres organes juridictionnels, la Cour et le Comité, présentent eux-aussi leurs rapports d'activités devant les organes politiques. Dans une certaine mesure, la Cour et le Comité peuvent subir les mêmes déboires que la Commission puisque leurs rapports sont présentés et débattus par les organes politiques, les Etats pouvant y porter des réserves et exiger des amendements.

On ne peut nier qu'au contraire des décisions de ses deux consœurs, les arrêts de la Cour ne sont pas contenus dans son rapport, sont rendus

public et deviennent immédiatement exécutoires dès leur prononcé en dehors de la procédure de rapport. Ceci dit, le Conseil exécutif de l'Union africaine a récemment demandé à la Cour de retirer de son rapport la mention des Etats n'ayant pas exécuté ses arrêts. En tout état de cause, la décision du Conseil exécutif relative à l'examen du rapport de la Cour devra ne plus mentionner les Etats en défaut d'exécution.[88] Cette pratique n'est manifestement pas conforme à la procédure de suivi d'exécution prévue aux articles 29 et 31 du Protocole aux termes desquels la Cour mentionne nommément les Etats et le Conseil exécutif supervise l'exécution pour le compte de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement.

4 CONCLUSION

Les observations introductives à la présente réflexion ont indiqué qu'il ne s'agissait pas d'une investigation exhaustive des silences observés dans la jurisprudence de la Cour. Cependant, l'étude de cas est largement représentative puisqu'elle couvre la plupart et les plus importantes des décisions de la Cour sur les questions identifiées.

Des points de vue du développement du droit et du renforcement du système, les implications des imprécisions sont aussi importantes que celles des indécisions. On note que les positions que prend la Cour peuvent influencer directement l'exécution ou non de ses décisions. En épousant l'hypothèse que l'autorité du juge tient principalement de la qualité de l'argumentaire qu'il développe dans ses arrêts, on note également que l'absence de précision et l'hésitation comportent un risque considérable d'effritement de l'autorité et de la légitimité de la Cour.

Un autre risque est celui de la fragilité du droit dérivé que crée la Cour si la jurisprudence est illisible. Sans doute, l'un des risques les plus sérieux serait que la Cour ne remplisse pas sa mission historique à l'égard du système et des justiciables comme il ressort de la lettre et de l'esprit du Protocole de Ouagadougou. Cette crainte est déjà manifestée et se renforce par l'auto-censure et l'aménagement indu d'une marge d'appréciation partielle ou illimitée selon les questions concernées. La logique voudrait qu'une juridiction internationale exerce son plein impérium de manière systémique au cours de la première décennie de son existence ou en tout cas pendant que les Etats coopèrent encore dans l'ambiance d'un engouement lié à la nouveauté de la convention et des procédures qu'elle crée.

Il n'est pas surprenant que cette période de grâce s'estompe progressivement dès la première masse critique d'arrêts en défaveur des Etats, notamment ceux les plus forts des points de vue diplomatiques et politiques. On observe à cet égard que la Cour africaine n'a pas rendu dix arrêts sur le fond condamnant les Etats

88 Voir Decision EX.CL/Dec.994(XXXII)Rev.1 on the 2017 Activity Report of the African Court on Human and Peoples' Rights (Doc. EX.CL/1057(XXXII), 25-26 January 2018.

avant de voir la République du Rwanda retirer sa déclaration de reconnaissance de juridiction. Dans une certaine mesure, l'exemple du Rwanda peut ne pas autoriser une généralisation. En revanche, face aux condamnations massives et répétées dont elle a fait l'objet, la République Unie de Tanzanie a introduit la pratique de rejeter systématiquement l'impérium de la Cour concernant les ordonnances de mesures provisoires.[89] Dans quasiment la même logique, sur le fondement que la Cour africaine avait ordonné des mesures provisoires dans une affaire relative à une question constitutionnelle relevant de la seule compétence de la Cour suprême du Ghana,[90] ladite juridiction a jugé qu'elle ne partageait ses pouvoirs avec aucune autre juridiction fût-elle internationale.[91] Le gouvernement du Ghana a soutenu cette position en avançant par ailleurs que le Protocole n'avait pas fait l'objet d'incorporation dans l'ordre juridique interne par défaut d'adoption d'un acte du Parlement postérieurement à la ratification.[92] Enfin, tel qu'indiqué plus haut, après plus de six années de pratique jamais contestée, les Etats ont décidé de ne plus mentionner dans la décision du Conseil exécutif relative à l'examen du rapport de la Cour, ceux d'entre eux n'ayant pas exécuté les arrêts de la juridiction.

Pour résorber ces faiblesses dans sa jurisprudence, il urge que, dans les arrêts qu'elle rendra au cours de sa deuxième décennie d'existence, la Cour brise ses silences. Il est crucial qu'elle parle aux justiciables, aux Etats, aux juridictions nationales et à l'ensemble du système africain des droits de l'homme. Il est impérieux qu'elle stabilise sa jurisprudence, redéfinisse la marge d'appréciation des Etats et fasse une lecture plus fidèle et plus évolutive de son impérium.

89 Il s'agit d'une douzaine d'ordonnances toutes rendues contre la Tanzanie le 18 mars 2016 dont celles indiquées dans les affaires *Ally Rajabu et autres c. Tanzanie*, *Armand Guehi c. Tanzanie*, et *John Lazaro c. Tanzanie*.

90 Voir *Alfred Agbesi Woyome c. République du Ghana*, CAfDHP (24 novembre 2017, Ordonnance de mesures provisoires).

91 Voir Arrêt du 28 novembre 2017, Cour suprême du Ghana.

92 See RD Nanima 'Fences need to be mended between Ghana and the African Court' The Conversation 7 January 2018 http://theconversation.com/fences-need-to-be-mended-between-ghana-and-the-african-court-89321 (consulté le 15 août 2018).

The normative power of the right to self-determination under the African Charter and the principle of territorial integrity: competing values of human dignity and system stability

*Carlson Anyangwe**

ABSTRACT: This article considers the interaction between the right of self-determination and the principle of territorial integrity, two powerful norms seemingly pulling in opposite directions, with reference to relevant texts and decisions of the African Commission on Human and Peoples' Rights. It posits that the enjoyment of complete self-determination is constrained by the somewhat skewed interpretation given to the norm by the Commission. The basic argument canvassed is that the right of self-determination is an enabling, ongoing collective human right applicable in colonial and certain post-colonial contexts. The case-law on self-determination shows that while the Commission readily upholds the right of internal self-determination it always declines claims to external self-determination. The dubious reasoning of the Commission is that this variant of self-determination is unavailable in post-colonial Africa because of its incompatibility with the principle of territorial integrity. And yet the right of self-determination is available to other oppressed peoples even in a non-colonial context to assert their humanity, dignity and freedom. The author concludes that while self-determination and territorial integrity appear to be pulling in opposite directions, in fact the two norms are not always in conflict. Sometimes they complement each other and are mutually reinforcing. Sometimes also, one norm yields to the other as a matter of law. In circumstances where the law is silent on the question of which norm prevails over the other, it seems meaningful that self-determination should prevail over territorial integrity on account of the fact that it is people who determine the destiny of territory and not the other way round.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

Le pouvoir normatif du droit à l'autodétermination dans la Charte africaine et le principe d'intégrité territoriale: l'opposition entre les valeurs de dignité humaine et de la stabilité du système

RÉSUMÉ: Cet article examine l'interaction entre le droit à l'autodétermination et le principe d'intégrité territoriale, deux normes fondamentales qui, en référence aux textes et décisions pertinents de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, semblent chacune tirer dans sa direction. Cet article suggère que la jouissance d'une autodétermination complète est limitée par l'interprétation quelque

* BA, LLB (Yaoundé), PGD Comparative Law (Strasbourg), LLM, PhD (London); Professor of Laws and former Executive Dean and a Rector, Walter Sisulu University; currently Adjunct Professor, Nelson Mandela School of Law, University of Fort Hare; Member of the African Commission's Working Group on the Death Penalty and Extrajudicial, Summary or Arbitrary Killings in Africa. I acknowledge with thanks the assistance by Nkatha Murungi in preparing the final version of this contribution; carlany2001@gmail.com

C Anyangwe 'The normative power of the right to self-determination under the African Charter and the principle of territorial integrity: competing values of human dignity and system stability'
(2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 47-71
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a3

peu biaisée donnée à la norme par la Commission. L'argument principal est que le droit à l'autodétermination est un droit de l'homme collectif applicable dans les contextes coloniaux et dans certains contextes postcoloniaux. La jurisprudence en matière d'autodétermination montre que, si la Commission soutient facilement le droit à l'autodétermination interne, elle refuse toujours les demandes d'autodétermination externe. Le raisonnement douteux de la Commission est que cette variante de l'autodétermination n'est pas disponible dans l'Afrique postcoloniale en raison de son incompatibilité avec le principe de l'intégrité territoriale. Et pourtant, le droit à l'autodétermination est ouvert à d'autres peuples opprimés, même dans un contexte non colonial, pour affirmer leur humanité, leur dignité et leur liberté. L'auteur conclut que, alors que l'autodétermination et l'intégrité territoriale semblent aller dans des directions opposées, en réalité, les deux normes ne sont pas toujours en conflit. Parfois, ils se complètent et se renforcent mutuellement. Parfois aussi, l'une des normes cède la place à l'autre en droit. Dans les cas où la loi reste muette sur la question de savoir quelle norme prévaut sur l'autre, il semble logique que l'autodétermination l'emporte sur l'intégrité territoriale, du fait que ce sont les personnes qui déterminent le destin du territoire et non l'inverse.

KEY WORDS: norm, right, self-determination, state, territorial integrity

CONTENT:

1 Introduction 48
2 Self-determination 49
2.1 Peoples' aspirations, hopes and dignity 49
2.2 Self-determination in colonial and non-colonial contexts 50
2.3 Self-determination and secession 52
3 Self-determination and the case law of the African Commission 54
3.1 Internal self-determination at issue 57
3.2 Secessionist self-determination claim 58
3.3 Re-colonisation giving rise to an indisputable right to decolonisation 62
4 Territorial integrity: State system and stability 65
4.1 African 'unity' 65
4.2 Intangibility of borders inherited from colonisation 66
4.3 Apparent primacy of territorial integrity over self-determination 68
5 Conclusion 69

1 INTRODUCTION

Self-determination is a norm of great power. It is an imperative principle of action inscribed in the United Nations (UN) Charter and key universal and regional human rights instruments. Its normative status is no longer the subject of controversy in contemporary international law. It is an enabling, collective human right for asserting claim to political autonomy within a state or to sovereign statehood. Claims to establish a sovereign state, based on the right of self-determination, have come before the African Commission but have all been declined on the ground of conflict with the principle of territorial integrity. The African Charter however makes no mention of the territorial integrity of African states apparently because its legal basis already rests in customary international law and the UN Charter. Territorial integrity is, however, mentioned in article 3 of the Constitutive Act of the African Union (AU) – not as a declared principle but simply as one of the objectives the AU commits itself to act on.

The principle of territorial integrity is emphasised by the AU because it protects the borders of African states, and forms an essential part of their sovereignty. A consequence of this emphasis is the rejection of any interpretation of self-determination that would violate territorial integrity. Seemingly, it is against this backdrop that the

African Commission has been unwilling to interpret the right of self-determination in a way that would, in its view, trump the principle of territorial integrity. The Commission has thus declined to uphold even what would seem to be legitimate and compelling external self-determination claims on the reasoning that the result would be the impairment of the integrity of the territory concerned. The instinctive reasoning of the Commission seems to be that in any situation of tension between the competing values of self-determination and territorial integrity, the latter must always prevail.

This article examines the contest between these two norms in the African continent. It explores and interprets the primary texts governing them, and critiques their interpretation by the Commission. Ultimately, it demonstrates how the normative power of self-determination is constrained by the principle of territorial integrity and the Commission's limited understanding of the two principles.

2 SELF-DETERMINATION

2.1 Peoples' aspirations, hopes and dignity

Self-determination is a fundamental right in contemporary international law. It creates aspirations and hopes for dependent and other oppressed peoples. The norm quickly evolved from a political principle to a universal human right that gives expression to certain fundamental values of the international community and for that reason it is of international concern. It is embodied in articles 1(2) and 55 of the UN Charter and finds expression in a number of UN human rights instruments as well as in article 20 of the African Charter. It has two interconnected aspects, internal and external.

When a community of people within a country claims internal self-determination it is asserting two things: (i) a right to autonomy within the state, that is, the right of the community freely to determine its constitutional political status (the form of state), and (ii) a right to regulate its own affairs in pursuit of its economic, social and cultural development.[1] These matters are purely of domestic concern. By contrast, external self-determination or 'complete self-determination' is a territorial concept. It is about the right of a people freely to assert sovereign control over territory as an independent state and a subject of international law. The territorial dimension of self-determination is governed above all by international law. This is so because it concerns the birth of a new state in the community of states and therefore impinges on world order and the Westphalia state system on which contemporary world order is based. There are at least four theories of international relations relevant to external self-determination. One theory insists that territorial sovereignty is more important than national self-determination. Another theory holds that self-

1 L Sohn 'Models of autonomy within the United Nations framework' in Y Dinstein (ed) *Models of autonomy*.

determination prevails over territorial integrity. According to still another theory, the expansion of global markets and cross-border cooperation diminishes the significance of territorial integrity, allowing for somewhat greater recognition of greater self-determination of peoples. A fourth theory ambitiously calls for political power to shift to a world government which would make secession and change of boundaries a relatively easy administrative matter, entailing the *de facto* end of self-determination of national groups.[2]

2.2 Self-determination in colonial and non-colonial contexts

Under the UN's decolonisation agenda, the right to self-determination could be exercised by dependent peoples and territories within existing colonial boundaries.[3] In this setting, this right became a legitimate basis for statehood because it proclaimed the right of every people to establish a state within which they conduct their political affairs free from outside interference.[4] The exercise of self-determination reinforced the state-centred system of international law and the perception of that right as an 'end norm', as a goal to be achieved. That goal is the establishment of a state that is independent from the colonial state, and is sovereign over the territory concerned. For, as Judge Dillard declared in the *Western Sahara* Advisory Opinion, '[i]t is for the people to determine the destiny of the territory and not the territory the destiny of the people.'[5]

When asserted within colonial boundaries, self-determination reinforces the principle of territorial integrity in protecting the territorial framework of the decolonised territory. As an inalienable and continuing collective human right, self-determination has developed to the point where it applies to situations of peoples within the territory of independent states.[6] The UN itself extended the application of self-determination to two non-colonial situations, that of alien occupation (Israel's occupation of Palestinian territories) and that of racial discrimination (by white minorities in Zimbabwe and South Africa). International law-making since the adoption of the ICCPR and ICESCR in 1966 leaves no doubt that the right of self-determination applies beyond the context of decolonisation. For example, the 1970

2 A Pavkovic & P Radan 'In pursuit of sovereignty and self-determination: peoples, states and secession in the international order, index of papers' (2003) 1 *Macquarie University Law Journal* 1.

3 UN General Assembly 'Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples' UNGA Res 1514 (XV) 14 December 1960A/RES/1514(XV).

4 R Bereketeab *Self-determination and secession in Africa* (2014).

5 *Western Sahara* Advisory Opinion ICJ (16 October 1975) (1975) ICJ Reports 12.

6 MN Shaw *International law* (1997) 216; R McCorquodale 'Self-determination beyond the colonial context and its potential impact on Africa' (1992) 4 *African Journal of International and Comparative Law* 592; A Cassese *Self-determination of peoples: a legal appraisal* (1998); A Cassese *Self-determination of peoples: a legal appraisal* (1999).

Declaration on Principles of International Law[7] refers to the colonial situation and goes further to note that the subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a violation of the right to self-determination. In Europe, the Helsinki Final Act of 1975 refers in clause VIII to the principle of equal rights and self-determination and provides that

> All peoples have the right, in full freedom, to determine, when and as they wish, their internal and external political status, without external interference, and to pursue as they wish their political, economic, social and cultural development.[8]

The African Charter proclaims in article 20 that '[a]ll peoples shall have the right to existence. They shall have the unquestionable and inalienable right to self-determination' and, further, that 'colonized or oppressed peoples shall have the right to free themselves from the bonds of domination by resorting to any means recognized by the international community.' The Declaration on the Rights of Indigenous Peoples[9] states in article 3 that 'Indigenous peoples have a right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.' The Declaration also affirms that indigenous peoples have the rights to autonomy and self-government, culture, traditional knowledge, development, education, social services, the environment, and ownership of traditional lands and natural resources.

Self-determination may be claimed by the people of a country as a whole or by a section of it, whether in a colonial or non-colonial context. Minorities or majorities within a state may avail themselves of that right to assert internal self-determination by way of majority rule or a form of autonomy, including the right to freely determine the political regime of their choice and to democratically elect their political leaders without foreign interference.[10] This variant of self-determination fuses with the principle of constitutional autonomy of the state and it has practically been hijacked by the state.[11] Internal self-determination does not conflict with the principle of territorial integrity and is hardly a contentious matter.

7 UN General Assembly 'Declaration on principles of international law concerning friendly relations and co-operation among states in accordance with the Charter of the United Nations' UNGA Res 2625 (XXV) 24 October 1970 A/RES/25/2625.

8 Clause VIII of the Helsinki Final Act.

9 UN General Assembly 'United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples' UNGA Res 61/295 13 September 2007 A/RES/61/295.

10 In *Sudan Human Rights Organisation and Centre on Housing Rights & Evictions (COHRE) v Sudan* (2009) AHRLR 153 (ACHPR 2009) (*Darfur* case), the African Commission clarified that in 'some cases groups of "a people" might be a majority or a minority in a particular state.' para 220; Compare sec 235 of the 1996 Constitution of South Africa which explicitly provides for self-determination in these terms: 'The right of the South African people as a whole to self-determination, as manifested in this Constitution, does not preclude, within the framework of this right, recognition of the notion of the right of self-determination of any community sharing a common cultural and language heritage, within a territorial entity in the Republic or in any other way, determined by national legislation'.

11 A Pellet 'Un principe confisqué: le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes' (1980) *Revue juridique périodique internationale et de la coopération*; NQ Dihn, P Daillier & A Pellet *Droit international public* (1980) 427.

Separate statehood for an entity may legitimately be achieved in several ways: by agreement between the parties; by the exercise of a constitutional right to secede after following due constitutional processes;[12] by force as the appropriate remedy of last resort in the face of grave injustice and unremitting human rights abuses;[13] through a legitimate referendum; or following the dissolution of a constitutive federation.[14] It is the declared policy of the UN and of states in general to oppose any attempt at the partial or total disruption of the national unity and territorial integrity of a country. However, state practice and the consistent and cumulative view of the organs of the UN since the late 1980s show that the right of self-determination may be exercised even within independent states. The separation of Somaliland from Somalia, and the recent secession of South Sudan from Sudan and that of Kosovo from Serbia are clear examples, as are the Russian-recognised Georgian break-away regions of South Ossetia and Abkhazia.[15]

2.3 Self-determination and secession

When a nation within a state claims external self-determination it is in fact claiming a 'right' to secede. Secession clashes with the principle of territorial integrity. It results in the dismemberment of the state concerned and for that reason it is generally disapproved of. It is tolerated by the international community only in exceptional circumstances (as a remedy of last resort) such as cases of massive human rights violations against a distinct people or where secession is carried out with the acquiescence of the state concerned. Beyond these exceptional cases, self-determination by way of secession is generally frowned upon due to its adverse effects on the state system. Secession is considered too disruptive of international stability. Indeed, the number of self-identified nations today far exceeds the number of existing states. Moreover, even if there was a willingness on the part of the international community to redraw boundaries according to self-identified nations within states, there is no legal process for redrawing state boundaries according to the will of peoples.[16] The same concern about international stability is also the reason for the disapproval of territorial aggrandisement or the annexation of territories. In this connection, while self-determination may be of some use in resolving cases of disputed frontier lines on the basis of the wishes of the

12 A Kreptul 'The constitutional right of secession in political theory and history' (2003) 17 *Journal of Libertarian Studies* 39.

13 A Buchanan *Justice, legitimacy and self-determination: moral foundations for international law* (2007).

14 N Jayawickrama *The judicial application of human rights law* (2002) 228.

15 For other examples of self-determination claims in the recent past, see C Anyangwe 'Manumission from black-on-black colonialism: Sovereign statehood for the British Southern Cameroons' in S Ndlovu-Gatsheni & B Mhlanga (eds) *Bondage of boundaries and identity politics in postcolonial Africa* 163, 166.

16 Pavkovic & Radan (n 2).

inhabitants of the borderland,[17] it cannot be used to further larger territorial claims in defiance of internationally accepted boundaries. Examples of such impermissible claims are the former claims of Libya to the Aouzou strip, of Nigeria to the Bakassi Peninsula, of Somalia to Djibouti and Northeast Kenya, of Morocco to Mauritania and currently to the Western Sahara, and of République du Cameroun to the former Southern British Cameroons.

Secession is a pure fact situation, a meta-juridical phenomenon. The international community may acknowledge it as a matter of realism when made effective. International law deals with decolonisation but not with secession. It neither concedes nor denies a right to secede.[18] It imposes no general prohibition of secession, which does not necessarily mean there is a right of secession. The nearest thing to prohibition of secession is the conditional protection of state territory available under the principle of territorial integrity. Secession disrupts the Westphalia state system. State expansionism revives imperialism, which had long been rejected because it also imperils the Westphalia state system.[19] The object of the principle of territorial integrity is therefore to secure respect for the preservation of the territorial *status quo* of states. International law does not encourage secession, or even unions. It rejects annexation and territorial aggrandisement as invalid and inimical to international peace and security. Yet, international law cannot prevent state fission any more than it can prevent consensual fusion.

The basic argument against the applicability of self-determination within sovereign states leading to secession[20] is that it would conflict with and be contrary to the principle of territorial integrity. Secession and territorial integrity appear to be conflicting norms. In reality, that is not always the case. Where secession is legitimate, a new state emerging from an existing one through self-determination, there is only an apparent conflict between both norms. Furthermore, a state may suffer part of its territory to secede. The breach of the principle of territory integrity in that case is not contrary to international law.

The practice of the UN and its members in the matter of secession has been inconsistent. In Africa, anti-secession rhetoric is often repeated and the principle of territorial integrity is usually proclaimed. But neither the Organisation of African Unity (OAU) Charter nor the AU Constitutive Act condemn nor proscribes secession in any member state. They do not because that would be interfering in the internal affairs of a member state. None of those documents exclude a legitimate

17 M Weller *Autonomy, self-determination and conflict resolution* (2007); J Baker (ed) *Sovereignty matters: locations of contestation and possibility in indigenous struggles for self-determination* (2005).

18 *Reference by the Governor in Council concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada* 115 *International Law Reports* 536; 1998 Can. Sup. Ct. LEXIS 39.

19 R Emerson *From empire to nation* (1960); S Touval *The boundary politics of independent Africa* (1972).

20 J Faundez 'International law and wars of national liberation: use of force and intervention' (1989) 1 *Revue Africaine de Droit International Comparé* 85, 90.

claim to self-determination in member states, a claim which may or may not extend to secession. It is doubtful whether exclusion is even feasible or morally and politically desirable. If part of the territory of a member state is sufficiently aggrieved as to claim the right of self-determination as a legitimate ground for seeking autonomy within or for seceding from the state, it is hard to see how the AU can force it to give up its right.[21] Even if it were minded to do so it would lack both legal and moral justification for its action. The right of self-determination is not lightly asserted. It appears that when such a claim has been made it has often been as a result of a long train of some pernicious and un-sufferable injustices, policies and actions by a tyrannical and oppressive state.

3 SELF-DETERMINATION AND THE CASE LAW OF THE AFRICAN COMMISSION

African countries achieved independence as beneficiaries of territorial self-determination. But they then 'forgot' about this collective right of peoples and did not even mentioned it in the OAU Charter of 1963. The closest reference to self-determination in that document was the commitment to eradicate all forms of colonialism in Africa and to emancipate dependent African territories. This commitment, however, rested on a state-centred conception of territorial self-determination. It was not until two decades later that self-determination was conceptualised in Africa as a peoples' right under the African Charter, a right claimable by peoples. Article 20 of that treaty guarantees four distinct but interconnected rights: (i) the right to existence, which has to do with living or human existence, and not with the right to food; (ii) the right to self-determination *eo nomine,* which has two dimensions – a territorial dimension entailing separate statehood, and a political or constitutional dimension entailing autonomy and economic and socio-cultural development; (iii) the right to freedom from domination, and (iv) the right to assistance from third states. Article 20 recognises two sets of 'peoples' as beneficiaries of self-determination: 'all peoples' generally, and 'colonized *or* oppressed peoples' (the *'or'* is disjunctive, not conjunctive). Legal scholarship acknowledges and seldom contests these beneficiaries of self-determination, unlike the content of the *legal* right to self-determination which is often contested.

The right to existence bespeaks emphatic rejection of genocide, pogrom or other massacres, and other acts aimed at destroying or annihilating a people. Any people faced with an existential threat is entitled to appeal to the right of self-determination as a remedy of last resort in order to eliminate that peril and free itself from threatened extinction. Self-determination *eo nomine* in the African Charter is a right claimable by 'all peoples', dependent or non-dependent, and it is

21 The Organization may of course decline recognition of the seceding entity. But, as the case of Somaliland demonstrates, that will be ineffectual in trying to force the entity to renounce secession.

'unquestionable and inalienable'. It is both a procedural and a substantive right. By contrast, the right to freedom from domination inures to and is exercisable by a specific category of people only, that is, those who either are colonised *or* are oppressed. A colonised or an oppressed people, whatever the source of that colonisation or oppression, are necessarily a dominated people and entitled to free themselves from the bonds of domination by resorting to any means recognised by the international community. The right to assistance from third states entails a corresponding obligation on states parties to the Charter to assist a people waging a 'liberation struggle against foreign domination'.

The self-determination clauses in the African Charter are thus broader and more forceful than in both the ICCPR and ICESCR. The state obligation under the Charter is absolute, immediate and non-derogable. Article 19 enunciates the fundamental postulate that 'nothing shall justify the domination of a people by another' while article 20(1) posits that self-determination is 'unquestionable and inalienable'. It follows that the political domination of a people by another people whether from within or from without, cannot possibly be justified. Self-determination may be claimed by any people dominated by another, whether or not in a colonial setting. It is relevant in cases of gross or severe human rights violations such as systematic discrimination, domination, persecution or oppression by a state against a particular community of people distinguished from the rest of the population on say ethnic, cultural or some other relevant grounds. It is also relevant in situations of re-colonisation in one form or another. In *Kevin Mgwang Gumne et al v Cameroon,* the Commission recognised that post-colonial Africa has not been free of domination, although it went on to say, without any elaboration, that domination does not constitute colonialism 'in the classic sense'.[22]

The exercise of the right of self-determination under the African Charter is constrained first by the equally important principle of territorial integrity, and second by the conservative and timorous interpretation of that norm by the African Commission. African instruments acknowledge and proclaim the right to self-determination.[23] But African states and the Commission are reluctant to uphold it in the post-colonial setting. They appear to have adopted the attitude that with the end of white colonisation and domination in Africa, self-determination became spent and unavailable. This suspect attitude focuses on the state-centred territorial dimension of self-determination. It ignores the phenomena of black-on-black colonialism and neo-colonialism that have since emerged in some parts of the continent. The end of white colonisation did not mean that all forms of colonialism were thereby eradicated. A number of continental

22 (2009) AHRLR 9 (ACHPR 2009) (*Gumne*) para 181. By this logic, contemporary forms of slavery should also be ignored because they are not slavery 'in the classical sense'.

23 Including the African Charter, the OAU Convention on the prevention and combating of terrorism and the Protocol to the OAU Convention on the prevention and combating of terrorism.

documents affirm the right to self-determination and commit African states to the eradication of all forms of colonialism.[24] African countries fear that self-determination in post-colonial Africa could destabilise African states as inherited from colonisation. This exposes the fragility or even 'artificiality' of many African states. However, contrary to what has been suggested by some writers[25] African states have never unanimously, or even in the majority, subscribed to the view that self-determination applies only to African peoples under European colonisation. At least three African states recognised Biafra *de jure*, and some other states recognised it *de facto*.[26] Since then, a number of successful self-determination claims have arisen in post-independence Africa, such as Eritrea, the Western Sahara, and South Sudan.

Three types of self-determination cases have come before the Commission. In one type the right to self-determination is alleged to have been violated, but the variant of self-determination involved is not mentioned, although a perusal of the facts suggests that some aspect of internal self-determination was at issue: *Sir Dawda Jawara v Gambia*;[27] and *DRC v Burundi, Uganda and Rwanda*.[28] The Commission has found little difficulty in upholding the right to internal self-determination but, unfortunately, without specifying its core content; that is to say, without indicating that internal self-determination has to do with constitutional autonomy, as well as with economic, social and cultural development. In the second type of self-determination cases a constituent part of a sovereign state asserts territorial self-determination consisting in a right to establish a separate independent state, in fact a secessionist self-determination claim: *Cabinda v Angola;*[29] *Katanga v Zaire*.[30] In a third type, re-colonisation is alleged and it is argued that this situation gives rise to an indisputable right to decolonisation as in the case of white colonisation: *Kevin Ngwang Gumne et al v Cameroun*.[31] In all these cases political, (cultural as well, in *Gumne*), social and economic oppression or domination is additionally alleged. In *Katanga* and in *Gumne*

24 In the preamble to the African Charter, African states reaffirm the pledge in Article II (1)(d) of the OAU Charter "to eradicate all forms of colonialism from Africa" and affirm that they are conscious "of their duty to achieve the total liberation of Africa" and to eliminate colonialism, neo-colonialism, and apartheid.

25 Including McCorquodale (n 6) 592; J Dugard 'Secession: is the case of Yugoslavia a precedent for Africa? (1993) 5 *RADIC* 163; T Boven 'The relationship between peoples' rights and human rights in the African Charter' (1986) 7 *Human Rights Law Journal* 183.

26 Gabon, Ivory Coast and Tanzania recognised the 'Republic of Biafra' *de jure*. Zambia, Equatorial Guinea and France gave *de facto* recognition by welcoming visiting Biafra officials. France in addition actively supported Biafra through weapons supply.

27 (2000) AHRLR 107 (ACHPR 2000).

28 Communication 227/99, African Commission on Human and Peoples' Rights, 20th Annual Activity Report (2006) (*DRC* case).

29 Communication 24/89, *Union National de Liberation de Cabinda v Angola*, African Commission on Human and Peoples' Rights, 7th Annual Activity Report.

30 *Katangese Peoples' Congress v Zaire* (2000) AHRLR 72 (ACHPR 1995).

31 *Gumne* (n 22).

statehood is furthermore claimed, but on fundamentally different grounds.

3.1 Internal self-determination at issue

3.1.1 *Sir Dawda Jawara v The Gambia* (1995/96)

In *Sir Dawda Jawara v The Gambia,* (Communications 147/95 and 149/96) the complainant alleged a violation of a number of rights in the Charter, including art 20, following the military *coup d'état* in The Gambia in July 1994. The Commission held that the *coup d'état*, even if it was without bloodshed, constituted a grave violation of the right of the people of The Gambia under article 20(1) to 'freely to choose their government'. The Commission thus interpreted art 20(1) as involving the right of a people 'freely to choose their government' (internal self-determination). But that provision does not deal with the right to freely choose a government. It guarantees two core rights of peoples: the right to existence; and the right to self-determination, which entails the right of a people to 'freely determine their political status and ... pursue their economic and social development according to the policy they have freely chosen'. Freely choosing a government is more of an electoral right and is not the same thing as freely choosing a political status. It is submitted that the Commission incorrectly interpreted the words 'determination of political status' to mean 'freely choosing a government', that is, voting a government into office. *Jawara* is nonetheless significant in its recognition of the availability of the right to self-determination (in its internal dimension) in a post-colonial context, at least in circumstances where the military have overthrown the established government of a country and seized power. Unconstitutional accession to power covers not only situations of *coups d'état*.[32] It also covers cases of insurgency takeovers, and overstay in power through rigged elections.

3.1.2 *Democratic Republic of Congo v Burundi, Uganda and Rwanda* (1999)

The inter-state communication *Democratic Republic of Congo v Burundi, Rwanda and Uganda*[33] arose from the occupation of and activities in the eastern provinces of the DRC in 1998 by the armed forces of the three respondent states. The respondents did not deny their military occupation of the eastern DRC, but argued that the occupation was necessary in order for them to safeguard their interests. The Commission rejected this argument, holding that 'such interests would better be protected within the confines of the territories of the

32 C Anyangwe *Revolutionary overthrow of constitutional orders in Africa* (2012).

33 Communication 227/99, African Commission on Human and Peoples' Rights, 20th Annual Activity Report (2006) (*DRC* case).

Respondent States'.[34] It went on to hold that the occupation of the territories of the DRC was a flagrant violation of the right of the people of that country to self-determination. However, the Commission failed to elaborate on this curt finding. In this inter-state case, as in the case of *Jawara*, the term 'people' has the constitutional law meaning of the sovereign people of a country as a whole.

3.2 Secessionist self-determination claim

3.2.1 *Front for the Liberation of the State of Cabinda v Angola* (2006)

Cabinda (formerly Portuguese Congo) is an oil-rich territory situated in the south-east coast of Congo Brazzaville and north of Angola proper, separated therefrom by a 60 km wide strip of Congo Kinshasa territory at the mouth of the Congo River. Under the 1933 Portuguese constitution, Cabinda and Angola were overseas provinces of Portugal but Cabinda was administered as one of the districts of Angola. Angola achieved independence from Portugal in 1975 with Cabinda as an integral part of the Angolan State. In April 1988, a movement known as *Union Nationale de Libération de Cabinda* filed a case in the African Commission against Angola (Communication 24/89) claiming external self-determination (independence) for the exclave of Cabinda, under article 20 of the African Charter. Angola at that time was not yet a party to the Charter, and only ratified it on 2 March 1990. The Commission simply declared the communication inadmissible.

Sixteen years later, Cabinda again filed another communication against Angola: *Front for the Liberation of the State of Cabinda v Angola* (*Cabinda* case).[35] The complainant alleged a denial of the right to self-determination by Angola in violation of article 20, and a violation of articles 14, 19, 21, 22 and 24 of the Charter. The complaint based on a violation of art 20 was not argued on Cabinda's 'political status' or its right to statehood, independent from Angola. The complainant explicitly submitted that it did not seek a decision on political self-determination or a right to secede from Angola. It maintained that its claim was strictly restricted to a request for a decision on economic self-determination and a determination of the right of the people of Cabinda to enjoy the use of natural resources located within Angola. The complaint was thus based on the failure of the Angola state to pursue economic and social development in Cabinda, a dimension of internal self-determination. In its decision issued on 5 November 2013, the Commission held that there was no

34 *DRC* case (n 33) para 76. See also paras 68 & 77 where the Commission found the conduct of the respondent's occupation of territories in the Complainant State 'a flagrant violation of the rights of the peoples of the Democratic Republic of Congo to their unquestionable and inalienable right to self-determination provided for by art 20 of the African Charter'.

35 Communication 328/06, African Commission on Human and Peoples' Rights, 54th Annual Activity Report (2013).

violation of art 20 of the Charter or any of the other articles alleged to have been violated.

The Commission interpreted the right of self-determination to mean 'the right of colonised *and* (sic) oppressed people to free themselves from domination',[36] and no more. It is submitted that the Commission erred in law when it interpreted the right of self-determination the way it did. The content of self-determination under the African Charter is much wider in scope than what the Commission understands it to be. The right to freedom from domination is a distinct right which inheres in 'colonized *or* oppressed peoples' only. The Commission states in paragraph 125 that the right of oppressed people to free themselves from domination is reserved for colonised peoples. But the concept of oppressed peoples in article 20(2) cannot legitimately be confined to the colonial context. Under a human rights perspective, the concept of 'peoples', in the expression 'oppressed peoples', is understood in a broader legal context. That context is one that concerns the relation between the people of a country and its government, a relation that is no longer a matter of exclusive municipal law but of international law because oppression involves a variety of human rights violations.

The Commission further reasoned that

> article 20 of the Charter has a particular historical context in the sense that it is one of the provisions of the Charter that was aimed at addressing the situation of Africans who remained under colonial domination at the time the Charter was drafted.[37]

The Commission went on to posit in para 126 that

> [i]n post-colonial Africa, the right to self-determination can be enjoyed within the existing territories and with full respect for the sovereignty and territorial integrity of States parties to the Charter.

This reasoning is not supported by any authority. It is most improbable that a provision as robust as article 20 could possibly have been written into the Charter merely to cater for a temporary situation – the remaining situation of white colonial domination in Namibia and South Africa, the only two surviving colonial situations as of 1981 when the Charter was drafted. It is submitted that this is an incorrect interpretation of article 20. There is a wealth of authority to the effect that self-determination, a continuing collective human right, applies even in a non-colonial context.[38] Besides, it is a notorious fact that apart from white colonialism, colonialism might continue in post-colonial Africa in the form of neo-colonialism or in the form of black-on-black colonialism, that is, the colonisation of an African country by an adjacent African state, or the domination or marginalisation of a people or nation by an oppressive state or by another group within that

36 *Cabinda* case (n 29) para 125.

37 *Cabinda* case (n 29) para 124.

38 For example, the views of former ICJ Judge Rosalyn Higgins in R Higgins 'Africa and the convention on civil and political rights during the first five years of the Journal: Some facts and some thoughts' (1993) 5 *African Journal of International and Comparative Law* 55 at 64: "many ... African countries have accepted that self-determination ... is an ongoing right, and is not limited to colonial peoples only'.

state.[39] The complaint in *Cabinda* included allegation of neo-colonialism in the form of exploitation of the natural resources in Cabinda by the Angolan government and economic and social marginalisation of the Cabinda people. The Commission applied its mind to this neo-colonialism argument in paragraphs 59-62 and 90 and did not reject it on formal grounds; nor did Angola itself. Similarly, in *Gumne* the argument of re-colonisation or black-on-black colonisation was made. This too was not formally rejected. In that case, Commission simply grounded its argument on the anti-secession rhetoric by claiming dogmatically that secession is not a variant of self-determination under the African Charter and that allowing it would imperil the territorial integrity of the respondent state.

The Commission in effect ousts the applicability of self-determination within independent states. It interprets self-determination under the Charter as limited in time and space: self-determination inapplicable in a post-colonial context and meant to apply only to those territories which as of 1981 were still under white colonial domination. Going by the reasoning of the Commission, since the remnant of white colonialism in Africa was vanquished by 1994, self-determination became irrelevant in Africa; art 20 though not expunged from the Charter, is devoid of content; it is dead law and has become an empty shell. This denial of the applicability of self-determination in contemporary Africa is tantamount to denial of a remedial right to secede from an oppressive state. And yet in *Sudan Human Rights Organisation and Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v Sudan*, the Commission itself stated that the African Charter was enacted 'to protect human and peoples' rights of the African peoples against both external and internal abuse.'[40]

If the framers of the Charter intended self-determination to be confined to the situation of white colonialism, they would surely have said so. Furthermore, many African countries do recognise that self-determination is an ongoing right, claimable not only by colonised peoples.[41] Additionally, there are exceptional situations in which reasons for secession, by a people from an existing state, are particularly compelling and legitimate.[42] International law scholarship endorses remedial secession as a derivative of the right of self-determination. In the case *Accordance with International Law of the*

39 S Salomon 'Self-determination in the case law of the African Commission: Lessons for Europe' (2017) 50 *Verfassung und Recht in Übersee* 217-241 https://www.nomos-elibrary.de/agb (accessed 1 August 2018). Salomon argues that besides the largely historical meaning of 'colonized people', 'colonialism might continue in the hyphenated terms of post-colony or neo-colonialism, that is, the domination or marginalization of a group by a state or another group within the state'.

40 *Darfur* case (n 10) para 222.

41 Higgins (n 38).

42 A Cassese *Self-determination of peoples* (1995) 120; J Stromseth 'Self-determination, secession and humanitarian intervention by the UN' (1992) *American Society of International Law Proceedings* 370; C Okeke *The theory and practice of international law in Nigeria* (1986) 276; L Brilmayer 'Secession and self-determination: a territorial interpretation' (1991) 16 *Yale Journal of International Law* 177; M Haile 'Legality of secession: the case of Eritrea' (1994) 8

Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Judge Trindade powerfully declared:

> Human nature being what it is, systematic oppression has again occurred, in distinct contexts; hence the recurring need, and right, of people to be free from it. ... [P]eople cannot be targeted for atrocities, cannot live under systematic oppression. The principle of self -determination applies in new situations of systematic oppression, subjugation and tyranny.[43]

The African Commission itself, in a welcome show of progressive thinking, was the first human rights body to adumbrate a possible right of remedial secession. In *Katanga*, the Commission held (para 6):

> In the absence of concrete evidence of violations of human rights to the point that the territorial integrity of Zaire should be called to question and in the absence of evidence that the people of Katanga are denied the right to participate in Government as guaranteed by Article 13(1) of the African Charter, the Commission holds the view that Katanga is obliged to exercise a variant of self-determination that is compatible with the sovereignty and territorial integrity of Zaire.

The legal *a contrario* logic in this passage essentially reflects the Declaration on the Principles of International Law. The Declaration is regarded as an authoritative interpretation of the UN Charter and supports the argument for remedial secession.

So why does the Commission systematically decline external self-determination claims? The reason for this paradox seems to be that 'the case law of the African Commission on a remedial right to secession functions there more to bolster a weak regional human rights system rather than to give legal effect to the right to self-determination' and that the Commission's 'obsession with a territorial reading of the right to self-determination confuses right and legal effect.'[44] Furthermore, the attitude of the Commission reflects anxieties about a continent in permanent conflict. The Commission fears that a broad recognition of the right to self-determination of African peoples would result in further weakening of admittedly fragile African countries and probably leading to the disintegration of African states. This point was made in *Frontier Dispute* case,[45] where the ICJ argued that *uti possidetis* has a particular importance in Africa as it seeks to prevent newly independent African states from 'fratricidal struggles provoked by the challenging of frontiers following the withdrawal of the administering power'. But a less pessimistic view holds, in the context of internal self-determination, that recognising the rights of Africa's many peoples 'could lead to more democratic, decentralised governments, thereby enhancing local decision making and respect for human rights within existing states, and strengthening them in the long run.'[46]

Emory International Law Review 479; V Nanda 'Self-determination under international law: Validity of claims to secede' (1981) 13 *Case Western Reserve Journal of International Law* 257; J Klabbers 'The right to be taken seriously: self-determination in international law' (2006) 28 *Human Rights Quarterly* 186.

43 *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo* Advisory Opinion (*Kosovo* Advisory Opinion) ICJ (22 July 2010) (2010) ICJ Reports Separate Opinion of Judge Cançado Trindade para 175.

44 Salomon (n 39).

45 *Case concerning the frontier dispute (Burkina Faso v Mali)* (*Frontier Dispute*) ICJ (22 December 1986) (1986) ICJ Reports 554.

46 Salomon (n 39).

3.2.2 *Congrès du Peuple Katangais v Zaire* (1992)

In Communication 75/92, the Commission was requested to recognise the Complainants as a liberation movement entitled to support in its efforts to secure independence for Katanga; to recognise the independence of Katanga; and to assist in persuading Zaire (DRC) to withdraw from Katanga. The communication hinged on article 20(1). Apart from the allegation of a denial of the right to self-determination, the communication made no allegation of specific breaches of other human rights. After considering the case, the Commission ruled that there was no evidence of violations of any right under the Charter. It held in paragraph 5 that it was 'obliged to uphold the sovereignty and territorial integrity of Zaire, member of the OAU and a party to the African Charter'. The Commission further held in paragraph 6 that Katanga province is entitled 'to exercise a variant of self-determination that is compatible with the sovereignty and territorial integrity of Zaire.'

The Commission appears to suggest that the principle of territorial integrity *always* trumps a claim to any form of self-determination. This can hardly be correct. The Commission itself asserts that Katanga would have been entitled to claim independence from Zaire if the Complainant had adduced concrete evidence of violations of individual human rights in Katanga, including evidence of denial to the people of Katanga of the right to participate in the government of Zaire. Had this evidence been forthcoming, the territorial integrity of Zaire would surely have been called into question. In other words, Katanga's claim to self-determination would have trumped Zaire's appeal to the principles of sovereignty and territorial integrity.

3.3 Re-colonisation giving rise to an indisputable right to decolonisation

In *Kevin Ngwang Gumne et al v Cameroun* (*Southern Cameroons* case),[47] the Commission found that there was an unresolved dispute between the former UN Trust Territory of the Southern British Cameroons and the French-speaking state of Cameroun Republic. The unresolved dispute is of a territorial nature. According to Cameroun Republic the territory of the Southern Cameroons is part of its territory. For over half a century, this claim continues to be forcefully rejected and opposed as annexation and re-colonisation. The Commission found, contrary to the claims of Cameroun Republic, that the basic population of the Southern British Cameroons indeed constitute a *people* within the meaning of international law (para 179), and consequently enjoy the inalienable and unquestionable right to determine their destiny. The Commission found Cameroun Republic to

47 *Gumne* case (n 22 above); see also C Anyangwe 'The right to self-determination in the African Charter: a critique of the African Commission's jurisprudence in *Kevin Gumne et al v Cameroun*' in J Takougang and J Amin (eds) *Post-colonial Cameroon: politics, economy, and society* (2018) 65.

have committed a long list of human rights abuses and violations. On the all-important question of self-determination for the people of the Southern Cameroons (that is, the right to decolonisation from annexation and colonial occupation by Cameroun Republic), the Commission failed to rise to the occasion. The expectation kindled by the case turned out to be an evanescent hope.

The Commission characterised the Southern Cameroons long struggle for decolonisation and full control over its territory as 'engaging in secession'. It declared that 'secession' is not a variant of self-determination recognised under the Charter (paragraph 192, 202). The ruling that the basic population of the Southern Cameroons constitutes a 'people' clearly has implications for the rights which attach to that term under international law. One such right is that of self-determination. The Commission further declared that the Southern Cameroons is part of Cameroun Republic and that its claim to independence would violate the territorial integrity of that country. The Commission did not say how the Southern Cameroons could mysteriously be part of the territory of the French-speaking state of Cameroun Republic which achieved independence from France on 1 January 1960 without the Southern British Cameroons within its boundaries before or at independence. How could the UN's purported 'decolonisation' of British-administered Southern Cameroons in 1961 have possibly taken place within the French-speaking independent state of Cameroun Republic which itself was a UN trust territory separate and distinct from the Southern Cameroons? It is sometimes claimed that the Southern Cameroons 'joined' Cameroun Republic in October 1961. But a 'joining' of peoples or of territories cannot be informal. It is always formal, underpinned by an agreement concluded between the parties, which in this case is lacking.

The salient facts in *Gumne* were these. The date of the independence of the Southern British Cameroons was set by the United Nations for 1 October 1961 to coincide with the date of termination of United Nations trusteeship of the territory.[48] The achievement of that independence was unlawfully suppressed by Cameroun Republic. On the same day of termination of trusteeship, the departing British colonial authorities unlawfully handed the instruments of power, not to the functional government of the Southern Cameroons as required by international law (UN Declaration on the Granting of Independence, 1960) but inexplicably to the French-speaking foreign state of Cameroun Republic, which then assumed an illegitimate oppressive power over the Southern Cameroons as successor colonialist. The result of these two events (Cameroun Republic's unlawful suppression of the independence of the Southern British Cameroons and the British transfer of the Southern British Cameroons to the sovereignty of Cameroun Republic) was re-colonisation of the Southern British Cameroons rather than decolonisation of the territory. This colonisation by the adjacent French-speaking state of Cameroun

48 UN General Assembly 'The Future of the Trust Territory of the Cameroons Under United Kingdom Administration' A/RES/1608) 21 April 1961.

Republic was the central and salient plank on which the self-determination claim was based.

The Commission in arriving at its decision erroneously interpreted its own ruling in *Katanga* to mean that no claim to self-determination under article 20 of the African Charter can succeed in the absence of proof of massive individual human rights violations. Contrary to the averments of the Commission in *Gumne*, the *Katanga* case did not posit a universal proposition that the right to self-determination is unavailable in the absence of proof of massive human rights violations. Under the Charter oppression can ground a claim to secessionist self-determination. However, such a claim to secession would have to be matched against the principle of territorial integrity. The Commission applied the *Katanga* ruling to the Southern Cameroons case when the one case is not on all fours with the other. In the context of the African Charter, only two questions need to be answered to determine entitlement to external self-determination under article 20. First, do the people claiming the right to self-determination qualify as a 'people' within the meaning of international human rights law? Next, are the said people colonised or oppressed, or alternatively, following the *Katanga* test, are they the subject of massive individual human rights violations and denied participation in the governance of the country?

The Commission grounded its ruling against self-determination for the Southern Cameroons on an obligation on its part to uphold the principle of territorial integrity. But it did not properly apply its mind to that principle. The boundaries of Cameroun Republic became frozen on 1 January 1960 when it achieved independence from France. The Southern Cameroons was then still a British-administered trust territory. The concept of territorial integrity is not univocal. It has an external dimension: territorial integrity threatened from outside the territory; and an internal dimension: territorial integrity threatened from inside the territory itself. Since the Southern Cameroons is not part of Cameroun Republic territory, no question arises of the territorial integrity of Cameroun Republic being threatened from within. Furthermore, arguably, the principle of territorial integrity does not apply to peoples.[49] The prohibition of the use or threat of force against territorial integrity applies to external military attacks, and not necessarily against subversion by self-determination. The question of secession is relevant only in respect of the internal aspect of territorial integrity. In *Katanga*, the boundaries of Zaire were not in dispute. The province of Katanga has always been within the boundaries that Zaire inherited from colonisation on the date of Zairian independence from Belgium in 1960. The inhabitants of Katanga never disputed the fact that Katanga is legally part of Zaire. Their claim was that they simply did not want to be part of Zaire *any longer*. Among the principles enshrined in the AU Constitutive Act is that of the intangibility of frontiers inherited from colonisation. To uphold territorial integrity in the African context means to uphold boundaries which were inherited from colonisation on the date of independence. The obligation to

49 *Kosovo* Advisory Opinion.

respect pre-existing international frontiers in the event of state succession derives from a general rule of international law, whether or not the rule is expressed in the formula of *uti possidetis*.[50]

In sum, it is submitted that the Commission neither applied its mind to the question of re-colonisation nor to the equally important one of acquisition of territory in international law, given the fanciful claim of Cameroun Republic to the territory of the Southern Cameroons. It did not direct its mind to the concept and nature of inalienable rights. It did not appreciate the fact that colonisation amounts to both oppression and domination. The Commission's decision on the issue of self-determination was anchored neither in law, principle, or cogent argument. It did not rest on any evidence, forensic or even anecdotal. It was not grounded in any legal authority, be it case law, legal instrument, legal principle, or academic writing.[51]

4 TERRITORIAL INTEGRITY: STATE SYSTEM AND STABILITY

Africa's emphasis on the principle of territorial integrity stems from a compound of three inter-related principles that appear to characterise the continent's attitude, namely, the long term goal of African 'unity'; the intangibility of borders inherited from colonisation; and the primacy of the principle of territorial integrity over the right of self-determination, effectively ousting the applicability of self-determination in post-colonial Africa.

4.1 African 'unity'

From the onset of the decolonisation process in Africa, Pan-Africanists strongly argued for the 'unity' of the African continent. For them, the 'rectification' of 'arbitrary' African borders was feasible and attainable. Unity and border rectification were considered goals that could be attained in the short term. But these goals were subsequently 'revised' to become long term objectives. Had African political unification been achieved, the matter of self-determination and the headache of border and territorial disputes would simply have become intra-African domestic matters of an administrative and constitutional nature. Strong opposition by a number of African states to immediate continental political integration led to a reconceptualisation of African unity in terms of what has variously been described as 'gradualism', 'solidarity', and 'functional co-operation' or 'federalism without tears' in the form of regional economic communities. The AU, successor to the OAU in 2002, has re-centred the desideratum of continental

50 *Frontier Dispute* 554.

51 Anyangwe (n 32); D Shelton 'Self-determination in regional human rights law: From Kosovo to Cameroon' (2011) 105 *American Journal of International Law* 60 https://doi.org/10.5305/amerjintelaw.105.1.0060 (accessed 5 August 2018).

integration. A Pan-African Parliament has been created as the continental legislature to make law for the peace, order and good government of Africa, though it does not yet have full legislative mandate. The African Union Commission together with the AU Chairperson and the Peace and Security Council represent what may be regarded as the executive arm of a continental government in gestation. The role of the African Standby Force includes ensuring continental peace, security and safety. The right of the AU to intervene in member states under certain circumstances is enshrined in article 4(h) of the Constitutive Act and is accepted as a limitation on the principle of non-interference and non-intervention in the internal affairs of AU member states. In this context, the principle of territorial integrity is unlikely to have the same power as it appears to have now.

4.2 Intangibility of borders inherited from colonisation

Africa has adopted the attitude that in the short term, and in the absence of a better alternative solution to border problems, boundaries inherited from colonisation are to be retained. Decolonisation was not to be the occasion for new sources of doubt and controversy about boundaries. The Resolution on Border Disputes adopted in 1964 recites that 'the borders of African States, on the day of independence, constitute a tangible reality'. It declares the solemn pledge by all member states 'to respect the frontiers existing on their achievement of national independence'. This policy of maintaining the colonial territorial *status quo* at independence, for want of something better, is repeated in article 4(b) of the AU Constitutive Act. It represents a rejection of frontier revisionism which could result in the disintegration of most of the existing states and even the complete disappearance of some of them.[52] The policy appears to have a great deal of good sense behind it. Boundary and territorial disputes represent some of the most explosive sources of conflict in Africa. The policy prioritises avoidance of disputes and of threats to the peace in Africa.[53] It is a qualification of the right of self-determination in the sense that the territorial framework of the various colonial territories are accepted as the units of self-determination within which sovereign statehood is achieved. This precludes self-determination involving claims to territory not comprised within each such unit at independence no matter the cultural, religious or ethnic justification for the claims. The continental organisation therefore refuses to uphold the right to self-determination entailing changes in existing frontiers. This refusal is additionally based on the principle of respect for the sovereignty and territorial integrity of each African State.

52 T Imobighe *The OAU, African defence and security* (1989) 31.

53 I Brownlie *African boundaries: A legal and diplomatic encyclopaedia* (1979) 7; I Brownlie *Basic documents on African affairs* (1971) 360; see also, CG Widstrand (ed) *African boundary problems* (1969).

The Resolution on Border Disputes confirms the continuity of colonial boundaries in principle. It is very similar to the principle *uti possidetis juris* adopted in Latin America in the wake of the Spanish Empire and its internal administrative divisions. However, the Resolution does not erase the existing agenda of disputes. It does not affect demarcation disputes, or frontiers in dispute in colonial times, or frontiers in dispute before the colonial intervention. New states inheriting an obscure or an un-demarcated colonial alignment just have to face the said boundary problems, but no more.[54] It does not seem that the Resolution was originally binding on member states. At least Somalia and Morocco did not consider themselves bound by it and appeared to have expressed reservations.[55] At that time Somalia was still dreaming of 'Greater Somalia' and Morocco of 'Greater Morocco'. Over time, however, by its general acceptance and repeated reference to it by states, the resolution has evolved into a binding legal principle.[56] The resolution came to be considered through the conduct of, and repeated pronouncements by, African states and the continental Organisation as embodying the principle according to which frontiers do not lapse when decolonisation or secession takes place. The principle is now enshrined in the basic constitutional text of the AU and in the treaty on peace and security in Africa.

The principle of territorial integrity protects the territorial framework that is legally that of a state. It is secured by a series of consequential rules, namely, rules prohibiting interference or intervention in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state, rules prohibiting the threat or use of force against the territorial integrity and political independence of any state, rules imposing respect for borders as of the date of independence, and the rule of obligatory non-recognition of territorial changes brought about in breach of international law.

The territory of each African state consists of the spatial area it inherited from colonisation. In most cases the alignment would have been described and delimited (even if imprecisely) or demarcated as an international boundary by the relevant colonial powers. In some other cases it would have been defined as an intra-colonial boundary of the units of a larger territory of the colonial power, it becoming international on achievement of independence. The Constitutive Act of the AU proclaims the defence of the territorial integrity of its members as one of its objectives (article 3(b)). But this simply has to do with the relations between the Organisation and its members. It has nothing to do as between AU members *inter se* or between such a member and a non-member or between a member and component parts of its territory. It has nothing to do with what happens within a given state because the principle of territorial integrity is relevant only as regards

54 Brownlie (n 53) 11.

55 Brownlie (n 53) 11.

56 C Anyangwe 'International law and the acquisition of colonial territories in Africa' (2005) 37 *Zambia Law Journal* 21; T Maluwa 'International law-making in the Organisation of African Unity: an overview' (2000) 12 *African Journal of International and Comparative Law* 201.

the external relations of a state and not as regards what happens within the state itself. The principle does not protect the state from internal convulsion leading perhaps to the disintegration or even the disappearance of the state (for example Yugoslavia, the USSR, and Czechoslovakia). Nor does it protect the state from subversion by a legitimate claim to external self-determination. The AU Constitutive Act envisages only two situations in which the AU may intervene in a member state. Under article 4(h), the Organisation may decide to intervene 'in respect of grave circumstances, namely, war crimes, genocide and crimes against humanity.' Under article 4(j), it may, at the request of a member state, also intervene 'in order to restore peace and security.' The Constitutive Act does not permit the AU to intervene in a member state to ensure and to guarantee the integrity of its territory as such. The AU espouses the doctrine of sanctity of territorial borders inherited from colonisation, a doctrine stated as a principle in art 4(b) of the Constitutive Act which, in fact, is a codification of the 1964 resolution on border disputes. But a good many African states have never hesitated to lay territorial claim to contiguous territory outside their lawful state boundaries. Moreover, there is no legal or other basis on which the AU can compel a break-away entity to renounce its self-determination claim simply for the sake of preserving the territorial integrity of the oppressive state it is escaping from. It follows that in practice not all AU members in fact subscribe to the principle of territorial integrity and that the principle does not necessarily protect states which consider it as binding on them. The principle of territorial integrity in the African context is therefore probably not as sacrosanct as may at first appear.[57] Already, in 1977, the then OAU Secretary General, Eteki Mboumoua, was able to declare that:

> Le respect des frontières héritées de la colonisation n'est pas un principe sacro-saint. C'est certes, une base de travail irremplaçable, mais devant être dépassée, ou révisée dans le cadre d'un consensus car il faut tenir compte à long terme du droit à l'autodétermination.[58]

4.3 Apparent primacy of territorial integrity over self-determination

The principle of territorial integrity protects the territorial framework of independent states and is part of the overall concept of the sovereignty of states. The frontiers of decolonised states become frozen at the moment of independence. African boundaries on the date of independence may not be altered except by consent of the relevant parties. Territorial integrity and self-determination when used conjunctively in the decolonisation process serve to protect the territorial framework of the colonial period and to prevent a rule from arising that permits secession from independent states. Akweenda notes that the principle of territorial integrity was used in certain UN

57 Okeke (n 36) 260

58 Cited in SKN Blay 'Changing African perspectives on the right of self-determination in the wake of the Banjul Charter on human and peoples' rights' (1985) 29 *Journal of African Law* 147 at 155.

resolutions to indicate that Walvis Bay and the Penguin Islands are part of the territory of Namibia.[59] He also notes, still in the case of Namibia, that the UN appealed to that principle in order to prevent the government of apartheid South Africa from declaring Namibia a fifth province of South Africa.

The Declaration on Principles of International Law prohibits any action which will dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign independent states *conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples*. On the face of it, this prohibition establishes the primacy of the principle of territorial integrity over the right of self-determination. In reality, that primacy holds only where the principle of territorial integrity and the right of self-determination conflict. It ceases to hold where the state concerned does not conduct itself 'in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples', or where it is not 'possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour.' Besides, the international community is likely to be more sympathetic towards secession (breach of the principle of territorial integrity) and consider it legitimate in the following circumstances: where, as stated in *Katanga,* the population of a defined territory are the subject of massive individual human rights violations and are denied participation in the governance of the country from which they want to secede; where past claims to territorial sovereignty have been overridden; where serious human rights violations have been perpetrated against a population of a definable territory; where a federal state made up of distinct nationalities breaks up; where the people seeking secession differ in ethnicity, religion, culture and language and are separated geographically be land or water; where part of the territory of a state secedes following a self-determination referendum conducted with the consent of the national government; where it is apparent that internal self-determination is absolutely beyond reach; or in cases of extreme and unremitting persecution and there is no reasonable prospect for peaceful change.[60]

5 CONCLUSION

The principle of self-determination does not necessarily conflict with that of territorial integrity. According to the UN, the ICJ, the Helsinki Final Act of 1975 and international law scholarship, there is no contradiction between the principles of self-determination and territorial integrity, with the latter taking precedence.[61] The principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations between states.

59 S Akweenda 'Territorial integrity: A brief analysis of a complex concept' (1989) 1 *African Journal of International and Comparative Law* 500 at 505.

60 Cassese (n 6) 120; R Rosenstock 'The declaration on principles of international law' (1971) 65 *American Journal of International Law* 713

61 H Hannun *Autonomy, sovereignty and self-determination: the accommodation of conflicting rights* (1996)

It cannot be implicated in cases of the exercise of the right of self-determination against colonial rule, oppression, or expansionism. A colonial territory has a status separate and distinct from the territory of the colonial power.

Self-determination and territorial integrity seem to be antinomies, involving a clash of norms: the unavoidable conflict between the efforts of peoples to achieve independence and the demands of existing states to preserve their territorial integrity.[62] The competing values of human dignity and system stability seem to be pulling in opposite directions. However, a close analysis shows that there is a dynamic interplay of both norms. Sometimes they are mutually reinforcing as when self-determination is a function of the right to a distinct and clearly defined territory. In that situation, the right of self-determination protects the territory from impairment. Sometimes also both norms are antagonistic, as when a self-determination claim involves the break-up of the legitimate territory of a state. The interplay of both norms results in the primacy of self-determination over territorial integrity in certain situations, and the primacy of territorial integrity over self-determination in certain other situations. In some situations therefore human dignity trumps the demands of state system and state integrity; in some other situations the demands of state system and state integrity prevail over the demand of human dignity. The precise or exact circumstances in which one norm prevails over the other invites examination in the light of the provisions of the African Charter, the provisions of the AU Constitutive Act, and the African Commission's jurisprudence on this subject.

It is not clear which of the two competing powerful norms, self-determination or territorial integrity, necessarily prevails in all situations.[63] Case-law authority on this point is lacking. But the post-colonial history of this continent teaches that such matters are ultimately decided by armed struggle rather than by forensic battles or even diplomacy. In the case of Biafra, despite the fact that there were massive human rights violations in the form of a pogrom committed against the aggrieved people, the principle of territorial integrity prevailed over what seemed a compelling case for remedial secession. In the case of South Sudan, the secessionist self-determination claim which was asserted through a combination of force and third party diplomatic intervention prevailed over the principle of Sudan's territorial integrity trumpeted in Libya by the second African-Arab submit. Eritrea vindicated its right to self-determination by force of arms and the matter of Ethiopia's territorial integrity hardly came in for consideration by intergovernmental political organisations. The Western Sahara followed the same path, although the territory is still

62 Shelton (n 51).

63 V Gudeleviciute 'Does the principle of self-determination prevail over the principle of territorial integrity?' (2005) 2 *The International Journal of Baltic Law* 48; P Szasz 'The irresistible force of self-determination meets the impregnable fortress of territorial integrity: a cautionary tale about clashes in Kosovo and elsewhere' (2000) 38 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 493.

occupied by Morocco. Nevertheless, the admission to Membership of the AU of the Saharawi Republic, the independence name and style of the Western Sahara proclaimed by the territory's leadership in exile, is significant. It stands as a rejection of Morocco's occupation as an attempt at territorial aggrandisement. Morocco's recent readmission to the AU does not change this fact. The Organization has not withdrawn its recognition and admission of the Western Sahara.

All things considered, if the right of self-determination is to be meaningful, it ought to be placed above that of territorial integrity, sanctity of colonial borders, and non-intervention. It is psychologically and, to some extent, legally important to proclaim and uphold these principles for the purposes of the community of nations and international peace and security. But in the last resort a legitimate claim to the right of self-determination, even in a non-colonial setting, ought to prevail and be valid under international law. As Judge Dillard strongly asserted in his separate opinion appended to the Advisory Opinion in the *Western Sahara* case, it is for the people to determine the destiny of the territory and not the territory the destiny of the people. Thus, if human rights ought to be meaningful, they ought to prevail over territory.

Perspective d'une fusion entre la Commission et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: quel scenario possible pour une unification du contentieux régional africain des droits de l'homme?

*Patrick Badugue**

RÉSUMÉ: Le système africain des droits de l'homme et des peuples connaitra très prochainement une mutation avec l'entrée en vigueur d'une nouvelle juridiction régionale, à savoir: la Cour africaine de justice et des droits de l'homme dont le Protocole a été adopté le 1 juillet 2008 en Egypte. Cette nouvelle entité, comme le produit de la fusion entre la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour de justice de l'Union africaine, offre des éléments de curiosité qui suggèrent une interrogation pertinente sur la possibilité d'une fusion alternative. L'objet du propos s'attèle à intéresser sur le rôle actif de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, et son intimité statutaire avec la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, pour non seulement suggérer la possibilité d'une fusion entre elles, mais encore et dans l'intérêt d'une meilleure protection des droits de l'homme en Afrique, de présenter l'avantage comparatif d'un tel scénario sur le droit des recours individuels. Cette étude privilégiera l'exactitude archivable et recourra à la technique documentaire. Le matériau utilisé sera constitué par des décisions de justice, des rapports, des discours, des articles et des ouvrages. Le constructivisme apparait quant à lui comme le mieux à même de percevoir les logiques de construction d'un cadre juridictionnel à l'échelle africaine.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

Perspectives on the fusion of the African Commission and Court on Human and Peoples' Rights: is unified regional human rights protection possible?

ABSTRACT: The African system of human and peoples' rights may change in the near future with the possible entry into force of a new regional court, the African Court of Justice and Human Rights, of which the founding protocol was adopted on 1 July 2008 in Egypt. This new entity, which in essence would constitute the merger between the African Court on Human and Peoples' Rights and the Court of Justice of the African Union, offers elements of interest that suggest pertinent questions about the possibility of an alternative merger. The purpose of this article is to focus on the active role of the African Commission on Human and Peoples' Rights, and its statutory closeness with the African Court on Human and Peoples' Rights, not only to suggest the possibility of a merger between them, but also and in the interest of better human rights protection in Africa, to present the comparative advantage of such a scenario over the right to individual remedies. This article focuses on archival accuracy and document technology. The material used will consist of court decisions, reports, speeches, articles and books. Constructivism, on the other hand, appears to be the most capable of perceiving the logics of building a jurisdictional framework at the African level.

* Magistrat, Cour d'appel du Sud-ouest Cameroun, Spécialiste des systèmes comparés de protection des droits de l'homme; patrickbadugue@yahoo.com

P Badugue 'Perspective d'une fusion entre la Commission et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: quel scenario possible pour une unification du contentieux régional africain des droits de l'homme?' (2018) 2 *Annuaire africain des droits de l'homme* 72-88
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a4

MOTS CLÉS: Cour africaine des droits de l'homme et des peoples, Commission africaine des droits de l'homme et des peoples, fusion, droit des recours individuels

SOMMAIRE:

1 Introduction ... 73
2 Eléments de l'intimité institutionnelle entre la Commission et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ... 74
2.1 Les mouvements de la Commission vers la Cour ... 75
2.2 Les mouvements de la Cour vers la Commission ... 78
3 Eléments du scénario d'une fusion alternative entre la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ... 81
3.1 Le scénario d'une fusion en vue d'ouvrir le système régional africain à une question essentielle de procedure ... 81
3.2 La nécessité de lever le verrou de l'article 34(6) du Protocole de la Cour ... 83
4 Le scénario d'une fusion inspiré de l'expérience de justice internationale comparée ... 85
5 Remarques conclusives ... 87

1 INTRODUCTION

Le système africain de protection des droits de l'homme se dotera d'une nouvelle juridiction. En effet, l'adoption du Protocole du 1 juillet 2008[1] pose les termes de la fusion entre la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour) et la Cour de Justice de l'Union africaine (CJ-UA) en 2004,[2] en vue de la création de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme.

Le contexte de cette fusion est doublement intriguant. Tout d'abord, la décision de fusionner les cours a été prise alors même que la Cour n'était pas encore fonctionnelle en raison du retard dans la tenue des élections de ses juges qui n'eurent pas lieu au mois de juillet 2004.[3] Deuxièmement en 2004, la CJ-UA prévue par l'article 18 de la Charte de l'Union Africaine (UA) n'était pas encore entrée en vigueur.[4] Il y a donc eu une décision sur la fusion de deux Cours à l'actif quasi-inexistant. Pourtant, une attention sur le rôle actif de la Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission) aurait permis de questionner utilement la pertinence de l'approche d'une telle fusion, et pour cause, la mission de la Cour ne peut être comprise en

1 Protocole portant statut de la Cour Africaine de Justice et des droits de l'homme adopté le Charm el-Cheikh en Égypte du 1er juillet 2008 (Protocole), http://fr.african-court.org (consulté le 18 Juin 2018).

2 Décidée à l'aune de la troisième session ordinaire de la Conférence de l'Union tenue à Addis-Abeba du 6 au 8 juillet 2004.

3 Elles eurent lieu plutôt en janvier 2006 à Khartoum au Soudan. Les premiers juges ont prêté serment en juillet 2006 lors du sommet de l'Union africaine à Banjul, en Gambie et pour cause, la note verbale de la Commission invitant les Etats à présenter des candidatures au poste de juge de la Cour leur a été adressée 71 jours après l'entrée en vigueur du protocole soit le 5 avril 2004 contrairement aux termes de l'article 13(1).

4 F Ouguergouz 'La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples - Gros plan sur le premier organe judiciaire africain à vocation continentale' (2006) 52 *Annuaire français de droit international* 213.

dehors du rôle très actif de la Commission par lequel s'exerce un contrôle quasi-juridictionnel.[5]

Le rapport de complémentarité entre la Commission et la Cour est donné entre autres par l'article 2 du protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peoples (Charte or Charte de Banjul). D'après cette disposition, la Cour complète les fonctions de protection de la Commission. Ce lien de complémentarité est extra-ordinairement renforcé par le règlement intérieur de chacun des deux organes. En effet, il ressort de l'article 29 du règlement intérieur de la Cour, l'existence de concertation régulière sur la manière de gérer les instruments communs, et la méthode de travail. De même, si la Commission peut saisir la Cour, cette dernière peut solliciter l'avis de la Commission sur la recevabilité d'une requête par exemple. Elle peut aussi renvoyer une affaire à la Commission pour examen complet, ce, même pour des cas où elle n'a pas compétence. Selon l'article 118 du règlement intérieur de la Commission, la complémentarité renvoie à la possibilité, pour la Commission, de saisir la Cour du non-respect des décisions rendues par elle.

L'idée défendue est qu'il existe une complémentarité suggestive entre la Cour et la Commission susceptible de nourrir une réflexion sur les perspectives d'une fusion entre elles. Si l'intérêt de cette étude réside dans la possibilité de suggérer au premier plan une possibilité de créer une Cour susceptible d'une saisine directe par les individus, ou d'unifier les institutions régionales en vue d'une simplification des procédures, notre propos s'inspire d'une évolution similaire opérée dans le système européen de protection des droits de l'homme. Il s'agira d'étudier à la lumière du droit comparé, l'intimité du lien institutionnel, matériel et processuel entre la Cour et la Commission, avant d'examiner le scénario concret des atouts d'une fusion entre ces deux mécanismes.

2 ELÉMENTS DE L'INTIMITÉ INSTITUTIONNELLE ENTRE LA COMMISSION ET LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

A l'observation, la relation que pose l'article 2 du protocole portant création de la Cour en termes de complémentarité interinstitutionnelle peut paraitre légère. Outre le Protocole, les règlements intérieurs de la Commission et de la Cour dévoilent un lien processuel quasi-fusionnel entre les mécanismes juridictionnel et quasi-juridictionnel respectivement illustrés par la Cour et la Commission: la conclusion d'une imbrication des procédures devant ces deux institutions se décline en plusieurs moments.

5 Des données font état 218 affaires enregistrées devant la Commission contre 28 devant la Cour, www.caselaw.ihrda.org (consulté le 21 octobre 2014).

2.1 Les mouvements de la Commission vers la Cour

Au sens de l'article 5 du Protocole,[6] la Commission peut saisir la Cour. La lecture du règlement intérieur de la Commission met en évidence le fait que la saisine de la Cour vise globalement deux objectifs: il peut s'agir soit d'assurer en amont le respect de la 'chose décidée' par la Commission, soit de satisfaire des considérations d'opportunité juridique.

2.1.1 La saisine de la Cour en contentieux de l'exécution des décisions de la Commission: assurer le respect de la « chose décidée » par la Commission

La chose décidée dont nous expliquerons le contenu plus loin, est de deux ordres: Il peut s'agir soit d'une decision rendue par la Commission à l'issue d'une communication, soit d'une mesure conservatoire ordonnée par elle de sa propre initiative, ou à la demande de l'une des parties.

En cas de non-respect des recommandations

La Commission peut saisir la Cour d'une communication lorsqu'elle estime qu'un Etat partie refuse de se conformer à ses recommandations.

En effet, lorsqu' une décision de la Commission a été rendue contre l'Etat défendeur, les parties informent la Commission, dans un délai de 180 jours à dater de la réception de la notification de publication de la décision, des mesures prises ou qui sont en train d'être prises par l'Etat défendeur en vue de l'exécution de la décision. Dans un délai de 90 jours suivant la réponse écrite de l'Etat, la Commission peut l'inviter à soumettre des informations supplémentaires. Si la Commission ne reçoit toutefois pas de réponse de la part de l'Etat, elle peut lui envoyer une lettre de rappel dans les 90 jours.[7] Si elle estime que l'Etat n'a pas la volonté de mettre en œuvre sa décision, elle pourra saisir la Cour. Le procédé semble logique dans la mesure où, la Commission rend des recommandations non obligatoires pour les parties. En saisissant la Cour du non-respect des ses recommandations, la Commission entend bénéficier de la force obligatoire des arrêts de la Cour.[8]

En cas de non-exécution des mesures conservatoires

Lorsqu'un Etat ne s'est pas conformé à une mesure conservatoire ordonnée par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de la communication et informer les parties à cet effet. Le recours aux

6 Art 5(1)(a) du Protocole.
7 Art 112 du Règlement intérieur de la Commission.
8 Art 61 du Règlement intérieur intérimaire de la Cour.

mesures conservatoires est répandu au sein des juridictions internationales ainsi que le démontrent les articles 41 du Statut de la Cour internationale de justice, 39 du Règlement intérieur de la Cour européenne des droits de l'homme, 86 du règlement du Comité des droits de l'homme, et 51 du Règlement Intérieur Intérimaire de la Cour.

L'article 98 du Règlement intérieur de la Commission donne à la Commission la latitude d'indiquer à un Etat partie les mesures conservatoires à tout stade de la procédure. Ces mesures conservatoires peuvent être demandées à l'initiative de la Commission, ou à celle de l'une des parties. Elles doivent être adoptées par l'Etat concerné afin d'éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé aux victimes des violations alléguées. Ces mesures visent à ce que les droits des différentes parties ne soient compromis durant le procès. Par lettre ACHPR/GOV/COMM/3/RK du 15 juillet 2004, la présidente de la Commission africaine avait envoyé au Président de la République du Cameroun M Paul BIYA, une demande urgente de mesures conservatoires tendant à ce que le matériel de la Radio Freedom FM ne subisse pas des dommages irreparables.[9]

La Commission rend des recommandations qui n'ont pas la force obligatoire attachée aux arrêts de la Cour. La faible autorité de la 'chose simplement recommandée ou décidée' est liée à son statut de quasi-juridiction ou de presque-juridiction, et l'exécution de ses décisions est largement tributaire de la seule volonté des Etats. La Commission compense ce manque par le recours à la Cour, dont les arrêts bénéficient d'un halo plus important. Il y a là une forme de complémentarité fort édifiante dans la mesure où, en vertu des dispositions de l'article 118(1) et (2) du Règlement intérieur de la Commission, la Cour est investie de la compétence en matière du contentieux de l'exécution des décisions de la Commission lorsqu'elle est saisie par cette dernière.

2.1.2 La saisine de la Cour pour toute considération d'opportunité juridique jugée nécessaire par la Commission

La saisine de la Cour est un exercice normal dans le fonctionnement de la Commission en tant qu'elle a qualité pour être partie devant la Cour.[10] Elle a donc vocation à saisir la Cour d'un éventail d'objets plus large que celui étudié plus haut.

La Commission comme un justiciable naturel de la Cour

La Commission peut traduire un Etat qui a ratifié le Protocole de la Cour. Elle ne peut le faire qu'à cette seule condition, et avec la

9 Communication 290/04, *Open Society Justice Initiative c Cameroun,* 39e Session ordinaire, http://caselaw.ihrda.org/fr/doc/290.04 (consulté le 15 août 2018).

10 Pretoria University Press *Recueil de documents clés de l'Union africaine relatifs aux droits de l'homme* (2013) 44.

singularité de pouvoir l'effectuer à tout moment de l'examen d'une communication. « La Commission peut saisir la Cour à tout moment de l'examen d'une communication, si elle le juge nécessaire ».[11] La détermination de l'opportunité juridique de cette saisine relève de la seule Commission, qui a là, le prétexte d'un recours systématique de la Cour. La Commission lui adresse à cet effet une demande accompagnée du résumé de la communication, des éléments de preuves, des documents relatifs à toute tentative visant à assurer un règlement à l'amiable, ainsi que de la décision de la Commission. La Cour dispose toutefois de la faculté d'en examiner la recevabilité. Cette fluidité processuelle apparait donc à la lecture du texte. Nous verrons plus loin qu'un certain jeu de ping-pong, ou un effet boomerang est rendu possible dans la mesure où la Cour peut elle aussi renvoyer des affaires devant la Commission.

En cas de violations graves et massives des droits de l'homme

D'après l'article 118(4) du Règlement intérieur de la Commission, « s'il est porté à son attention une situation, qui à son avis constitue une violation grave ou massive des droits de l'homme » la Commission peut saisir la Cour. La Commission peut recourir à ce mécanisme même en dehors de toute communication, notamment en cas de simple renseignement. En tout état de cause, la Commission observe deux attitudes:[12]

- une première obligatoire, en vertu de laquelle elle doit porter la question à l'attention de la Conférence et du Conseil de paix et de Sécurité de l'Union Africaine;
- une seconde facultative, selon laquelle elle peut aussi soumettre à la Cour cette question.

Par requête du 3 mars 2011,[13] la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples avait intenté une action contre la Grande jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste en alléguant des violations graves et massives des droits de l'homme. Elle dénonçait en l'occurrence la répression par les forces de sécurité, les arrestations et détentions abusives des manifestants, ainsi que l'usage excessif d'armes lourdes contre la population constitutifs des violations des articles 1, 2, 4, 5, 9, 11, 12, 13 et 23 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. L'affaire a été rayée du rôle, la Cour ayant estimé que la Commission n'avait pas cherché à faire aboutir sa requête en s'abstenant de produire sa réplique et en usant de manœuvres dilatoires.

La Commission est statutairement liée à la Cour. Toute la mesure de ce lien réside davantage dans la réalité d'une inter-complémentarité.

11 Art 118(4) du Règlement intérieur de la Commission.

12 Arts 83 et 118(3) du Règlement intérieur de la Cour.

13 Cour africaine des droits de l'homme et des peoples, Requête n°004/2011, *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Grande Jamahiriya Arabe Libyenne Populaire et Socialiste*, Décision du 15 mars 2013, http://fr.african-court.org (consulté le 18 Juin 2018).

En effet, si l'article 2 du Protocole portant création de la Cour fait observer que la mission de la Cour est de compléter les fonctions de protection confiées à la Commission par la Charte de Banjul, il est plus question d'une interdépendance fonctionnelle à l'image d'un échange de bons procédés. Comme nous le verrons, la Cour a besoin de la Commission pour fonctionner.

2.2 Les mouvements de la Cour vers la Commission

Dans le cadre du mécanisme régional de protection des droits de l'Homme, les procédures engagées devant la Cour peuvent se terminer devant la Commission, notamment par le mécanisme du renvoi. La Commission peut également être sollicitée comme une instance de conseil juridique de la Cour.

2.2.1 Le renvoi par la Cour des affaires devant la Commission

« La Cour peut connaitre des requêtes ou les renvoyer devant la Commission ».[14] Le contenu de l'article 6 du Protocole porte sur la recevabilité des requêtes, et peut laisser penser que le renvoi d'une affaire devant la Commission est une sanction à l'irrecevabilité de la requête devant la Cour. La Cour l'a souvent utilisé lorsqu'au terme de l'examen sur la recevabilité, elle s'est déclarée incompétente.[15]

Le 20 février 2011,[16] Soufiane Ababou a saisi la Cour afin de dénoncer son incorporation forcée au sein de l'armée algérienne. Après avoir constaté auprès de la Commission de l'Union africaine que l'Algérie n'avait pas encore déposé la déclaration autorisant la Cour à connaitre de la saisine directe d'un individu, la Cour s'est déclarée incompétente pour connaitre de la requête introduite par Soufiane Ababou. Elle a par ailleurs renvoyé l'affaire devant la Commission conformément à l'article 6(3) du Protocole portant création de la Cour.

Le 21 janvier 2011,[17] Daniel Amare et Mulugeta Amare ont saisi la Cour et sollicité que l'Union Africaine prenne les mesures nécessaires afin que Mozambique Airlines et les agents de l'immigration du Mozambique remboursent l'argent dont ils avaient été dépouillés. La

14 Art 6(3) du Protocole.

15 Cour africaine, Requête 8/2011, *Ekollo Moundi Alexendre c. République du Cameroun et République Fédérale du Nigéria*, Arrêt du 23 septembre 2011, http://fr.african-court.org (consulté le 18 Juin 2018); Cour africaine des droits de l'homme et des peoples, Requête 6/2011, *Association Juristes d'Afrique pour la Bonne Gouvernance c. République de Côte d'Ivoire*, Arrêt du 16 juin 2011, http://fr.african-court.org (consulté le 18 juin 2018).

16 Cour africaine, Requête 2/2011, *Soufiane Ababou c. République Algérienne Démocratique et Populaire*, Arrêt du 16 juin 2011, http://fr.african-court.org (consulté le 18 juin 2018).

17 Cour africaine, Requête 5/2011, *Daniel Amare & Mulugeta Amare c. République Du Mozambique & Mozambique Airlines*, Arrêt du 16 juin 2011, http://fr.african-court.org (consulté le 18 Juin 2018).

requête émanant des individus, la Cour a vérifié auprès de la Commission de l'Union Africaine que le Mozambique ne faisait pas partie des Etats qui ont déposé la déclaration autorisant la Cour à recevoir les requêtes des individus. En consequence, elle s'est déclarée incompétente, et a renvoyé l'affaire devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en vertu de l'article 6(3) du protocole.

2.2.2 La Commission comme instance de consultation juridique

La Commission joue pour la Cour, le rôle de véritable conseil juridique. En effet, la Cour peut solliciter l'avis de la Commission sur la recevabilité des requêtes.[18] Il s'agit d'une faculté laissée à la Cour, qui peut ainsi tirer profit de l'éclairage de la Commission avant de se prononcer elle-même sur la recevabilité.[19] A l'origine d'une telle consultation, il y a le fait que tout d'abord, la Cour statue sur la recevabilité des requêtes en se fondant sur l'article 56 de la Charte de Banjul qui définit également les conditions de recevabilité des communications devant la Commission. Ensuite et enfin, en raison de son important encrage historique et de son dynamisme, la Commission dispose d'un véritable répertoire juridique de cas. Rien d'étonnant à cela, car la Cour a été créée et les élections de ses juges ont eu lieu en 2006 soit 19 ans après que la Commission soit entrée en fonctionnement. De plus, la Commission réalise une moyenne 223 décisions[20] en 31 années soit environ 7 décisions par an. Ces données expliquent assez largement le dynamisme de la Commission aux côtés d'une Cour qui, entre 2008 et 2018, compte 56 affaires finalisées, soit environ 6 affaires par année.[21] Entre 2008 et 2016 encore, il fallait compter à peine 35 décisions et arrêts soit une moyenne de 4 décisions et arrêts par année.[22]

Par ailleurs, dès sa première décision au fond déjà, la Cour se positionnait dans la continuité des acquis jurisprudentiels de la Commission dont elle n'a pas manqué de s'inspirer: tel fut l'observation de la doctrine au lendemain de l'arrêt du 14 juin 2013 rendu dans les affaires jointes *Tangayika Law Society & the Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie, et Révérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie*.[23] C'est aussi le cas par exemple de la jurisprudence constante de la Commission sur l'interprétation de l'article 56(6) de la Charte de

18 Art 29(2) du Règlement intérieur intérimaire de la Cour.

19 Art 6(2) du Protocole.

20 Soit 96 sur le fond, 9 radiées pour défaut de diligence, 1 rejetée à la saisine, 1 examen *suspendu sine die*, 2 dossiers classés, 4 retraits de plaintes, 3 mesures provisoires, 1 règlement à l'amiable, 99 déclarées irrecevables, 7 radiées. Statistiques disponibles sur http://www.achpr.org/fr/communications/ (consulté le 15 juillet 2018).

21 http://fr.african-court.org/index.php/affaires/affaires-contentieuses#affaires-finalisées (consulté le 15 juillet 2018).

22 S Hanffou Nana *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Etudes à la lumière de l'expérience européenne* (2016) 509.

23 AD Olinga 'La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2014) 6 *La revue des droits de l'homme* 33.

Banjul[24] qui chiffre à six mois le délai raisonnable pour l'introduction des communications devant la Commission depuis l'épuisement des voies de recours internes. Ce délai qui est le même suivi devant la Cour européenne des droits de l'homme, est également repris par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'examen de la recevabilité des requêtes. Pour autant, la Cour ne manque pas d'autonomie dans la construction de son raisonnement.

En outre, le lien fusionnel entre les deux institutions est également consacré par l'existence de sessions de consultations annuelles avec la Cour. En effet, le Bureau de la Commission et celui de la Cour se rencontrent aussi souvent que nécessaire pour échanger sur toutes les fonctions qui leurs sont assignées. Il y a là un besoin d'assurer une production cohérente et harmonieuse de la norme dans le contentieux des droits de l'homme à l'échelle régionale. L'on retrouve ce même dessein dans les cas de litispendance. Les articles 123 du Règlement intérieur de la Commission et 40(7) du Règlement intérimaire de la Cour, sanctionnent d'irrecevabilité, les communications/requêtes dont elles seraient saisies et qui auraient été au préalable introduites devant l'une d'entre elles.

La Commission serait donc pour la Cour, une instance de consultation juridique. Cette réalité s'inscrit dans le mode normal de fonctionnement de la Cour qui peut, au titre de son Règlement intérieur,[25] consulter la Commission chaque fois que de besoin, sur toute question de procédure tenant aux rapports entre les deux institutions. Toutefois, l'intérêt de la mise en évidence de cette relation tient à la suggestion d'une alternative qui aurait privilégié, à la fusion actuelle entre la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et de la Cour de Justice de l'Union africaine, celle de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples avec la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Bien plus, il s'agit d'inciter à une réforme du Protocole portant création de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme en cours de ratification, en vue de reconsidérer certaines possibilités processuelles.

24 Art 56(6) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: '[les communications doivent nécessairement] Etre introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des recours internes ou depuis la date retenue par la Commission comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine'.

25 Art 29(4) du Règlement intérieur de la Cour.

3 ELÉMENTS DU SCÉNARIO D'UNE FUSION ALTERNATIVE ENTRE LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES ET LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

La fusion que nous suggérons serait une alternative au schéma actuellement suivi, qui est consacré par l'adoption du Protocole portant création de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme le 1 juillet 2008, comme le résultat de la fusion de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et de la Cour de Justice de l'Union Africaine. Nous pensons que, compte tenu de l'intimité institutionnelle qui existe entre la Commission et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, il aurait été plus intéressant de fusionner ces deux instances. Cette option encore envisageable s'inspirerait à la fois d'un précédent historique autant que d'une certaine leçon tirée de l'étude du droit processuel de la Cour et de la Commission.

3.1 Le scénario d'une fusion en vue d'ouvrir le système régional africain à une question essentielle de procédure

Il serait souhaitable de faire un état des lieux pour éviter de brider la réflexion.

Le droit aux recours individuels devant la Cour régionale: l'état des lieux

La fusion de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples avec la Commission tient à la capitalisation d'un avantage comparatif. Nous pensons précisément au scénario de la création d'une Cour régionale permettant un recours individuel direct et inconditionnel. Autrement dit, une juridiction offrant la possibilité de saisine directe pour les personnes physiques et les ONG. Sous réserve de certaines conditions, la Commission peut être directement saisie par les personnes physiques et les personnes morales.[26] En plus du respect des dispositions de l'article 56 de la Charte africaine – auquel renvoie l'article 6(2) du Protocole du 10 juin 1998 sur la Cour[27] – le Protocole ajoute une condition de taille:[28]

> 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,

26 Art 56 de la Charte de Banjul et articles 93 et suivants du Règlement intérieur de la Commission.

27 Art 6(3) du Protocole: 'La Cour statue sur la recevabilité des requêtes en tenant compte des dispositions énoncées à l'article 56 de la Charte'.

28 Art 26 de la Charte de Banjul.

> 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) Etre postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Commission que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale; (6) Etre introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des 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'Organisation de l'unité africaine et soit des dispositions de la présente Charte.

Comme une véritable embuscade au droit des recours individuels, l'article 34(6) du Protocole subordonne la recevabilité des recours individuels au depôt par l'Etat, d'une déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour à recevoir ces types de recours:[29]

> A tout moment, à partir de la ratification du présent Protocole, l'État doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5(3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5(3) intéressant un État partie qui n'a pas fait une telle declaration.

Il s'agit, selon les termes de l'article 5(3) du Protocole, des requêtes formulées par les individus personnes physiques, ainsi que celles des ONG ayant le statut d'observateur auprès de la Commission.

De fait, c'est moins la réalité de cette évidence connue et consolidée, que la reconduction de ce verrou dans la structure processuelle de la Cour à venir qui inquiète. En effet, dans sa première version du 1 juillet 2008, l'article 30(f) du Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme accordait une saisine directe « des personnes physiques et des ONG accréditées auprès de l'Union ou de ses organes ou ses institutions ». En mai 2012, lors de la réunion des experts gouvernementaux et des Ministres de la justice/Procureur généraux sur le projet de Protocole sur les amendements au Protocole relatif au statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, l'article 30(f) a été supprimé, et la version originale du 1 juillet 2008 a été reconduite. Cette disposition sera validée lors du tout dernier amendement du 27 juin 2014 qui consacrera également l'extension de compétence de la nouvelle Cour au droit international pénal.

Toutefois, si les communications devant la Commission présentent des cas de violations massives et graves des droits de l'homme, celle-ci doit obligatoirement en saisir la Conférence et le Conseil de Paix et de Sécurité de l'Union Africaine, et peut aussi saisir la Cour. Dans cette hypothèse, les individus et ONG concernés pourront devenir des parties à la procédure portée par la Commission devant la Cour. Il pourra s'agir également pour la Commission de porter devant la Cour, un cas d'inexécution d'une décision ou d'une mesure provisoire qu'elle a ordonnée dans le cadre d'une communication déposée par un individu ou une ONG ayant le statut d'observateur. Ce moyen permet de contourner l'obstacle de la déclaration prévue à l'article 34(6) du

29 Art 34(6) du Protocole.

Protocole de la Cour. Dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme, les particuliers n'ont pas de *jus standi*, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas la capacité de saisir la Cour ou d'être partie à une procédure devant elle. Cependant, nonobstant l'impossibilité d'un accès direct telle que mentionnée à l'article 61 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, la Cour peut connaitre de la requête d'un particulier lorsque celle-ci est portée devant la Cour par la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Il n'est donc pas possible pour un individu de saisir directement la Cour interaméricain des droits de l'homme, et les particuliers doivent d'abord déposer une plainte auprès de la Commission qui se prononcera sur la recevabilité. La Commission présentera généralement une liste de recommandations et une proposition d'amende à l'encontre de l'État concerné après examen de l'affaire au fond. L'affaire sera renvoyée devant la Cour uniquement si l'État ne respecte pas ces recommandations,[30] ou si la Commission décide que l'affaire est d'une importance particulière ou qu'elle revêt un intérêt juridique spécifique.

Il ne s'agit cependant que d'une saisine par institution interposée, et comme nous l'avons vu en l'état de son processus de ratification, les recours individuels devant la Cour africaine de justice et des droits de l'homme seront, au même titre que devant la Cour, subordonnés à la déclaration d'acception de l'Etat autorisant une telle compétence de la Cour.

3.2 La nécessité de lever le verrou de l'article 34(6) du Protocole de la Cour

Régression ou continuité pathogène, l'on ne peut manquer de relever que le changement opéré dans l'écriture de l'article 30(f) entre 2008 et 2014, témoigne de l'existence d'un débat au sein des Etats sur la possibilité d'une saisine directe de l'Etat par les requérants indviduels. La réflexion en la matière n'est donc pas loin d'avoir un intérêt actuel et pratique. L'obstacle à la saisine direct aurait été aisément surmonté si la fusion avait su tiré l'avantage comparatif que propose la Commission. Eriger l'article 34(6) du Protocole en disposition pertinente a un effet réducteur sur l'efficacité du contentieux, et pour cause, il n'est rien de surprenant que l'Etat soit logiquement le défendeur naturel dans le cadre d'un procès devant dans la mesure où il est le principal destinataire du droit international des droits de l'homme.

De plus, les statistiques entretenues par l'actuelle Cour africaine des droits de l'homme et des peuples font observer que les recours individuels constituent 96,11% des cas de saisine contentieuse de la Cour soit exactement: 165 requêtes déposées par les individus personnes physiques, 12 requêtes déposées par les ONG et 3 requêtes déposées par la Commission.[31]

30 Art 51 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH).

31 Statistiques disponibles sur www.african-court.org (consulté le 14 août 2018).

Si l'on considère en outre que seuls sept Etats africains ont fait la déclaration d'acceptation des recours individuels,[32] le contentieux devant l'actuelle Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples est limité à ces quelques Etats et l'assiette du contrôle contentieux de protection des droits de l'homme devant la Cour est réduite à une portion d'Etats. On note que les quinze premières affaires devant elles ont été declarées irrecevables, la Cour étant inapte à assurer la protection des droits de l'homme face à des Etats réticents à l'idée de voir engager leur responsabilité.

On peut regretter qu'à l'occasion de l'une des rares affaires pour lesquelles l'Union Africaine ait été conviées en vue d'amender la Charte de Banjul sur l'article 34(6), la Cour n'a pas saisi l'opportunité de formuler un *obiter dictum*. Cela aurait eu le mérite de relever l'incongruité de cette disposition, au lieu de se limiter à simplement expliquer le contenu de cette disposition, au lieu de se limiter à simplement expliquer le contenu de cette disposition.

Le 14 février 2011, l'avocat nigérian Femi Falana[33] a attrait l'Union africaine devant la Cour et sollicité l'annulation de l'article 34(6) du Protocole de la Cour, en raison de son incompatibilité à la Charte de Banjul. En effet, le Nigéria n'ayant pas fait la déclaration autorisant la Cour à recevoir des requêtes individuelles, M Femi Falana n'a pu efficacement dénoncer devant la Cour, la violation par le Nigéria des droits de ses clients. Aussi, il a soutenu qu'en subordonnant la saisine directe de la Cour à la déclaration préalable de l'Etat en cause, l'article 34(6) violait l'obligation de non-discrimination, heurtait l'égalité devant la loi et portrait atteinte au droit à ce que sa cause soit entendue. Pour le requérant, l'Union Africaine était l'institution qui avait adopté et publié la Charte de Banjul et le Protocole dont la disposition se trouvait querellée. Pour sa part, l'Union africaine a fait valoir globalement qu'elle ne pouvait répondre des engagements pris par ses Etats membres, lesquels disposaient en outre du pouvoir de ratification.

Par ailleurs, le défendeur a ajouté que seuls les Etats membres ont la responsabilité d'assurer les obligations qui découlent de leurs engagements, et qu'ils disposent d'autre part du droit souverain de faire ou non la déclaration autorisant la Cour à recevoir les requêtes individuelles. Faisant droit au défendeur, la Cour a observé dans son arrêt du 26 juin 2012 que si dans la pratique, l'adoption des traités est formellement le fait de la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union, leur signature et leur ratification relèvent de la prérogative des Etats membres.

De plus, la Cour a affirmé que l'Union africaine est une personne morale ayant de ce fait une personnalité juridique distincte de ses Etats membres, et ne saurait par conséquent répondre des obligations d'un

32 Amnesty International *Protocole de Malabo, Incidences juridiques et institutionnelles de la Cour Africaine issue d'une fusion et à compétence élargie* (2016) 64.

33 Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Requête 1/2011 *Femi Falana c. Union africaine,* Arrêt du 26 juin 2012, http://fr.african-court.org (consulté le 18 Juin 2018).

traité auquel elle n'est pas partie, en l'occurrence la Charte de Banjul, son Acte constitutif, ainsi que le Protocole portant création de la Cour. Enfin, la Cour a conclut qu'une requête individuelle n'est recevable que si elle est tournée contre un Etat, et à la condition que celui-ci ait fait la déclaration autorisant ce mode de saisine. Elle s'est déclarée incompétente pour connaitre de la requête introduite par M Femi Falana.

Une fusion entre la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et de la Commission aurait eu certainement le mérite de permettre la saisine directe et inconditionnelle des individus. L'expérience européenne d'unicité institutionnelle au profit d'une Cour européenne permanente et permettant une saisine individuelle en toute égalité avec les Etats, mériterait d'être évoquée.

4 LE SCÉNARIO D'UNE FUSION INSPIRÉ DE L'EXPÉRIENCE DE JUSTICE INTERNATIONALE COMPARÉE

L'expérience dont nous nous inspirons est celle de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour européenne). La fusion de la Commission européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, a accouché au bénéfice de la seconde d'un avantage comparatif: la possibilité de saisine directe de la Cour par les individus. Il s'agit d'une des originalités de cette Cour, car le recours individuel direct devant la Cour régionale n'est admis ni dans le système interaméricain, ni dans le système africain de protection des droits de l'homme. Pour sa part, le comité des juristes chargé de libeller le statut de la Cour internationale de Justice, et avant elle, celui de la Cour permanente de justice internationale, l'avait définitivement écarté au motif très controversé que les individus n'étaient pas des sujets de droit international.[34]

La faculté pour les individus de saisir la Cour européenne a été évoquée en mai 1948 lors du Congrès européen. Cependant, cette proposition avait été rejetée au motif que les individus disposaient déjà d'une tribune pour la défense de leurs droits à savoir: la Commission Européenne et les Etats. En effet la Commission, alors organe de contrôle du respect de la Convention européenne au même titre que la Commission dans le système africain, avait compétence pour connaitre à l'initiative des plaintes des individus et des Etats, des manquements à la convention. Ce n'est qu'en 1998 que cette faculté a été rendue possible.

Les travaux du juge Ireneu Cabral Barreto sur les droits de recours individuel devant la Cour, distinguent trois étapes dans cette evolution.[35] Ainsi, avant janvier 1983, la Commission avait la

34 A Cançado Trindade *El acceso directo delindividuo a los Tribunales Internacionales de rechos humanos* (2001) 31.

35 I C Barreto 'Droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme' (2002) 15 *Revue québécoise de droit international* 24.

possibilité, une fois une requête déclarée recevable, d'émettre un avis sur le fond de l'affaire, puis de l'envoyer au Comité des ministres ou à la Cour pour la décision finale. Si elle se décidait en faveur d'une saisine de la Cour, ce qui était en principe le cas pour les affaires plus complexes, la Commission ne se présentait pas en tant que partie litigieuse. L'adversaire réel de l'État, à savoir l'individu, devait être présent pour que le principe du contradictoire soit assuré et pour être convaincu du respect du principe d'une bonne administration de la justice.

À partir du 1 janvier 1983, avec le nouveau Règlement de la Cour, le requérant a obtenu une position autonome dans la procédure, se présentant en rapport direct avec la Cour, sans le besoin de la médiation de la Commission. Le Président pouvait autoriser le requérant à défendre lui-même sa position, si nécessaire par l'intermédiaire d'un avocat ou de toute autre personne acceptée par le Président. Cette modification faisait en sorte que l'intervention de la Cour restait toujours cantonnée à la demande de la Commission et des États. L'individu avait cependant acquis un *locus standi* qui donnait à la procédure un caractère vraiment contradictoire.

Le Protocole 9, entré en vigueur le 1er octobre 1994, a ouvert au requérant individuel ayant saisi la Commission le droit de saisir la Cour, mais pas encore celui d'obtenir de la Cour un examen au fond de son affaire. La saisine de la Cour était médiatisée par l'intervention d'un comité, constitué au sein de la Cour, chargé de filtrer les affaires et qui pouvait décider, à l'unanimité, de ne pas déférer l'affaire à la Cour et de le transférer au Comité des ministres.

C'est à la faveur de l'entrée en vigueur du Protocole 11, le 1 novembre 1998 que les individus se sont définitivement vu reconnaitre le bénéfice d'une saisine directe de la Cour en toute égalité avec les Etats:[36] la Commission ayant par ce fait même fusionné avec la Cour, cette dernière devient un organe permanent et dispose désormais de la compétence exclusive pour statuer sur une éventuelle violation de la Convention et de ses protocols.[37]

D'un système à trois comprenant la Cour, la Commission et le Comité des ministres, a succédé le projet de fusion de la Commission et de la Cour qui a conduit à une judiciarisation totale du contentieux européen des droits de l'homme.

Bien qu'il ne suffise pas simplement d'évoquer une expérience extérieure pour justifier la reproduction d'un schéma semblable, il importe de relever qu'au cœur de la fusion, ont été obtenus de nombreux avantages. Celui qui nous intéresse tient à l'ouverture des recours individuels direct. Il présente l'avanatge de l'extension de la compétence personnelle qui s'étend au-delà des requêtes étatiques pour embrasser à la fois les personnes physiques et toute organisation

36 Art 34 de la Convention européenne de sauvegarde des droits fondamentaux.

37 L'idée de la fusion de la Commission et de la Cour et de la création d'un organe unique et permanent qui réunissait les compétences des deux a été invoquée au niveau politique pour la première fois pendant la Conférence ministérielle de Vienne, en mars 1985.

non gouvernementale à la condition d'être victime, c'est-à-dire qu'il existe un lien direct entre le requérant individuel et la violation alléguée.[38] On peut discuter du bien-fondé de cette condition même extensive de la qualité de victime, qui est au demeurant absente devant la Commission Africaine, laquelle connait en la matière d'une veritable *actio popularis* adaptée à la condition des victimes ne disposant pas toujours de possibilités matérielles et physiques de saisir la Cour et d'y assurer la défense de leurs droits.

Par ailleurs, du fait de cette extension de son champ personnel de compétence, la Cour européenne des droits de l'Homme a connu une augmentation significative des requêtes qui posent entre autres le problème le délai de traitement des affaires. La doctrine fait état d'une croissance exponentielle du nombre de requêtes, et même d'une crise institutionnelle.[39] Cependant, si l'argument de la saturation du prétoire peut valoir dans le contexte européen, on est très loin en Afrique du quota d'efficacité de la Cour de Strasbourg dont les statistiques affichent des scores au dessus de ceux réalisés dans notre contexte à l'échelle continentale. Une moyenne d'environ 900 décisions chaque année soit: 888(2001); 844(2002); 703 (2003); 718(2004); 1105 (2005); 1560(2006); 1503(2007); 1543(2008); 1625 (2009); 1499(2010); 1157(2011); 1093(2012); 916(2013); 891 (2014); 823(2015); 993(2016).[40] Ce contre 45 affaires finalisées en a peu près 12 ans pour la Cour africaine, et 113 décisions rendues par la Commission en à peu près 20 ans. Il serait donc difficile dans notre contexte d'évoquer le risque d'une crise de la saisine dans le contexte africain.

5 REMARQUES CONCLUSIVES

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples entretien avec la Commission des droits de l'homme et des peuples une complémentarité hautement suggestive qui n'a pu échapper aux rédacteurs du projet de fusion qui a été adopté le 1 juillet 2008, et qui crée la nouvelle Cour Africaine de Justice et des droits de l'homme. S'il apparait depuis l'entame de notre analyse que le contexte de la fusion est problématique car il met à contribution deux Cours à l'actif inexistant (la Cour et la Cour de justice de l'Union africaine) au moment de l'adoption du texte, c'est l'avantage comparatif négligé auquel se rapporte la fusion suggérée entre la Cour et la Commission qui nous importe. Cet avantage porte sur la leveé du verrou de l'article 34(6) du Protocole portant création de la Cour Africaine, qui a été reconduit à l'article 30(f) du Protocole du 1er juillet 2008 dans sa version du 27 juin 2014. Proposer le saut qualitatif vers une Cour qui permet une meilleure protection des droits de l'homme en ouvrant la possibilité des

38 Comm. eur. DH, 5 fév. 1990, *Mendes Godinho c. Portugal*, DR 64/72; Comm. eur. DH 4 déc. 1995, *Tavira et autres c. France*, DR 83B/112.

39 J F Renucci, *Introduction Générale à la Convention européenne des droits de l'homme, Droits garantis et mécanismes de protection* (2005) 104.

40 Cour européenne des droits de l'homme *Rapport annuel 2016* (2017) 205.

recours individuels plus souples, est au cœur de notre pensée. Il apparait presque incontestable d'arriver à cette conclusion au regard du lien statutaire entretenu par les textes fondateurs de la Commission et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Il apparait possible d'écrire et de valider cette option au regard des progrès réalisés en la matière dans la trajectoire historique de la Cour européenne, et même à l'intérieur du système africain par les progrès réalisés au sein des Communautés economiques régionales. L'on ne peut manquer de relever que c'est l'arrêt *Olajide Afolabi c. République Fédérale du Nigéria*. Cet arrêt a mis en évidence la nécessité de reconnaitre un droit de saisine individuelle de la Cour de Justice de la CEDEAO. Celle-ci a depuis 2005 la compétence de connaitre des requêtes individuelles. Il importe donc de reconsidérer les termes du Protocole du 1 juillet 2008, et de questionner utilement l'apport des actifs de la Commission sur la question, en faveur d'une meilleure protection des droits de l'homme en Afrique.

The application of African Union (human rights) law in Uganda: trends and prospects from a comparative review

*Busingye Kabumba**

ABSTRACT: The body of public international law that may be known as 'African Union (AU) law', that is to say, the treaties, resolutions, constitutive documents, jurisprudence and practices of the AU, now constitute a respectable corpus of legal material. However, not only is this body of law under-theorised and under-studied by general public international law scholars, the nature of its reception and application within the domestic legal orders of AU member states is even more neglected. This article seeks to address the dearth of scholarship in this regard by critically analysing the judicial reference to AU law in one African country – Uganda – having particular regard to the reception of human rights related AU law.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

L'application du droit (des droits de l'homme) de l'Union africaine en Ouganda: une analyse comparée des tendances et perspectives

RÉSUMÉ: Le corpus du droit international public pouvant être dénommé 'droit de l'Union africaine', composé des traités, des résolutions, des documents statutaires, de la jurisprudence et des pratiques de l'UA constituent désormais un corpus respectable de textes juridiques. Cependant, non seulement ces normes juridiques sont sous-étudiées et sous-théorisées par les spécialistes du droit international public général mais encore la nature de leur incorporation et de leur application dans l'ordre juridique internes des États membres de l'Union africaine est encore plus négligée. Cet article conduit une analyse critique de la référence à ces normes par les juridictions de un pays africain – l'Ouganda – avec un accent particulier sur la réception et l'intégration des normes de l'Union africaine en matière des droits de l'homme.

KEY WORDS: African Union law, regional economic communities, Ugandan judiciary, East African Community, European Union

* LLB (Makerere), BCL (Oxford), LLMC (Harvard) LLD (Pretoria); Lecturer, School of Law, Makerere University; kbusingy@ gmail.com. I am deeply grateful to the anonymous reviewers and editors of the *Yearbook*, whose valuable and insightful comments on earlier drafts of this article, greatly enhanced the quality of this work. I am greatly indebted to the Africa Oxford Initiative (AfOX) and the Faculty of Law of the University of Oxford, for the award of the inaugural AfOx-Law Visiting Fellowship for the period October to November 2018; and to St. Anne's College, Oxford, for the award of a Plumer Visiting Fellowship covering the same duration. This article would not have seen the light of day but for the opportunity for thought and reflection provided by these Fellowships. My sincere thanks, as such, to Jonathan Herring, Kevin Marsh, Anne Makena, Liora Lazarus, Imogen Goold, Antonios Tzanakopoulos, and many others too numerous to mention individually. All errors and omissions in the article, of course, remain solely mine.

B Kabumba 'The application of African Union (human rights) law in Uganda: trends and prospects from a comparative review' (2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 89-130
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a5

CONTENT:

1 Introduction 90
2 A note on methodology and terminology 92
2.1 Case identification and data set 92
2.2 The finer distinctions implicated by the term 'reference' 93
3 The treatment of AU law in the Ugandan courts 93
3.1 The African Union 93
3.2 The African Charter on Human and Peoples' Rights 94
3.3 The Protocol to the African Charter on the Rights of Women in Africa 100
3.4 The African Charter on Democracy, Elections and Governance 101
3.5 The African Charter on the Rights and Welfare of the Child 102
3.6 The jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples' Rights 102
3.7 Other soft law instruments in the AU system 105
4 Comparative perspectives 106
4.1 The European Union 106
4.2 The East African Community 115
4.3 Other Regional Economic Communities in Africa 122
5 Emerging trends regarding the influence of AU law in the Ugandan legal system 126
6 Conclusion 130

1 INTRODUCTION

This article considers the extent to which Ugandan courts have referred to African Union (AU) law in general, and AU human rights law in particular. As an initial conceptual point, by 'AU law' we refer to the whole range of normative instruments generated under the auspices of the AU, that is to say, AU treaties,[1] as well as the various decisions of bodies charged with the interpretation of those instruments. Included in this conception are also soft law instruments, especially those directly or indirectly generated by states.[2]

There is a growing body of scholarship that examines the legal orders created under the African Union and the continent's Regional Economic Communities (RECs).[3] There is also some work which

1 These include the Constitutive Act of the African Union; the African Charter on Human and Peoples' Rights; the African Children's Charter; the Convention on the Prevention and Combating of Terrorism; the African Convention on the Conservation of Nature; the Convention on Preventing and Combating Corruption; the African Youth Charter; and the African Charter on Democracy, Elections and Governance.

2 Judge Abdulqawi Yusuf has, elsewhere, referred to the concept of a 'public law of Africa', developed by Pan-African organisations – AA Yusuf (2014) *Pan-Africanism and international law* at 18 ('Through their constitutive instruments and their law-making activities, these Pan-African organisations have developed over the years a public law of Africa, which consists of rules, principles and practices applicable to intra-African relations, but capable also of influencing the development of similar rules in other regions of the world or at the universal level'). This public law of Africa might refer to something wider than AU law, since it would conceivably include those norms generated by all Pan-African and Pan-Africanist organisations.

3 See, for instance O Amao (2018) *African Union law: the emergence of a sui generis legal order*; AA Yusuf and F Ouguergouz (2012) *The African Union, legal and institutional framework: a manual on the pan-African organization*; B Kabumba 'Soft law and legitimacy in the African Union: the case of the Pretoria Principles on ending Mass Atrocities Pursuant to article 4(h) of the AU Constitutive Act' in OO Shyllon (ed) (2018) *The Model Law on Access to*

considers, broadly, the application of international law in Uganda.[4] There is, however, relatively less work which considers the extent to which AU law and 'REC law' have been received and applied in national legal orders generally,[5] and even less so with regard to the particular context of Uganda.[6] The present work, therefore, is an attempt to contribute to the investigation of an under-researched, and yet critical, legal question – the judicial reception of AU law in Uganda. For avoidance of doubt, this article specifically addresses the approach of Ugandan courts to AU law, and does not focus on the related, but separate, question as to the nature and extent of the domestication of this law through legislative and other means.

This assessment is done through a review of case law from 1995 to the present. The year 1995 is used as starting point as it witnessed the promulgation of a new Constitution in Uganda, which has provided the foundation for robust constitutional and human rights litigation. As a guide to assessing the extent of judicial reliance on AU law, the article also considers the courts' reception of European Union (EU) law – that jurisdiction being perhaps the most advanced global effort towards supranational integration. As an additional comparator, the article also considers judicial reference to legal orders created under the eight Regional Economic Communities (RECs) traditionally viewed as

Information for Africa and other regional instruments: soft law and human rights in Africa 165*;* ME Olivier 'The role of the African Union law in integrating Africa' (2015) 22 *South African Journal of International Affairs* 513; F Viljoen (2012) *International human rights law in Africa* at 151; E Ugirashebuja, JE Ruhangisa, T Ottervanger and A Cuyvers (eds) (2017) *East African Community law: institutional, substantive and comparative EU aspects*; KD Magliveras and GJ Naldi (2018) *The African Union;* and EF Ssempebwa (2015) *East African Community law*.

4 This includes B Kabumba 'The application of international law in the Ugandan judicial system: a critical enquiry' in M Killander (ed) (2010) *International law and domestic human rights litigation in Africa* 83; J Obitre-Gama 'The application of international law into national law, policy and practice' Paper presented at WHO international conference on a global tobacco control law, 7-9 January 2000, New Delhi, India and S Namwase (2011) *The principle of legality and the prosecution of international crimes in domestic courts: lessons from Uganda* unpublished LLM Dissertation, University of Pretoria. Two papers presented at a conference on the application of international law in regional and domestic courts, 29 July 2010, Kampala, Uganda are also relevant: I Mulyagonga-Kakooza 'International human rights and the courts in Uganda' and H Onoria 'Application of international law in domestic courts: perspectives from practice'.

5 Examples include T Maluwa 'Ratification of African Union law treaties by member states: law, policy and practice' (2012) 13 *Melbourne Journal of International Law* 636 and F Viljoen and L Louw 'State compliance with the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 1994-2004' (2007) 101 *American Journal of International Law* 1. In addition, the important and specific enquiry into the reception and impact of AU soft law has also begun to be undertaken. See, for instance, J Biegon 'The incorporation of the thematic resolutions of the African Commission into the domestic laws of African countries' in Shyllon (n 3) 190.

6 Preliminary work in this area includes S Serumaga-Zake and M Ilyayambwa 'The "promise" of ratification: a Uganda-EAC perspective' (2014) 5 *Mediterranean Journal of Social Sciences* 2172 and S Arach-Amoko 'Relationship between the domestic courts and regional and sub-regional courts', also presented at the Kampala conference referenced in n 4 above.

the 'building blocks' of the AU.[7] These are: the East African Community (EAC); the Economic Community of West African States (ECOWAS); the Economic Community of Central African States (ECCAS); the Arab Maghreb Union (AMU); the Community of Sahel-Saharan States (CEN-SAD); the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA); the Intergovernmental Authority on Development (IGAD) and the Southern African Development Community (SADC).

2 A NOTE ON METHODOLOGY AND TERMINOLOGY

2.1 Case identification and data set

The review considered cases available online, primarily those contained in the Uganda Legal Information Institute (ULII) database.[8] A search was made through the ULII records, using all possible permutations of relevant code words and combinations thereof, so as to identify all applicable case law. The various cases highlighted were then appropriately categorised, and subsequently analysed.

This approach – of reliance on an online search rather than a survey of print law reports – was adopted for two reasons. In the first place, the tradition of law reporting in Uganda has been neither consistently nor rigorously maintained, especially after the late 1980s. The result is that many key decisions of courts of Judicature (High Court, Court of Appeal and Supreme Court) remain unreported. Some of these have been availed online either through fee-charging portals, such as Uganda Online Law Library or the open-access ULII database. Secondly, the ULII database allowed for a more systematic and quicker collection and analysis of relevant case law, through a relevant key word search, than might have been possible with print reports.

The study is, therefore, based upon and limited to this particular data set. The reliance on case law available online, and the ULII database in particular, admittedly presents a limitation upon the comprehensiveness of the study findings. At the same time, if understood as an in-depth examination of a specific sample – Ugandan jurisprudence available through ULII covering a particular time period – then it is possible that the insights provided herein might provide some useful indicators as to the more general position.

7 The reference to these RECs as 'building blocks' of the AU is contained in the official websites of the African Union – see https://au.int/en/organs/recs (accessed 15 January 2019); and the United Nations Economic Commission for Africa (UNECA) – see https://www.uneca.org/oria/pages/regional-economic-communities (accessed 15 January 2019). The AU website, in this regard, references the Abuja Treaty, the AU Constitutive Act, the 2008 Protocol on Relations between RECs and the AU, and the Memorandum of Understanding on Cooperation in the Area of Peace and Security between the AU, RECs and the Coordinating Mechanisms of the Regional Standby Brigades of Eastern and Northern Africa.

8 See https://ulii.org (accessed 15 January 2019).

2.2 The finer distinctions implicated by the term 'reference'

It is also important, at the outset, to point out that 'reference' by courts to AU law, or to other legal orders, can take several forms, with varying implications. There are at least five different forms that such reference can take: i) reference in a case record as part of a judicial summary of arguments made by counsel, with no subsequent reliance by the court in its own determination of the matter; ii) a passing reference in the court's decision, by a way of a footnote or as one of a list of several authorities, whether or not this is accompanied by actual or specific reliance on the authority in the court's final determination; iii) substantial engagement by the court in terms of discussing the authority without any actual or specific reliance on it in the final determination or finding, that is to say, engagement by the domestic court with a treaty or decision as part of *obiter dicta*; iv) substantial engagement with a provision or decision, with specific reliance being placed upon it in the final determination by the court, and the domestic court *agreeing* with such treaty or decision; v) substantial engagement with a provision or decision, with specific reliance being placed on it it the court's final determination of the matter, but with the domestic court *disagreeing* with that treaty or provision. In addition, 'reliance' can take various additional forms. For instance, a court may rely on a treaty or decision as an aid to the interpretation of domestic law, or might apply such treaty in its own right, that is to say, as a self-executing provision.

In the narrative parts of this article – in which the specific cases are reviewed – an attempt is made to distinguish as a minimum, between 'reference' in the sense of i) above, from that implicated in ii) to v). The account also points out instances in which reliance took the form 'direct application' as opposed to being in the nature of use of AU, EU or REC law as an aid to the interpretation of Ugandan law. However, in the tabular representations of the data, and the brief analysis that follows therefrom, 'reference' (or 'citation') is used as a catch-all phrase, covering all five variations of the term.

3 THE TREATMENT OF AU LAW IN THE UGANDAN COURTS

3.1 The African Union

There seems to be a paucity of references, in Ugandan case law, to the AU as an institution or law-generating entity. Indeed, we could only find one case that specifically mentioned the AU – the High Court decision in *John Kagwa v Kolin Insaat Turizm and Another*.[9] Even

9 High Court Civil Suit 318 of 2012 (Ruling of Judge Masalu Musene).

then, this was not a reference to the AU, as such, but rather to the AU Convention on Preventing and Combating Corruption.[10]

3.2 The African Charter on Human and Peoples' Rights

In contrast to the general silence in Ugandan case law relating to the AU, as such, there is a substantial body of judicial decisions referring to the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter).

One of the earliest decisions that referred to the African Charter was that in the 2002 case of *Uganda Law Society and Jackson Karugaba v Attorney General*.[11] The petition challenged the constitutionality of the indictment, trial and execution – all conducted in one day, 25 March 2002 – of two soldiers of the Uganda Peoples' Defence Forces, for the alleged murder of three civilians. In upholding the petition, Justice Twinomujuni, who wrote the lead judgment of the Constitutional Court, observed that during the course of the proceedings, counsel on both sides apparently thought the UPDF Act did not allow for the right of appeal against a decision of a Field Court Martial.[12] To Justice Twinomujuni, this was an erroneous view, given that the African Charter was 'part and parcel' of the Ugandan Constitution.[13] As such, article 7(1) of the Charter, which provided for the right of appeal, read together with article 45 of the Constitution (on the inexhaustibility of the Bill of Rights) created an 'automatic' right of appeal – including with respect to proceedings of the Field Court Martial – the denial of which was 'clearly unconstitutional'.[14] There was, however, was no unanimity on this particular point. In a separate opinion, Justice Kavuma felt that while the African Charter was 'part of our law', it did not by virtue of article 286 of the Constitution, 'automatically become part of our Constitution although it remained part of the law of the land'.[15] That said, in his view the Charter, as part of the law of the land, had 'play[ed] the role of being the equivalent to an operationalizational law to article 28 of the Constitution' and '[came] in handy to provide the necessary bridge between the UPDF Act and article 28 which calls for confirmation of the death sentence by the

10 In addition, this was not a reference in the Court's own determination, but appears to have been an authority cited by counsel for the defendants. The plaintiff sought to assert a claim for commission. The defendants raised a preliminary objection in this regard on the ground that the plaintiff's claim was tainted by indications of corruption and influence peddling. It was in support of this preliminary objection that the defendants cited article 4(f) of the AU Convention on Preventing and Combating Corruption. Although the Court ultimately upheld this objection, it did not itself consider or apply the AU Convention.

11 Constitutional Petitions 2 and 8 of 2002.

12 At 26-27.

13 At 27.

14 At 27-28.

15 At 47-48.

Highest Appellant Court'.[16] In this way, the African Charter 'remove[d] an apparently serious lacuna in our law'.[17]

Similarly extensive reference to the Charter was made by the Supreme Court in the 2002 case of *Charles Onyango Obbo and Another v Attorney General*,[18] when it had to determine the scope of the right to freedom of expression under article 29 of the Constitution. Justice Mulenga, who wrote the lead judgment, referred to article 9 of the African Charter.[19] In his concurring opinion, Justice Oder also referred to the Charter, alongside the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), to support his rejection of the Attorney General's argument that Uganda's 'democracy' had to be defined using a subjective test. According to Justice Oder, the meaning of 'democracy' as used in article 43 of the Uganda Constitution had to be understood based on an objective test, in part because Uganda was a party to a number of international treaties on fundamental and human rights, including the African Charter, which provided for 'the universal application of those rights and freedoms and the principles of democracy'.[20]

Regard may also be had to the 2005 decision in *Uganda Law Society v Attorney General*.[21] In this case, the petitioner argued that the action of security forces, who had re-arrested 22 accused persons granted bail by the High Court, was a violation of their right to liberty under article 23 of the Constitution as well as a violation of the constitutional guarantee of independence of the judiciary under article 128. The majority of the Constitutional Court upheld the petition,[22] with one Justice of the Court specifically referring to the African Charter in this regard. In his concurring opinion, while considering the substance of article 23 of the Constitution, Justice Okello observed that '[t]o recognize the universality of human rights, it is important to note

16 At 48-49.

17 At 49. As we have noted previously, however, both Justices Twinomujuni and Kavuma's postulations regarding the status and effect of the African Charter are, with the greatest respect, erroneous. One the one hand, Justice Twinomujuni's suggestion that the African Charter is 'part and parcel' of the Constitution is deeply problematic, in so far as it stipulates an effect of ratified treaties which is unknown to Ugandan law. On the other hand, Justice Kavuma's critique of the position advanced by Justice Twinomujuni is itself partly flawed, to the extent that it gives the African Charter the status and effect of an Act of Parliament. Although this postulation is somewhat less perilous than Justice Twinomujuni's position (which would give ratified treaties the status of constitutional provisions), it is itself an erroneous statement of the law, given the dualist stance of the Ugandan legal framework. For an extended discussion of these points, see Kabumba (n 4) 98-102.

18 Constitutional Appeal 2 of 2002.

19 At 7-8.

20 At 30-31.

21 Constitutional Petition 18 of 2005.

22 Justices Mukasa-Kikonyogo, Okello, Engwau and Byamugisha agreed on this point, while Justice Kavuma dissented.

that the above article is similar to article 6 of the African Charter on Human and Peoples' Rights to which Uganda is signatory'.[23]

The African Charter was also relied upon in the 2005 High Court case of *Hon. Okupa Elijah and 2020 Others v Attorney General and 3 Others*.[24] The case concerned the failure of the State to disarm the Karamojong, a cattle-keeping people who were alleged to periodically raid neighbouring communities for cows to expand their herds. The applicants – who were from the Itesot community, and who were led in this action by a Member of Parliament from the area – faulted the Ugandan state for failing to take legislative and other steps to protect them from the Karamojong. In upholding the claim, Judge David Batema invoked article 5 of the African Charter, on the right to dignity.[25] He also referred to article 28 of the Charter, ostensibly on the right to non-discrimination, in deciding that the state had not been consistent in its (non)enforcement of the Firearms Act in different parts of the country.[26]

Further, in the 2006 decision in *Caroline Turyatemba and 4 Others v Attorney General and Another,*[27] the Constitutional Court referred to articles 7(1)(c) (right to be heard) and 8 (freedom of conscience and free practice of religion) of the Charter[28] in considering the petitioner's claims to constitutional violations relating to land allocation. Although the petition was dismissed, the Court drew upon these African Charter provisions in articulating the nature and scope of the relevant constitutional rights, partly on the basis that the Charter preceded the 1995 Uganda Constitution and had inspired its provisions.[29] The reference also appears to have been based on the Court's appreciation for the need for Ugandan law to be consistent with relevant international standards.[30]

23 At 49.

24 High Court Misc Cause 14 of 2005, arising from Misc Cause 163 of 2002.

25 At 14.

26 At 15-16 of the Charter. Art 28 of the Charter is to the effect that '[e]very individual shall have the duty to respect and consider his fellow beings without discrimination, and to maintain relations aimed at promoting, safeguarding and reinforcing mutual respect and tolerance'. The decision in this respect is problematic in so far it appears to invoke a provision which refers to the duties of the individual, with respect to the obligation of the State. It would appear that the more appropriate Charter provision in this respect was article 2, which requires states to ensure that the rights in the Charter are enjoyed without discrimination on any basis.

27 Constitutional Petition 15 of 2006.

28 At 12, 14 and 20 of the Decision.

29 See 14 ('The above articles of the 1995 Uganda Constitution [on freedom of expression] have their foundation from a number of International Instruments that preceded the Uganda Constitution'); at 15 ('...articles 29(1) (c), 37 and other relevant national objectives and articles of the Uganda Constitution are a reinstatement of the international human rights law position') and at 20 ('Article 21, like articles 29 and 37 of the Constitution, has also its foundation in a number of international legal Instruments that preceded the 1995 Uganda Constitution').

30 See 11-12 ('This principle [hear the other side] is now of universal application'); at 15 ('On the basis of the above international Instruments, and the current norms, practices and values practiced by the international community of nations, it can

The Charter was additionally invoked by the Supreme Court in the 2006 case of *Attorney General v Susan Kigula & 417 Ors*,[31] which concerned the constitutionality of the death penalty in Uganda. In finding that the death penalty was not, in itself, unconstitutional, the majority of the Supreme Court referred to the Charter. The majority observed, in particular, that simply because the Charter, among other international instruments, guaranteed the rights to life and to freedom from torture, it did not thereby follow that these rights were inconsistent with the death penalty.[32] According to the Court, the insertion of the word 'arbitrarily' in article 4 of the African Charter (relating to the right to life), among other similarly worded treaties, constituted a recognition that the death penalty could be applied, in certain instances and with appropriate procedural and substantive guarantees.[33] This proved to be an important consideration for the Court, especially since this formulation was similar to that in the Ugandan Constitution.[34]

More recently, in the 2011 case of *Centre for Health, Human Rights and Development (CEHURD) and Daniel Iga v Attorney General*,[35] the Constitutional Court also referred to various provisions of the African Charter in finding that a number of Ugandan statutory law provisions violated the constitutional rights of persons with intellectual and psychosocial disabilities. In particular, the Court cited articles 2 (enjoyment of Charter rights without discrimination), 3 (equality before the law and equal protection of the law), 5 (right to dignity) and 6 (right to liberty) of the Charter.[36]

In another 2011 case, *Omar Awadh Omar and 10 Others v Attorney General*,[37] before the Constitutional Court, the petitioners invoked, among others, article 6 of the African Charter (on the right to personal liberty and protection from arbitrary arrest). The matter had its antecedents in a terror attack at two places in Uganda on 11 July 2010, during the screening of the World Cup finals. The attacks left

now be safely asserted that international human rights law prohibits discrimination on the ground of religion') and at 21 ('The prohibition against discriminatory conduct is based upon the universal principle of equality before the law. The human race as a family is characterized by the attribute of oneness in dignity and worthiness as human beings. Therefore, there ought not to be one group of human beings entitled to privileged treatment as regards enjoyment of basic rights and freedoms over others, because of perceived superiority. Likewise, no group of human beings should be taken as inferior and not entitled, and be treated with hostility, as regards enjoyment to the full of the fundamental rights and freedoms'). The decision in *Caroline Turyatemba,* relating to the right to fair trial, including the passage invoking the African Charter in this respect, was cited with approval and relied upon in *Nyaketcho Vanessa Leonie (Appealing through her next friend Elizabeth Tuhaise) and 2 Others v Oboth Obuya Gershom* Civil Appeal 12 of 2012, at 21-23.

31 Constitutional Appeal 3 of 2006.

32 At 9-11.

33 At 10-14.

34 At 14.

35 Constitutional Petition 64 of 2011.

36 At 8-10, 16, 17, 19, 23 and 26.

37 Consolidated Constitutional Petitions 55 and 56 of 2011.

several people dead and countless others injured. Initial investigations indicated that the attacks had been planned across a number of countries, including Somalia, Kenya, Tanzania, Uganda and the United Kingdom. The petitioners had been arrested from various places in Kenya, Uganda and Tanzania, charged before a Chief Magistrate's Court in Uganda, and on 30 November 2010, committed by that Court to the High Court of Uganda for trial. They were ultimately indicted before the International Crimes Division of the Uganda High Court on a number of counts of terrorism, murder and attempted murder. In this constitutional case, the petitioners challenged several aspects of their arrest, rendition and prosecution, and invoked a number of international treaties, including article 6 of the African Charter. For its part, after setting out the provisions of article 6 of the Charter, along with the article 9 of the ICCPR, the Constitutional Court noted that it would 'bear [these] in mind in the ensuing discussion',[38] especially since those provisions were 'largely echoed in the constitutional provisions in articles 23 regarding the protection of personal liberty and article 24 relating to respect for human dignity and protection from inhuman treatment'.[39] Ultimately, the Court felt that there had not, in fact, been a violation of article 6 of the African Charter, on the facts of the case.[40]

A more controversial consideration of the African Charter occurred in the 2012 High Court decision in *Jacqueline Kasha Nabagesera and 3 Others v Attorney General and Another*,[41] in which Judge Musota (as he then was) appeared to emphasise the claw-back clauses in the Charter rather than its more progressive aspects. The case challenged the closure, by the Ugandan Minister of State for Ethics and Integrity, of a workshop organised by the applicants. The Minister alleged that the workshop implicated illegal activities, namely the 'promotion of homosexuality'. For their part, the applicants argued that the closure violated, among others, their freedoms of assembly, association and expression. In dismissing these human rights-based claims, the Judge opined that the promotion of morals was a generally recognised ground for the restriction of rights in public interest – one which found expression in the African Charter.[42] In particular, the Judge relied on article 27 of the African Charter (requiring rights to be exercised 'with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest'); article 17(3) (concerning the duty of the state to promote and protect morals and traditional values recognised by the community) and article 29(7) (the duty of the individual to 'preserve and strengthen positive African cultural values and to contribute to the moral well-being of society').[43] To him, the workshop organised by the complainants was unlawful since it had been convened to promote

38 At 29.
39 As above.
40 At 70.
41 High Court Misc. Cause 33 of 2012 (Ruling by Stephen Musota J).
42 At 9.
43 As above.

illegal activities.[44] In these circumstances 'since the applicants in the exercise of their rights acted in a manner prohibited by law, it was not a valid exercise of these rights' and 'was also prejudicial to public interest'.[45] The Judge then went ahead to emphasise that rights had to be exercised 'within or according to the existing law' and that the exercise of rights could 'be restricted by law itself'[46] citing article 9(2) of the African Charter (to the effect that individuals have the right to express and disseminate opinions only 'within the law').[47]

The *Kasha* decision is particularly important – and problematic – insofar as it demonstrates the potential for the African Charter to be used to restrict rather than realise human rights in national contexts. Indeed, by emphasising the Charter's claw-back clauses, and its references to morality, the Judge imposed a lower standard for human rights adjudication than that actually provided under the Ugandan Constitution.[48] In addition, in so doing, the Judge ignored a chain of jurisprudence of the African Commission, which has interpreted the Charter broadly and progressively, to overcome the restrictions presented under the Charter's claw-back clauses.[49]

The Charter was also referred to, in passing, in two cases, in 2013 and 2014 respectively. In the 2013 case of *Centre for Health, Human Rights and Development (CEHURD) and 2 Others v The Executive Director, Mulago National Referral Hospital and Another,*[50] (*Mulago* case) the High Court in dealing with a matter concerning the disappearance of a new-born baby, briefly mentioned articles 5, 16, 61 and 62 of the African Charter.[51] Similarly, in the 2014 case of *Prof J Oloka Onyango and 9 Others v Attorney General*,[52] the Constitutional Court mentioned the African Charter, as it enumerated the grounds upon which the petitioners had challenged the constitutionality of the Anti-Homosexuality Act.[53] Ultimately, however, the Court invalidated the 2014 Act on a procedural ground, rather than based upon the substantive bases urged by the petitioners.

Finally, the Charter seems to have been referenced in *Patrick Kaumba Wiltshire v Ismail Dabule*, a civil appeal from a High Court

44 At 10.

45 As above.

46 At 10-11.

47 At 11.

48 In particular, article 43 of the Constitution, but also articles 2, 20, 21, 32, 35 and 45, among others.

49 See, for instance, *Media Rights Agenda and Others v Nigeria* (2000) AHRLR 200 (ACHPR 1998), para 65; *Scanlen and Holderness v Zimbabwe* (2009) AHRLR 289 (ACHPR 2009), para 112; *Jawara v The Gambia* (2000) AHRLR 107 (ACHPR 2000) and *Aboubacar v Ghana* (2000) AHRLR 124 (ACHPR 1996). See, further, AO Enabulele 'Incompatibility of national law with the African Charter on Human and Peoples' Rights: does the African Court on Human and Peoples' Rights have the final say?' (2016) 16 *African Human Rights Law Journal* 1.

50 High Court Civil Suit 212 of 2013 (decision of Lydia Mugambe J).

51 At Paras 16, 24, 30, 32, 33, 66 and 67.

52 Constitutional Petition 8 of 2014.

53 At 5 of the decision.

decision.[54] In considering the right to a fair hearing, the Court of Appeal referred not only to articles 28, 44(c) and 45 of the Ugandan Constitution, but also to the 'African Commission': 'The African Commission on Human and Peoples' Rights provides for principles and guidelines on the right to a fair hearing which include *inter alia* an entitlement to an appeal to a higher judicial body'.[55] Although the Court referenced the Commission, it would appear, on balance, that the reference was in fact intended to be to the African Charter.

3.3 The Protocol to the African Charter on the Rights of Women in Africa

There has also been some reference, in Ugandan jurisprudence, to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (Women's Rights Protocol).[56]

An early instance of this was in the 2003 Constitutional Court decision in *Uganda Association of Women Lawyers and Others v Attorney General*.[57] In that case, Justice Mpagi-Bahigeine was of the view that the 1995 Constitution was 'the most liberal document in the area of women's rights than any other Constitution South of the Sahara' and that it was 'fully in consonance' with international and regional treaties relating to women's rights, including the Women's Rights Protocol.[58] According to her, the remaining challenge was its implementation, which 'ha[d] not matched its spirit'.[59]

In the *Mulago* case,[60] the High Court, in addition to findings based on Ugandan law, also found that the actions and omissions of the respondents constituted a violation of articles 2(a) and (b) of the Women's Rights Protocol, which, according to the Court, 'require[d] state parties to take appropriate measures to provide adequate, affordable and accessible health services, including information, education and communication programs to women especially those in rural areas; establish and strengthen existing pre-natal and post-natal health and nutritional services for women during pregnancy and while they are breast-feeding'.[61] This holding is particularly significant, in so far as the Judge seems to have enforced the Protocol in its own right,

54 Court of Appeal Civil Application No.16 of 2016, arising from Civil Appeal No.130 of 2015.

55 At 12.

56 It is noteworthy that the Maputo Protocol constitutes a very rare instance in which Uganda has entered a reservation to an international treaty. Uganda entered reservations to article 14(1)(a) and 2(c), regarding the right to abortion in certain circumstances – see DA Kabagambe 'The impact of the African Charter and the Maputo Protocol in Uganda' in VO Ayeni (ed) (2016) *The impact of the African Charter and the Maputo Protocol in selected African states* 265.

57 Constitutional Petition 2 of 2003.

58 At 45.

59 As above.

60 n 50.

61 At 56.

rather than using it as an aid in the interpretation of relevant Ugandan law.

Finally, in *Oloka Onyango*,[62] the Constitutional Court also recognised that the Women's Rights Protocol had been one of the instruments invoked by the petitioners in their constitutional challenge to the 2014 Anti-Homosexuality Act.[63] As noted above, however, the Court eventually nullified the Act on a technical ground: the absence of quorum in Parliament at the time of its passage.

3.4 The African Charter on Democracy, Elections and Governance

We could find only two instances – both relating to parliamentary election petitions, and rendered on the same day by High Court Judge Rubby Opio Aweri (as he then was) – in which a court referred to the African Charter on Democracy, Elections and Governance (Democracy Charter).

In *Akidi Margaret v Adong Lilly and Electoral Commission*,[64] Judge Opio Aweri observed that the world was 'now a global village' in which the 'global family' of the world was interested in the social, political and economic life of each country, including Uganda.[65] In this regard, he noted that Uganda was bound by a number of international treaties on democracy and good governance, including the Democracy Charter.[66]

Judge Opio Aweri also invoked the Democracy Charter in *Toolit Simon Akecha v Oulanyah Jacob L'Okori and Electoral Commission*.[67] In this case, he observed that Chapter 7 of the Charter required that states hold democratic elections, and that article 17 of the Charter obliged states to hold transparent, free and fair elections in accordance with the AU's Declaration on the principles Governing Democratic elections in Africa.[68] He further noted that, to achieve this, states were mandated: i) to establish and strengthen independent and important national electoral bodies responsible for the management of elections; ii) to establish and strengthen national mechanisms that redress election – related disputes in a timely manner; iii) to ensure fair and equitable access by contesting parties and candidates to State controlled media during elections; and iv) to ensure that there is a binding Code of Conduct governing legally recognised political stakeholders, government and other political actors prior, during and after elections, which Code had to include a commitment by political stakeholders to accept the results of elections or challenge them

62 n 52.
63 At 5 of the decision.
64 Election Petition 4 of 2011.
65 At 5.
66 At 6.
67 Election Petition 1 of 2011.
68 At 8-9.

through exclusively legal channels.[69] The above decisions are particularly interesting, since Uganda is, in fact, todate yet to ratify the Democracy Charter.[70]

3.5 The African Charter on the Rights and Welfare of the Child

The African Charter on the Rights and Welfare of the Child (African Children's Charter), and its article 4 in particular, has been cited in a number of cases in the High Court Family Division, in support of the proposition that the best interests of children and their welfare must be the paramount consideration in all decisions concerning them.[71]

In addition, in *Turyatemba,*[72] the Constitutional Court invoked article 9 of the Charter (on freedom of conscience and free practice of religion) as a relevant international standard in adjudicating a constitutional claim based on religious freedom.[73]

3.6 The jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples' Rights

The jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) has featured prominently in some Ugandan decisions, although the reception in this regard has been decidedly mixed.

69 At 9.

70 Uganda signed the Charter on 16 December 2008 but has not taken the additional step, of ratification, required to be fully bound by its terms – see the Charter's ratification table, http://www.achpr.org/instruments/charter-democracy/ratification/ (accessed 15 January 2019).

71 See, for instance, *In the Matter of Wanzala Hassan Adam and In the Matter of An Application for Appointment as the Legal Guardians of Wanzala Hassan by Andre' Dees and Margaretha Helena Dees-Schouten* High Court Misc Cause 21 of 2012 (Ruling by Flavia Senoga Anglin J) at 5; *In the Matter of Kisule Grace (Child) and In the Matter of an Application for Appointment as Legal Guardian of Kisule Grace (Aged 5 Years) by Lyn Simon* Family Cause 29 of 2013 (Ruling by Godfrey Namundi J) at 3; *In the Matter of an Application for Guardianship of Kalema Grace (Minor) and In the Matter of an Application for Guardianship by Joshua Robinson and Jennifer Robinson* Family Cause 12 of 2014 (Ruling by Elizabeth Ibanda Nahamya J) at 3-4; *In the Matter of Namukose Aida (Child) and In the Matter of an Application for Appointment as Legal Guardians of Namukose Aida (Aged 13 Years) by Selam Techeste Ahderom and Debra Anne Kaur Singh* Misc Cause 37 of 2012 (Ruling by Flavia Senoga Anglin J) at 4-5; *Grace Namutebi v McFarland Shalona Jolene and Hann Robert Wayne* Adoption Cause 8 of 2014 (Ruling by Masalu Musene J) at 4-5 and *Wafula Renny Mike v Sarah Sheila Wanyoto and Equity Bank* Civil Revision 17 of 2014, Arising from Family Cause 291 of 2013 (Judgment of Wilson Masalu Musene J) at 8. See also, to the same effect, *In the Matter of Ithungu Rolivin and Mbambu Roseline (Children) and In the Matter of an Application for a Guardianship Order by Graeme Christopher Sandell And Bethany Noel Nelson* Civil Appeal 172 of 2015 (Court of Appeal).

72 n 27.

73 At 15.

In the *Mulago* case,[74] Judge Mugambe felt that an evaluation of the right to health '[could not] be complete without a discussion of the internationally accepted ideas of the various duties or obligations engendered by it as an economic, social and cultural right'.[75] She then cited the African Commission's findings in *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Centre for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*[76] as authority for various propositions regarding the nature and scope of the right to health in Uganda, and the state's obligations in this regard.[77] Judge Mugambe further made reference,[78] in the same context, to the Commission's decision in *Purohit and Moore v The Gambia*.[79] After this extensive review, the Judge concluded that: '[c]learly the notion of progressive realization within available resources must not be viewed as an excuse to defeat or deny economic, social and cultural rights like the right to health'. Ultimately, the Judge found the defendants to have violated a number of constitutional provisions, and stipulated several wide ranging specific and structural remedial orders.

Similarly, in the *CEHURD and Iga* case,[80] the Constitutional Court made extensive reference to the African Commission's decision in *Purohit*[81] in finding a range of expressions and terms in statutory law to be inconsistent with the rights of persons with intellectual and psychosocial disabilities to dignity (under article 24 of the Constitution). The Justices of the Constitutional Court expressly stated that they had 'drawn inspiration from'[82] the *Purohit* case, and especially the Commission's determination that the right to human dignity was to be enjoyed by all persons, including persons with intellectual or psychosocial disabilities, without discrimination of any kind.[83] The Court noted that the *Purohit* decision was consistent with, and based upon, the Commission's previous decisions in *Media Rights Agenda v Nigeria* and *John K. Modise v Botswana* – relating to freedom from torture and the right to human dignity.[84] The Court also felt that the *Purohit* decision was 'a persuasive authority' in so far as it construed a provision of a Gambian statute which was similar to section 45(5) of the Trial Indictments Act of Uganda, one of the statutes challenged before the Court.[85] The Court also later drew upon *Purohit* with regard to the right to liberty – in the context of the involuntary detention of persons with intellectual or psychosocial disabilities – again noting that the *Purohit* reasoning in this respect was 'persuasive'

74 n 50.
75 At para 19.
76 Communication 155/96.
77 See paras 19-32.
78 At para 33.
79 Communication 241 of 2001 (2003).
80 n 35.
81 n 79.
82 At 16.
83 At 17.
84 As above.
85 As above.

especially given the similarity between the African charter provision on liberty and article 23 of the Ugandan Constitution.[86] Finally, the Court also relied on the *Purohit* case to strike down derogatory language in the Penal Code Act (referring to persons with intellectual and psychosocial disabilities as 'idiots' and 'imbeciles'), again noting that it had found the decision to be 'persuasive' and that its decision in the instant case was made expressly 'following the reasoning and decision' in *Purohit*.[87]

A notable departure from the above approach – of receptiveness to African Commission jurisprudence – was the decision of High Court Judge Musota in the *Kasha* case,[88] in which he distinguished a number of Commission decisions from the matter before him. He, for instance, felt that the case of *Law Office Ghazi Suleiman v Sudan II,*[89] which had been cited by counsel for the applicants, was inapplicable, in that Mr Ghazi Suleiman had not sought to exercise his freedom of expression to promote any illegality. In the instant case, according to Judge Musota, the applicants 'were using the pretext of training in human rights advocacy to promote homosexual acts which were prohibited by the Ugandan laws'.[90] Later in the judgment, Judge Musota similarly distinguished the Commission's decision in *Civil Liberties Organizations v Nigeria*[91] from the matter before him. According to him, while the *Civil Liberties* case concerned state interference in the establishment of the Nigerian Bar Association, in the case before him there had been no interference in the formation of the applicants' various organisations – and 'their activities were only restricted when it was established that they were using the workshop to promote prohibited and illegal acts'.[92]

The rather strained distinctions made by Judge Musota in the *Kasha* case, between the Commission's case law and the matter before him, might have been occasioned by the Judge's reluctance to uphold the applicants' claim in that particular case – which broadly related to the rights of sexual minorities in Uganda – rather than a more doctrinally grounded objection to the applicability of that jurisprudence. In any case, it is significant that he distinguished, rather than rejected, the Commission's jurisprudence urged upon him by the applicants.

The above circumstances, taken together with the more robustly receptive approaches by the courts in *Mulago* and *CEHURD and Iga*, suggest that, going forward, there is a great potential role for use of the Commission's jurisprudence in constitutional and human rights litigation in Uganda.

86 At 22-23.
87 At 26-27.
88 n 41.
89 (2003) AHRLR (ACHPR 2003).
90 At 11.
91 101/93, 8th Annual Activity Report 1994 – 1995.
92 At 13.

On a related note, it is of some significance that we were unable to find any domestic decisions referring to decisions rendered by the African Court or the African Committee of Experts on the Rights of the Child (African Children's Rights Committee). This may be, in part, due to the relatively more recent establishment of the African Court[93] and African Children's Rights Committee,[94] as compared to the African Commission.[95]

3.7 Other soft law instruments in the AU system

Aside from the African Charter, related treaties and the Commission's jurisprudence, we identified two cases in which courts had referred to AU soft law instruments – in both cases generated by the African Commission.[96]

In the first place, in *Onyango Obbo*,[97] Justice Mulenga, who wrote the lead judgment, noted that while article 9 of the African Charter simply provided for the right to receive information and disseminate opinions, the African Commission had, in October 2002, adopted a Declaration on Principles on Freedom of Expression in Africa (FoE Declaration) in order 'to elaborate and expound on the nature, content and extent of the right provided for under article 9'.[98] He then cited and relied upon Principles 1 and 2 of the Declaration which, according to him, had provided greater clarity regarding the scope of the right under article 9 of the African Charter.[99] In the end, the Supreme Court made far reaching pronouncements on the nature and scope of the right to freedom of expression in Uganda (article 29 of the Constitution), in a decision which continues to be the classic case on this point in Uganda's constitutional jurisprudence.

Similarly, in *Mulago*,[100] Judge Mugambe referred to the African Commission's Principles and Guidelines on the Implementation of

93 The African Court was instituted by the Protocol to the African Charter on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights (the Court Protocol), which was adopted by the Assembly of the OAU on 9 June 1998. The Protocol entered into force on 25 January 2004, and the first 11 judges of the Court were inaugurated on 2 July 2006 – Viljoen (n 3) 412-413.

94 The African Children's Charter was adopted on 11 July 1990, but only came into force on 29 November 1999. The first 11 members of the African Children's Rights Committee were elected by the OAU Assembly in July 2001 - Viljoen (n 3) 391-397.

95 The African Commission was established under the African Charter, which was adopted in 1981, and which entered into force on 21 October 1986. The initial 11 Commissioners held their first session on 2 November 1987 - Viljoen (n 3) 289-290.

96 The Commission's jurisprudence may also be considered to be AU soft law. For an extended consideration of the nature and scope of soft law, see B Kabumba (2018) *Soft law and legitimacy in international law*.

97 n 18.

98 At 8, citing the African Commission Declaration.

99 At 8.

100 n 50.

Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter,[101] (Ecosoc Guidelines) in determining a matter implicating the right to health in Uganda.[102]

The foregoing enumeration and analysis suggests that AU law has made some inroads into the jurisprudence of Uganda courts. As Table 1 below shows, different kinds of AU law have had different fortunes in this regard, with the African Charter and the African Children's Charter appearing to have had the most impact. However, the references to the African Children's Charter have been mainly *pro forma*, formulaic and in passing – being in the nature of a standard recitation of the Charter, part of a statement of the 'best interests' principle, as a preamble to the determination of family causes.

Table 1: Frequency of citation of AU law by Ugandan courts

Institution, case law or instrument	Number of cases in which cited
AU	0
African Charter	12
AU Convention on Preventing and Combatting Corruption	1
African Children's Charter	8
Maputo Protocol	3
Democracy Charter	2
African Commission jurisprudence	3
FoE Declaration	1
Ecosoc Guidelines	1
African Children's Rights Committee jurisprudence	0
African Court jurisprudence	0
Total references	31

In the next part, we assess the extent to which the laws of other regional integration efforts have been relied on in Ugandan cases, as a means of placing into context the experience of AU law in this respect.

4 COMPARATIVE PERSPECTIVES

4.1 The European Union

EU law has been referred to on a number of occasions, especially in the context of commercial litigation. Aside from a number of passing

101 Adopted on 24 October 2011.

102 At paras 19-32.

references to the EU as such,[103] and to the European Community (EC),[104] as shown below, Ugandan courts have extensively referred to, and relied upon, various aspects of EU law.

103 See, for instance, the Judgment of Odoki CJ in *Onyango Obbo* (n 18) at 49 ('The scope of the limitations imposed on freedom of expression has been considered by courts in various jurisdictions throughout the world including United Kingdom, Canada, India, Zimbabwe, Zambia, Nigeria, European Union and the United States'); *Suffish International Food Processors (U) Ltd and Another v Egypt Air Corporation T/A EgyptAir Uganda* Supreme Court Civil Appeal 15 of 2001 at 1 (relating to a consignment of fish exported to the European Economic Community, which was found by the authorities in the EEC to be unfit for entry into the Community and destroyed); *Uganda Network of Toxic Free Malaria Control Ltd v Attorney General* Constitutional Petition 14 of 2009 at 3, (in which one of the Petitioner's contentions against the use of DDT to prevent malaria was recited as that 'Uganda being an agricultural Country using DDT will continue to hurt the export market as some Ugandan exporters have already received warnings from the export buyers such as European Union, Japan and USA to reject their products if found contaminated with DDT'); *Uganda Development Bank v ABA Trade International Limited and 3 Others* High Court Civil Suit 357 of 2010 at 5 and 13 (in which one of the documents submitted by the Plaintiff, and referred to by Judge Christopher Madrama in his evaluation of the evidence on record, was a European Union Certificate of Origin/European Community Export Permit); *Uganda Revenue Authority v Total Uganda Ltd* High Court Civil Appeal 11 of 2012, arising from Tax Appeal Tribunal Case 9 of 2010 at 10 ('The honourable Tribunal considered several other authorities from the European Union'); *Paul K Ssemogerere and 2 Others v Attorney General* Supreme Court Constitutional Appeal No.1 of 2002, Lead Judgment by Kanyeihamba JSC at 74-75 ('In Uganda, it is in the people and the constitution that sovereignty resides. However, even in the United Kingdom before the creation of the European Union of which that country is a member, it was always emphasized that Parliament was obliged to obey the constitutional rules which were prior to the exercise of its sovereignty') and *Pearl Fish Processors Ltd v Attorney General and Commissioner for Fisheries* High Court Misc Appln 103 of 2007, arising from Misc Cause 92 of 2007, Ruling by Yorokamu Bamwine J at 5 ('... the suit arose out of the withdrawal of an EAN (Establishment Approval Number) from the applicant ... The closure resulted from the EU setting new standards relating to benzo (a) pyrene, a chemical secreted during combustion of any food product. While the withdrawal was in March 2006, the notification to the applicant of the need to comply and fit into the new regime of controls set by the European Union was in August 2006 ... Annexture A10 specifically outlines the effect of the new changes in the European Union. The issue as I see it is whether the 2nd respondent was justified to withdraw the EAN before a dialogue with the applicants on the matter. I am of the considered view that in a substantial investment of this magnitude, it was imperative that the management of the applicant be given notice of any deficiency and a chance to correct it, and that a reasonable notice of withdrawal of EAN be given').

104 See *Deepak K Shah and 3 Others v Manurama Ltd and 2 Others* High Court Misc. Appln 361 of 2001, arising from High Court Civil Suit 354 of 2001, Judgment of James Ogoola at 3 ('First, the initial practice of English Courts used to be dictated by the principle enunciated in the ancient case of Ebrard v. Gassier *(supra),* to the effect that the fact of a Plaintiff's residence abroad was a *prima facie* ground for ordering him to pay security for costs. From that venerable principle, English courts have had to swing to a different position in cases involving European Community residents') and at 4 ('the East African Court of Justice ... is similar to the Court of Justice of the European Community').

4.1.1 European Community Council Directives

A European Community Council (ECC) Directive was invoked in *AON Uganda Limited v Uganda Revenue Authority,*[105] a judicial review application before the Commercial Division of the High Court. In that case, counsel for the defendant cited article 13B(a) of ECC Directive 77/388, in support of the argument that tax provisions had to be construed strictly.[106] In deciding the matter, the Judge similarly referred to this Directive, in his evaluation of the extent to which, in its construction, the European Court of Justice (ECJ) jurisprudence had adopted as strict and literal an approach as urged by the defendant in the instant case.[107]

4.1.2 The European Convention on Human Rights

More substantial reference to EU law has been in terms of reliance on various provisions of the European Convention on Human Rights (European Convention).

In the earlier referenced 2002 case of *Onyango Obbo,*[108] Chief Justice Odoki[109] and Justice Mulenga[110] referred to article 10 of the European Convention, as an aid to interpreting article 29 of the Uganda Constitution (on freedom of expression).

The Convention was also mentioned in the 2005 case of *Muwanga Kivumbi v Attorney General,*[111] a leading authority on the right to freedom of assembly in Uganda's constitutional jurisprudence. Byamugisha JCA, who delivered the lead judgment of the Constitutional Court, observed that although the United Kingdom had previously not had a written constitution, 'this position had changed with the enactment of the human rights Act in 1998 which domesticated the European convention on human rights'.[112] She then proceeded to consider articles 8 to 11 of the Convention, noting that article 29 of the Ugandan Constitution had been 'modeled along the lines of' the Convention.[113]

Similarly, in *Kigula*,[114] Egonda-Ntende Ag JSC, who dissented from the decision of the Court, referred to articles 2(1) and 3 of the European Convention, noting that they were similarly worded to articles 22(1) and 24 of the Ugandan Constitution, on the rights to life

105 High Court Civil Suit OS-04 of 2008 (decision of Judge Geoffrey Kiryabwire).
106 At 10.
107 At 15.
108 n 18.
109 At 46.
110 At 11.
111 Constitutional Petition 9 of 2005.
112 At 15.
113 As above.
114 n 31.

and to freedom from torture, respectively.[115] This reference, in his view, was in part informed by the fact that the Convention was 'the forerunner of the bill of rights found in many independence, and post independence constitutions'.[116]

Significant reference to the European Convention was also made by the Constitutional Court in the *Turyatemba* case.[117] Relying on article 6(1) of the Convention, the Court opined that the right to be heard was 'a fundamental basic right', 'one of the cornerstones of the whole concept of a fair and impartial trial', 'fundamental and far reaching' and 'now of universal application'.[118] The Court also referred to the Convention in respect of the right to freedom of conscience and of religion,[119] as well as the right to non-discrimination.[120] The Court seemed to be particularly attracted by the fact that the Convention preceded the 1995 Constitution.[121]

A less enthusiastic stance towards the Convention was, however, adopted by the Constitutional Court in *Andrew Mujuni Mwenda and The Eastern African Media Institute v Attorney General,*[122] two cases from 2005 and 2006 respectively which were consolidated by the Court as they dealt with the same subject matter. It was argued on behalf of the Attorney General, based in part on the provisions of article 10(2) of the European Convention, that restrictions on the freedom of expression were not unique to Uganda but a feature of many other progressive legal orders.[123] In determining the matter, however, the Constitutional Court itself did not rely upon the European Convention.

The Constitutional Court also declined to rely on the Convention in the 2007 case of *Soon Yeon Kong Kim and Another v Attorney General.*[124] This matter came to the Court by way of reference from a criminal trial, before a Magistrate, of two Korean nationals. Counsel for the accused persons (the applicants in the matter before the Constitutional Court) sought access to police statements made by prosecution witnesses, arguing that this was an aspect of the right to a fair trial, guaranteed under article 28 of the Constitution. In support of this argument, he referred to, among others, article 6 of the European

115 At 51.

116 As above.

117 n 27.

118 At 12-13.

119 At 14.

120 At 20.

121 At 14 & 20.

122 Consolidated Constitutional Petitions 12 of 2005 and 3 of 2006.

123 Article 10(2) of the European Convention provides that: 'The exercise of these freedoms since it carries with it duties formalities and responsibilities, may be subject to such conditions, restrictions or penalties as are prescribed by the law and are necessary in a democratic society in the interests of national security, territorial integrity, or public safety, for the prevention of disorder or crime for protection of health or minerals, for the protection of the reputation or rights of others for preventing of the disclosure of information received in confidence or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary'.

124 Constitutional Reference 6 of 2007.

Convention, on the ground that its text was similar to that of article 28 of the Constitution.[125] In the event, although the Constitutional Court upheld the applicants' contention, it did not itself rely upon the European Convention.

4.1.3 The European Court of Human Rights

In addition to some references to the European Convention, Ugandan courts have also occasionally referred to the jurisprudence of the European Court of Human Rights (European Court) in determining matters before them.

In *Onyango Obbo,*[126] for instance, Mulenga JSC[127] and Odoki CJ[128] also referred to the jurisprudence of the European Court on the nature and scope of freedom of expression (in addition to references to the European Convention), in interpreting the scope of the right under article 29 of the 1995 Constitution of Uganda.

Similarly, in *Turyatemba*,[129] the Constitutional Court referred to the decision of the European Court in the case of *Kokkinakis v Greece*[130] as authority for the proposition that the right to freedom of religion, conscience and belief was not absolute but rather subject to such limitations, in the public interest and based on law, as were necessary and demonstrably justifiable in a free and democratic society.[131] Later in the judgment, the Court further referred to the European Court decision in *Cha'are Shalom Ve Tsedek v France*[132] to support its determination that the term 'discrimination' had 'come to imply a distinction, exclusion, restriction, or preference based on race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms'.[133]

In addition, in *Kigula,*[134] Egonda-Ntende Ag JSC, in dissenting from the majority decision, placed substantial reliance upon the jurisprudence of the European Court. Having regard to the decision of the European Court in *Soering v United Kingdom*[135] Egonda-Ntende Ag JSC was of the view that the relevant provisions of the Constitution (on the right to life, freedom from torture and the non-derogability of the right to freedom from torture) had to be read together, rather in

125 At 3.
126 n 18.
127 At 11, citing the ECtHR's decision in the *Lingens Case* 12/1984/84/131.
128 At 48, citing what he referred to as a 'celebrated statement' by the ECtHR in *Handyside v The United Kingdom* (1979 - 80) 1 EHRR 737 (para 49).
129 n 27.
130 Judgment of 25 May 1993, Series A 260 – A.
131 At 15-16.
132 Judgment of 27 June 2000.
133 At 21.
134 n 31.
135 Application 14038/88 delivered on 7 July 1989.

isolation. In addition, he made reference to the European Court's decision in *Ireland v United Kingdom*[136] as a guide to the definition of 'inhuman treatment' as used in article 24 of the Constitution. In so doing he made a case for the relevance of the European Court's case law, in the following terms:

> Article 2(1) of the European Convention on Human Rights is *in pari materia* with article 22(1) of our Constitution. So is article 3 with article 24 of our Constitution. The approach by the European Court to read the said provisions in harmony is in line with the established approach to constitutional interpretation here in Uganda. Reading the provisions together is essential in order to grasp the full meaning of the provisions bearing upon the same subject. The reasoning of the European Court is very persuasive. The European Convention on Human Rights is the forerunner of the bill of rights found in many independence constitutions, and post independence constitutions. The jurisprudence of the European Court is therefore quite persuasive.[137]

The Constitutional Court was more reticent regarding European Court jurisprudence in the consolidated case of *Mwenda and EAMI*.[138] Counsel for the first petitioner cited the cases of *Surek and Ozdemir v Turkey*[139] and *Lingens v Austria*[140] to emphasise the importance of a free press in a democratic society, which would allow it to inform public debate and discussion. Ultimately, however, the Constitutional Court determined the matter without itself engaging with, or relying upon, these authorities.

A more emphatic repudiation of the legitimacy of references to European Court jurisprudence was evidenced in *Kasha*.[141] In that case, High Court Judge Musota rejected the invitation to consider jurisprudence from the European Court of Human Rights in the interpretation of the African Charter and, ultimately, of article 29 of the Uganda Constitution. In the first place, according to him, the jurisprudence of the European Court had to be 'viewed in the context that there is no member country of the European community which prohibits homosexual acts which reflects the moral standards of Europe'.[142] In Uganda, on other hand, homosexual acts were prohibited by law on moral and cultural grounds.[143] Secondly, in his view, as Uganda was not a signatory to the European Convention, decisions of the European Court were not binding on Ugandan courts.[144] Finally, according to him, it was not open to use the decisions of the European Court to interpret the African Charter since this would be inconsistent with the Charter itself.[145] To him, article 61 of the Charter required the African Commission to consider international treaties stipulating rules expressly recognised by member states of the

136 Application 531 of 1971.
137 At 51.
138 n 122.
139 Applications 23927/94 and 24277/94.
140 Application 9815/82.
141 n 41.
142 At 14-15.
143 At 15.
144 As above.
145 As above.

Organization of African Unity (OAU).[146] The provision also obliged the Commission to take into account African practices consistent with international norms, customs generally accepted as law, legal principles recognised by African states and legal precedents and doctrine.[147] To the Judge, therefore, international jurisprudence could only be 'considered as a legal precedent depending on whether the cited rules and legal principles [were] expressly recognized by African states and reflect[ed] African practices'.[148] In the instant case, to the Judge, 'the recognition of homosexuals as a minority whose acts [were] legitimately protected [was] not a principle of law and norm generally recognized by all African states nor [were] homosexual acts recognized as an accepted African practice'.[149] In such circumstances, the Court would not place any reliance on the European Court's jurisprudence presented to it.[150] In the same vein, in a posture generally uncharacteristic of Ugandan courts, the Judge rejected the invitation to consider comparative jurisprudence as a guide for the determination of the extent to which morality could be a valid restriction on rights.[151]

4.1.4 The European Court of Justice

Aside from the European Court, decisions of the ECJ have also been referenced by Ugandan courts, particularly in commercial and civil litigation.

One of the earliest instances of such reliance appears to be in the earlier referenced *AON* case,[152] a tax dispute, brought by way of judicial review, before the High Court Commercial Division. Counsel for the defendant cited the ECJ decisions in *Card protection Plan Ltd v Customs and Excise Commissioner*[153] (hereafter referred to as the '*Card Protection Plan* case') and *Re Forsakringsaktiebolaget Skandia (Publ)*[154] as authorities for the proposition that a tax exemption could

146 As above.

147 As above.

148 As above.

149 As above.

150 As above.

151 At 18 ('In Uganda, the only forum which can determine if protection of public morals is justifiable as a basis for limiting homosexual rights under art 43 or if legal restrictions such as sec 145 of the Penal Code Act is inconsistent with Uganda's obligations under International Law are our National Courts. Decisions from South Africa, India and Hong Kong which learned counsel for the applicants relied on reflect what those national courts have determined as to what amounts to public interest of those countries and as such are not binding on Uganda. Since public interest is defined by a country's fundamental values, it differs between countries. In as far as there is no legal challenge to the validity of sec 145 of the Penal Code Act, it is still valid and bidding on all courts in Uganda, regardless of whether there are foreign precedents stating that prohibition of homosexual acts as offences against morals is unjustified restriction on rights of the homosexuals').

152 n 105.

153 [1999] STC 270 at pages 291 – 292.

154 [2001] STC 754.

only be granted if expressly provided for under the law.[155] In the event, High Court Judge Kiryabwire (as he then was) did refer to the *Card Protection* case, albeit in a holding apposite to that urged by the defendant, and found that the applicants' services were entitled to tax exemption under the Value Added Tax Act.[156]

Substantial reliance on the case law of the ECJ also occurred in the 2012 case of *Uganda Revenue Authority v Total Uganda Ltd*[157] – another tax dispute before the Commercial Division of the High Court. In interpreting Section 12(1) of the Value Added Tax Act, High Court Judge Christopher Madrama (as he then was) also referred to, and relied upon the ECJ decision in the *Card Protection Plan* case.[158] He held, on the authority of *Card Protection Plan*, that a supply which was essentially a single or incidental service from a commercial lens should not be mechanically disaggregated, and that the Revenue Authority was required to assess the main characteristics of the whole dealing to evaluate whether the taxable entity was supplying a number of separate services, or a single service.[159] In reaching this decision Judge Madrama found that an alternative ECJ decision urged upon the Court by the appellant – the case of *Levob Verzekeringen BV and another v Staatssecretaris van Financien*[160] – did not diminish the authority of the *Card Protection Plan* case but rather affirmed the principle therein.[161] The Judge also seemed to have drawn comfort, in relying on *Card Protection,* from the fact that the decision in that case had 'been followed in subsequent cases both by the European Court of Justice of the Communities and the English courts'.[162]

In addition, in the 2015 case of *Kampala Stocks Supermarket Co Ltd v Seven Days International Ltd*,[163] a trademark dispute in the Commercial Division of the Uganda High Court, Counsel for the defendant relied on, among others, the case of *Arsenal Football Club v Matthew Reed*.[164] In that case, the ECJ had held that the purpose of trademarks was to assure the identity of origin of the protected goods or services to the final consumers by enabling them to distinguish such goods or services from others of a different origin. Ultimately, in resolving the dispute, however, High Court Judge Christopher Madrama placed no reliance on this particular decision.

Similar invocation of ECJ jurisprudence by counsel was made in another trademark dispute before the Commercial Division of the Uganda High Court – the 2015 case of *Nairobi Java House Ltd v*

155 At 10-11.
156 At 15.
157 High Court Civil Appeal No.11 of 2012, arising from Tax Appeal Tribunal Case No. 9 of 2010.
158 n 153.
159 At 10-12.
160 [2006] STC 766, Decision of the First Chamber, ECJ.
161 At 12.
162 At 10.
163 High Court Civil Suit 112 of 2015.
164 Case C-206/01.

Mandela Auto Spares Ltd.[165] Counsel for the Appellant cited the ECJ case of *Office of Harmonization in the Internal Market (OHIM)*[166] to support the proposition that in evaluating two contentious trade marks, and the extent to which there may be a likelihood of confusion of the marks, the Registrar had to conduct a comprehensive assessment of such likelihood, taking into account all the relevant aspects including a phonetic and aural comparison. However, again, in his adjudication of the matter, High Court Judge Christopher Madrama did not rely on this decision.

Most recently, ECJ case law was referred to in the 2017 matter of *Arua Municipal Council v Arua United Transporters SACCO*,[167] a public procurement dispute before the High Court. In that case, Judge Stephen Mubiru cited the ECJ case of *SAG ELV Slovensko a.s and Others v Urad pre verejne obstaravanie*[168] in support of the proposition that a procuring and disposal entity was entitled to seek correction or amplification of particular details in a tender on an exceptional basis, especially where it was apparent that the tender in question needed 'mere clarification' or to 'correct obvious material errors', as long as such amendment did not in fact constitute the submission of a fresh tender and was applied across the board to all bidders.[169]

As the foregoing survey reveals, EU law has been surprisingly well-received by Ugandan courts, in the context of both constitutional and human rights litigation on the one hand, and commercial and civil cases on the other.

Table 2: Frequency of citation of European Union law by Ugandan courts

Institution, case law or instrument	Number of cases in which cited
EC	1
EU	7
European Convention	6
European Court jurisprudence	5
ECJ jurisprudence	5
ECC Directives	1
Total references	25

165 High Court Civil Appeal 13 of 2015, arising from the decision of the Registrar of Trademarks dated 21st May 2015 in the matter of a trademark opposition lodged by Mandela Auto Spares Parts Ltd To the Registrar of Trademarks Application No. 48062/2013 'JAVA HOUSE AND JAVA SUN' and trademark application No 48063 'NAIROBI JAVA HOUSE' In Class 43 in the name of NAIROBI JAVA HOUSE LTD.

166 Case C – 334/05 – P.

167 High Court Civil Appeal No.25 of 2017, arising from PPDA Appeal Tribunal Application 15 of 2017.

168 Case No. C- 599/10.

169 At 17.

4.2 The East African Community[170]

Like EU law, EAC law has also been frequently invoked before, and relied on by Ugandan courts in the context of both commercial and human rights-related litigation. It is noteworthy, in this respect, that a number of EAC laws have been domesticated, and thus strictly speaking, now apply as Ugandan law. These include: the East African Community Customs Management Act, 2004 (EACCMA); the East African Community Act (Commencement) Instrument, 2005; and the East African Community Customs Management Regulations, 2005.[171] The EACCMA has, in particular, generated significant commercial litigation;[172] and has in fact also created criminal liability.[173] Interestingly, the EAC is also present in the judicial system in terms of

170 The East African Community has seven organs: i) the Summit; ii) the Council of Ministers; iii) the Coordinating Committee; iv) the Sectoral Committees; v) the East African Court of Justice; vi) the East African Legislative Assembly and vii) the Secretariat. It is important to note that the East African Development Bank (EADB) is not actually one of the organs of the current EAC. The Bank was formed in 1967 under the first East African Cooperation Treaty. When the community collapsed in 1977, the Bank was re-constituted in 1980 under a separate Charter. As such, we do not, in this article, refer to case law which has referred to the EADB.

171 In addition, general statutes have begun to take the East African Community into account and to introduce accommodations in this regard. For instance, sec 12 (12) of the Trademarks Act of 2010 provides that a person who gives notice of an objection to a trademark may be required to furnish security for costs, but that this requirement does not apply to someone who resides or carries on business in the East African Community. For a general consideration of sec 12, see *Purplemoon (U) Ltd v Numaa Industries Ltd* High Court Misc Appln 1137 of 2016, arising from High Court Civil Suit 989 of 2016 (ruling of Judge Christopher Izama Madrama) at pp 18-22.

172 See, for instance, *Lumu Tonny v The Commissioner General Uganda Revenue Authority,* High Court Civil Suit 361 of 2004 (decision of Judge Lameck N Mukasa) concerning, among others, the power to seize goods under the Act, which would be subject to forfeiture; *Uganda Revenue Authority v Total Uganda Limited*, High Court Civil Appeal 8 of 2010 (decision of Judge Christopher Izama Madrama), relating to export of goods under the Act; *Uganda Development Bank v ABA Trade International Ltd and 3 Others,* High Court Civil Suit 357 of 2010 (decision of Judge Christopher Izama Madrama), as to whether the term 'owner' under the Act included a consignee; *Regal Pharmaceuticals Ltd v Maria Assumpta Pharmaceuticals Ltd,* High Court Company Cause 20 of 2010 (decision of Judge Christopher Madrama), as to whether pharmaceutical products were restricted goods under the Act; and *Messrs InCargo Freighters and Agents Ltd v The Commissioner of Customs URA* High Court Civil Suit 513 of 2012 (Ruling by Judge Christopher Madrama Izama), establishing that imported goods are subject to customs control under the Act.

173 There appear to have been prosecutions based on the provisions of the EACCMA. In this regard, the Court of Appeal in the 2014 case of *Commissioner Customs, Uganda Revenue Authority v Fred Kirenga* (Court of Appeal Misc Appln 91 of 2014, arising from Misc Appln 90 of 2014) noted, in terms of the background to those civil proceedings, that the respondent had on 5 August 2009 been charged and prosecuted for contravention of certain provisions of the EACCMA, before the Chief Magistrate's Court in Nakawa *vide* Criminal Case No.884 of 2009. That Court had acquitted Mr. Kirenga of those charges, and ordered the Uganda Revenue Authority to release to him 160 drums of Ethanol, which it had confiscated. It was the failure of the Authority to comply with this order that set into motion the civil proceedings that led to the present miscellaneous application.

litigation arising from the collapse of the original Community in 1977.[174]

4.2.1 East African Community Treaty

The Treaty establishing the East African Community (the EAC Treaty) has been relied upon in three cases, all filed in 2011.

In *Awadh,*[175] counsel for the respondent urged the Constitutional Court to take into account the fact that, in terms of article 124 of the EAC Treaty, the member states of the Community had agreed to cooperate in respect of the maintenance of peace and security in the region. In particular, the member states had committed, under article 124(5) of the EAC Treaty, to cooperate in the fight against cross border crime, and to extend mutual assistance in criminal matters including through the arrest and repatriation of fugitives as well as through exchanging information relating to national frameworks for fighting crime. In upholding this contention, the Constitutional Court took special note of the fact that the EAC Treaty had been domesticated by Kenya, Uganda and Tanzania.[176] In the case of Uganda, the Court observed that Parliament had passed the East African Community Treaty Act of 2002, which had entered into force on 15 January 2005 by the terms of Statutory Instrument No. 29 of 2005 - The East African Community Act (Commencement) Instrument, 2005.[177] The Court also took note of, and relied upon, article 124 of the EAC Treaty, which had been stressed by counsel for the respondent.[178] On these bases, the Court was of the view that neither the Ugandan Police nor the Director of Public Prosecutions had violated the Constitution by receiving and prosecuting the petitioners since, from the facts, there had been legitimate cooperation between Uganda, Kenya and Tanzania under the terms of the EAC Treaty.[179]

Further, in *Akidi,*[180] Judge Opio Aweri rendered a vigorously pro-EAC decision. He noted that Uganda, as a member of the international

174 See, for instance, *James Bahinguza and Edward Grace Lubega (on behalf of 622 other former employees of the defunct East African Airways) v Attorney General* C.A Misc Appln 269 of 2013, arising from H.C Misc Appln 448 of 2009, itself arising from H.C Misc Appln 763 of 2003 and High Court Civil Suit No.1010 of 1996 (seeking terminal benefits arising from the collapse of the East African Community); *Administrator General v Kakooza Umaru and Stanbic Bank* High Court Misc Appln 11 of 2017, arising from EMA 1381 of 2016, itself arising from High Court Civil Appeal 16 of 2009 (in which the respondent sued to access benefits accruing to his late father, arising from service to the defunct East African Community); *JL Okello v Uganda National Examinations Board* Supreme Court Civil Appeal 12 of 1987 (in which one issue related to whether the Uganda National Examinations Board, as successor to the East Africa Examination Council, had a subsisting claim to the land in dispute).

175 n 37.

176 At 71.

177 At 71-72.

178 At 72.

179 As above.

180 n 64.

community, was bound by a number of international treaties requiring democratic practices, including the EAC Treaty.[181] In his view, article 123 of that Treaty required the development and consolidation of democracy and the rule of law and respect for human rights and fundamental freedoms.[182]

Similarly, in *Toolit*,[183] Judge Opio Aweri noted that aside from domestic law on elections, Uganda was bound by a number of international and regional treaties, of which the EAC Treaty was among the 'most relevant'.[184] As he had in the *Akidi* case above, he cited article 123 of the EAC Treaty as being especially pertinent with respect to the obligation to observe democratic practices.[185]

4.2.2 East African Court of Justice

The case law of the East African Court of Justice (EACJ) has been cited in a number of cases, straddling human rights, constitutional and electoral law as well as civil and commercial related fields. At the same time, this reception has not been unanimous, and there are some instances in which courts have ignored invitations to consider EACJ jurisprudence.

In the 2007 case of *Tim Kabaza and 2 Others v Chatha Investments Ltd*,[186] for instance, High Court Judge Opio Aweri relied on the EACJ decision in *Prof Peter Anyang Nyong'o & others v The Attorney General of Kenya and Others*[187] as authority for the propositions that: i) temporary injunctions were discretionary orders and thus required the careful and judicious consideration of all aspects of the case; ii) flexibility was to be preferred rather than hard and fast rules; and iii) courts should avoid determining issues that were the subject of the main case.[188]

Further reliance on EACJ jurisprudence occurred in the two earlier referenced High Court decisions also rendered by Judge Opio Aweri. In the *Akidi* case[189] in particular, Judge Opio Aweri stressed the importance of EACJ case law. Counsel for the first respondent had cited the *Anyang' Nyongo* case and urged the Court to be guided by it. In response, counsel for the petitioner had argued that the case was not binding on the court, but was only persuasive at best. In rejecting the latter view, Judge Opio Aweri observed that Uganda, as part of the community of nations, was bound by a corpus of relevant treaty law,

181 At 5-6.
182 At 6.
183 n 67.
184 At 7.
185 As above.
186 High Court Misc Appln No.745 of 2007, arising from High Court Civil Suit No.489 of 2007 (decision of Judge Rubby Aweri Opio).
187 East African Court of Justice Case Ref 1 of 2006.
188 At 4 (the Court should bear in mind the following guidelines').
189 n 64.

including the EAC Treaty;[190] and that article 123 of that Treaty was pertinent to the rule of law and democracy.[191] According to him, the Treaty had also established the EACJ as a means of ensuring 'adherence to the law in the interpretation, application and compliance with the treaty'.[192] On this basis, he rejected the notion that Uganda was not bound by EACJ decisions.[193] In his view, and specifically invoking the EACJ's decision in *Hon. Sitenda Sebalu v The Secretary General of the EAC, the Attorney General of the Republic of Uganda, Hon. Sam Njuba and Electoral Commission of Uganda*,[194] Judge Opio Aweri stressed that all member states of the EAC were 'bound by the decisions of the EACJ in respect of the articles of the Treaty such as article 123'.[195] As such, the *Anyang' Nyongo* case was 'not only binding but also very persuasive'.[196] He then proceeded to rely on the *Anyang' Nyongo* decision as authority for the proposition that a cause of action under common law, as stipulated in the *Auto Garage* case, was distinct from that created by Statute or other legislation.[197]

Judge Opio Aweri also referred to EACJ case law in the *Toolit* case.[198] After describing the EAC Treaty as one of the 'most relevant' international treaties relating to democracy, which had to be borne in mind together with national law, he stressed the importance of article 123 of the Treaty in terms of its democracy-related obligations.[199] To this end, and again citing the EACJ cases of *Anyang' Nyongo*[200] and *Sitenda Sebalu*,[201] he opined that the institution of the EACJ under the terms of the EAC Treaty had been intended to promote the adherence to law.[202] The jurisprudence of that body was therefore a relevant guide to the Court.

EACJ case law was similarly applied in the 2013 High Court case of *Betty Nalima and 4 Others v Sebyala Moses Kiwanuka and 4 Others*.[203] In that matter, the court cited with approval the decision of the EACJ First Instance Division in *Mbidde Foundation Ltd and Another v Secretary General of the East African Community and Another*[204] as authority for the proposition that, in considering a grant of a temporary injunction, the applicant had to show 'real prospects' for

190 At 5-6.
191 At 6.
192 As above.
193 As above.
194 EACJ Ref 1 of 2011.
195 As above.
196 As above.
197 As above.
198 n 67.
199 At 7.
200 n 187.
201 n 194.
202 As above.
203 High Court Misc Appln 396 of 2013, arising from High Court Civil Suit 209 of 2013 (Ruling of Judge Monica K Mugenyi).
204 East African Court of Justice (First Division) Applications 5 & 10 of 2014.

succeeding in the claim for a permanent injunction rather than 'a strong *prima facie* case' in this respect.[205]

In addition, in the 2016 case of *Erasmus Masiko v John Imaniraguha and 2 Others*[206] the High Court relied on the EACJ First Instance Division decision in *Sitenda Sebalu v Secretary General of the East African Community*[207] as a basis for the view that the offence of contempt of court could be founded upon the failure to comply with court orders.[208]

The above cases constitute instances in which Ugandan courts have been receptive to EACJ jurisprudence, with some decisions perhaps being too 'EACJ-friendly'. For instance, while it might have been open to the court in *Akidi* to describe EACJ case law as 'very persuasive', it is difficult to find support, under Ugandan law, for the court's assertion, in that case, that EACJ decisions are 'binding' on Ugandan courts.

On the other hand, there have been a number of instances in which courts have been indifferent to EACJ case law. For instance, in the 2012 High Court case of *Hon. Abdu Katuntu and Another v MTN Uganda Ltd and 6 Others*[209] counsel for the fifth defendant urged the Court 'to find wisdom in the holding'[210] of the EACJ Appellate division, in the matter of *Legal Brains Trust (LBT) Ltd v Attorney General*, with regard to the notion that a court of law was precluded from determining a moot or hypothetical question. Counsel for the Plaintiff, in urging the Court to disregard a number of preliminary objections to the suit, also pointed the Court to the decision of the EACJ in *James Katabazi and 21 others versus Secretary-General of the East African Community and Another*.[211] According to counsel, the EACJ in *Katabazi* found that it would be inappropriate to uphold a preliminary objection, if to do so would involve the ascertainment of facts in issue before the Court. In dismissing the suit, however, the High Court did not rely on either of the decisions of the EACJ urged upon it by the parties.

Similarly, in the 2014 High Court case of *Tororo Progressive Academy Limited v DFCU Limited and Bank of Uganda*[212] counsel for the defendants cited the EACJ decision in *East African Law Society v Attorney General of Burundi and the Secretary General of the East African Community*[213] as authority for the notion that an interlocutory order did not have the effect of completely disposing of the matter in issue, but rather left additional questions for determination by the

205 At 4, para 10 of the ruling.

206 High Court Misc Appln 1481 of 2016, arising from High Court Civil Suit 125 of 2005 (Ruling of Judge Andrew K Bashaija).

207 Reference 8 of 2012.

208 At 11 ('the East African Court of Justice ... extensively considered the issue of contempt of court and held that ...').

209 High Court Civil Suit No.248 of 2012 (ruling by Judge Christopher Izama Madrama).

210 At 9.

211 Reference 1 of 2007.

212 High Court Civil Suit 398 of 2014 (Ruling of Judge Kainamura).

213 Application No. 3 of 2014.

court. However, in his own determination of the point, the High Court Judge did not rely on this case.

In *Legal Brains Trust (LBT) Ltd v Attorney General and National Council of Sports*,[214] another 2014 High Court case, counsel for the respondent relied on the EACJ decision in *Timothy Alvin Kakkoko v the Secretary General of the East African Community*[215] to contend that, in determining the award of a temporary injunction, a Court had to be satisfied that the applicant had a *prima facie* case with a likelihood of success. Again, in determining the matter, the High Court did not rely upon this authority.

The trend of judicial avoidance of EACJ jurisprudence was further evident in 2015 High Court case of *National Oil Distributors Ltd v Attorney General*.[216] In that matter, counsel for the respondent cited the EACJ's decision in *East African Law Society*[217] with regard to the nature of an interlocutory order, as distinct from a final order. Once again, however, in determining the question, the High Court Judge did not himself depend upon this authority.

Most recently, in the 2016 High Court case of *Hon. Acire Christopher v Hon Okumu Reagan Ronald and Electoral Commission*[218] counsel for the first respondent referred to the case of *Sitenda Sebalu*[219] relating to contempt of court for non-compliance of court orders and stipulated that in the instant case, no contempt could arise as the first respondent had not been obligated to do any act by the orders in question. However, in determining the matter, the High Court did not expressly rely on this authority.

The division in Ugandan jurisprudence regarding the reception of EACJ case law appears to run right down the middle: of the ten cases in which EACJ case law was cited, in five cases the courts relied on the EACJ authorities, while in the other five, the courts appear to have ignored those authorities. The apparent deadlock might be broken in favour of judicial indifference to EACJ case law, when it is considered that on the one hand, three of the five pro-EACJ decisions (*Kabaza, Akidi* and *Toolit*) were rendered by the same Judge – Opio Aweri, while on the other hand, of the five EACJ-neutral decisions, only two (*Katuntu* and *National Oil*) were by the same Judge – Izama Madrama. As such, it could be said that, on balance, however slight, Ugandan courts have been more indifferent than receptive to EACJ jurisprudence.

214 High Court Misc Appln No.638 of 2014, arising out of Misc Cause No.54 of 2014 (Ruling of Judge Elizabeth Ibanda Nahamya).

215 Application 5 of 2012.

216 High Court Misc Cause 241 of 2015 (Ruling by Judge Christopher Izama Madrama).

217 n 213.

218 Election Petition 4 of 2016 (decision of Judge David Matovu).

219 n 207.

At the same time, it bears noting that we were unable to find a case in which a Ugandan court expressly *declined* to rely on EACJ case law, as has been the case with the jurisprudence of the European Court.[220] From this perspective, it is arguable that indifference is to be preferred to outright rejection, and that, the absence of the latter – taken together with those decisions in which EACJ authorities have in fact been relied upon – suggests that the door remains open for EACJ jurisprudence to feature even more prominently in Ugandan case law.

4.2.3 East African Legislative Assembly

The East African Legislative Assembly (EALA) has been referenced in two Ugandan court decisions – about eleven years apart.

In the 2006 case of *Jacob Oulanyah v Attorney General,*[221] before the Constitutional Court, the petitioner challenged the constitutionality of Rules 11 and 12 of the Rules of Procedure of Parliament. He contended that Parliament had unlawfully delegated its responsibility to elect Ugandan members of the EALA to political parties, through their respective caucuses, a decision which did not allow for the inclusion and participation of independent MPs. The Constitutional Court upheld this contention, noting that elections conducted in such a manner were not in fact decisions of Parliament – the designated electoral college under articles 89(1) and 94(1) of the Constitution.[222] The impugned rules, having been found to be in contravention of those provisions of the Constitution, were thus rendered null and void.

More recently, in the 2017 High Court case of *Yona Musinguzi v National Resistance Movement and Attorney General,*[223] the applicant sought an interim injunction restraining the Parliament of Uganda from receiving the candidates from the National Resistance Movement (NRM) party for election to the EALA pending the determination of his election petition. In dismissing the application, the High Court had in mind the need to respect Uganda's commitments under the EAC Treaty. According to Judge Wolayo, the Court had to be mindful of the requirement, in section 4(2) of the EALA Act of 2011, for Parliament to elect representatives to EALA within 90 days of the expiry of the term of the present Parliament.[224] Section 4 effectively

220 See the decision of Judge Musota in *Kasha,* considered in Section 4.1.3 above.

221 Constitution Petition 25 of 2006.

222 This decision would be cited with approval by the Constitutional Court in *Dan Mugarura v Attorney General* Constitutional Petition 23 of 2009, at 27. The *Mugarura* case involved, among others, a challenge to the power of the Appointment Committee of Parliament to approve nominees for public office (in this case the Electoral Commission), as being inconsistent with articles 60(1) and (2) of the Constitution. The Court felt that this power was consistent with the Constitution, since such power was contemplated by the Constitution itself. This situation, according to the Court, could be distinguished from that in *Oulanyah* in so far as, in the latter instance, the delegation of the Parliament's power to political party causes was neither envisaged nor sanctioned by political parties.

223 High Court Misc Appln 103 of 2017, arising from Misc Appln No.102 of 2017 and Election Petition 1 of 2017 (ruling of Judge Wolayo).

224 At 3.

required that 9 members be elected.[225] As such, to issue an order stopping some candidates for taking part in the election would be 'against the spirit' of section 4(1), (2) and (3) of the EALA Act.[226] In these circumstances, the Judge declined to issue the order sought.[227]

Table 3: Frequency of citation of EAC law by Ugandan courts

Institution, case law or instrument	Number of cases in which cited
EAC Treaty	3
EACJ jurisprudence	10
EALA	2
Total references	15

4.3 Other Regional Economic Communities in Africa

We were unable to find any references, in Ugandan case law, to the laws of ECOWAS, AMU, CEN-SAD, ECCAS and IGAD. There were, however, some references to COMESA law and, curiously, to that of SADC, which are discussed below.

4.3.1 Common Market for Eastern and Southern Africa

There is a respectable body of Ugandan case law that has referred to COMESA law, whether by reference to the institution as such, the Treaty, or the jurisprudence of the COMESA Court.

The earliest instance in this regard appears to be the 2009 Supreme Court case of *Concorp International Ltd v East and Southern African Trade and Development Bank*.[228] In this case, a dispute arose regarding the restructuring of certain loans advanced by the respondent to the appellant. The respondent's counsel raised a preliminary objection, asserting the respondent's immunity from civil process. One of the issues before the Supreme Court was, therefore, as to whether in the absence of a waiver by the President of the respondent bank under the provisions of the COMESA Treaty, Ugandan courts had jurisdiction to entertain the matter. Having regard to the terms of the Treaty, as well as the facts of the instant case, the Court found that a waiver by the respondent's President was not required to clothe Ugandan courts with jurisdiction to try the case and therefore, dismissed the preliminary objection.

225 At 4.
226 As above.
227 As above.
228 Supreme Court Civil Appeal 11 of 2009.

Further, in the 2010 High Court case of *Regal Pharmaceuticals,*[229] the petitioner sought to recover monies from the respondent arising from goods allegedly supplied to the latter between 2007 and 2009. In this case, the references to COMESA were quite tangential. Part of the plaintiff's evidence consisted of annexures, which included a COMESA Certificate of Origin and a list of goods containing, among others, a COMESA number. Aside from these, there were no further references to, nor reliance upon, COMESA law by the respective counsel and the Judge.

More extensive reference to COMESA law was made in the 2011 High Court case of *Pearl Impex (U) Ltd and 2 Others v Attorney General and Kampala City Authority*.[230] The plaintiffs, by way of originating summons, sought the assistance of the High Court with regard to the proper understanding of the meaning of a 'foreign investor' under Ugandan law, as well as regulatory requirements for the conduct of trade by such persons. In adjudicating the matter, Judge Madrama thought that the central questions before the court could not be adjudicated upon without reviewing a range of other bodies of law, including COMESA law, germane to the issue of trade and investment.[231] In terms of the COMESA Treaty, one of its major objectives, under article 3 thereof, was the establishment of a common market, to spur growth and development, including through the creation of an environment conducive to transboundary investment.[232] As such the Investment Code Act of Uganda had to be read in light of the objectives of the COMESA Treaty.[233] The Uganda Investment Authority was also duty bound to ensure that Uganda's legal and policy framework was consistent with the process of regional integration and common markets as conceptualised, among others, under the COMESA Treaty.[234]

Later, in the 2012 High Court case of *Akiphar Pharmaceuticals Ltd v The Commissioner Customs Uganda Revenue Authority,*[235] the plaintiff alleged that the defendant had unlawfully auctioned its sugar, since the sugar should have been duty-free, having been imported from Swaziland (a COMESA member state). However, apart from this passing reference, based on the plaintiff's pleadings, no further reference to COMESA or COMESA law appears to have been made by the parties, and no further reference or reliance on this law was reflected in the judgment, which turned very much on the provisions of the EACCMA.[236]

229 n 171.
230 High Court Civil Suit 3 of 2011 (decision of Judge Christopher Madrama).
231 At 16.
232 As above.
233 At 16-17.
234 At 20-21.
235 High Court Civil Suit 366 of 2012 (before Judge Christopher Madrama Izama).
236 For a summary of Ugandan decisions referring to the EACCMA, see n 172.

In another 2012 matter, the High Court case of *Isaac Katongole v Excel Insurance Company Ltd*,[237] the plaintiff contended that the defendant had breached the terms of a third party insurance contract entered into under the COMESA Yellow Card Protocol. Relying on the terms of the Protocol on Transport and Communications (Annexure VII to the PTA Treaty), the defendant raised a preliminary objection, contending that the Ugandan court lacked jurisdiction, as the accident in question had occurred in Rwanda. However, having regard to the Protocol, as well as to the plaintiff's pleadings, the High Court Judge felt that the Court retained jurisdiction, in so far as the plaintiff's claim related to loss arising from the defendant's failure to supply accurate documentation, which would have enabled the plaintiff to obtain compensation from the Rwandan authorities.

More recently, in the 2016 High Court case of *Coil Ltd v Transtrade Services Ltd,*[238] the plaintiff sought an order allowing it to attach the defendant's property in Uganda or, in the alternative, an order for security for costs, on account of the defendant being a Kenyan-based company. The reference to COMESA in this case was only a tangential one, and was a narration of the averments in one of the affidavits for the plaintiff – to the effect that defendant was likely to remove its assets from Uganda and that, in such a circumstance, the defendant's 'COMESA insurance' was unlikely to satisfy any judgment rendered in favour of the plaintiff.[239] Aside from this passing reference, the Judge's determination of the matter did not turn on, or make any further reference to, COMESA law.

Finally, in the 2016 High Court case of *Clet Wandui Masiga v Association for Strengthening Agriculture in Eastern and Central Africa,*[240] the plaintiff, a former employee of the defendant, alleged that the defendant was infringing his copyright in respect to a livestock productivity manual and programme the defendant was implementing in various areas of Uganda. The defendant raised a preliminary objection to the suit, on the ground that it enjoyed diplomatic immunity from civil process in Uganda. In determining the validity of the objection, the Judge referred to the COMESA Court decision in the case of *Eastern and Southern African Trade and Development Bank (PTA bank) v Ogang*[241] as authority for the propositions that the privileges and immunities of an institution had to be determined from a perusal of its constituent treaty or statute,[242] and that, in any case, no such treaty or statute would conceivably provide for the 'existence of a rogue organ or institution flouting with impunity all the rules of the organization from which it derive[d] birth'.[243] In the end, the Judge

237 High Court Civil Suit 176 of 2012 (before Judge Christopher Madrama Izama).

238 High Court Misc Appn 14 of 2016, Arising from Civil Suit No.6 of 2016 (before Judge Stephen Mubiru).

239 At 5.

240 High Court Civil Suit 266, 267 and 268 of 2016 (before Judge Christopher Madrama Izama).

241 [2001] 1 EA 46.

242 At 12.

243 At 12 & 14.

upheld the preliminary objection, finding that the defendant in fact enjoyed the immunity it asserted.

4.3.2 The Southern African Development Community

Interestingly, although Uganda is certainly not a member of SADC, the SADC Treaty has found mention in Ugandan jurisprudence, courtesy of the two decisions by Judge Opio Aweri – *Akidi* and *Toolit* – previously referenced.

In the *Akidi* case,[244] Judge Opio Aweri appeared to be under the mistaken impression that Uganda was bound by the SADC Treaty, and invoked it as one of the instruments relevant to the determination of electoral disputes.[245]

Judge Opio Aweri took this reliance even further in his decision in the *Toolit* case.[246] According to him, aside from the relevant domestic law relating to the conduct of elections, there were regional and international protocols which *bound* Uganda to ensure the holding of democratic elections.[247] In his view, one of the 'most relevant' of these was the SADC Treaty, signed in 1992 in Namibia.[248] To him, the SADC Treaty 'emphasized the need for democratic consolidation, the development of principles governing democratic elections, transparency and credibility of elections and democratic governance as well as ensuring acceptance of election results by all contesting parties'.[249] To this end the Treaty stipulated a number of principles for the conduct of elections, that is to say: i) full participation of the citizens in the political process; ii) freedom of association; iii) political tolerance; iv) regular intervals for elections as provided in the respective national Constitutions; v) equal opportunity for all political parties to access the state media; vi) equal opportunity to exercise the right to vote and be voted for; vii) independence of the judiciary and impartiality of the electoral institutions; viii) voter education; ix) acceptance of electoral results and x) challenge of the election results as provided for in the law of the land.[250]

These decisions, in so far as they suggest that the SADC Treaty is binding upon Uganda, cannot be supported by a reference to Ugandan law as it currently stands.

244 n 64.

245 At 6 ('As far as democracy and good governance is concerned we are bound by international protocols which emphasize among other things that our elections should be free and fair. See ... SADC Treaty ...').

246 n 67.

247 At 7.

248 At 7-8.

249 At 8.

250 As above.

Table 4: Frequency of citation of African REC law by Ugandan courts

Institution, case law or instrument	Number of cases in which cited
COMESA	7
SADC	2
ECOWAS	0
AMU	0
CEN-SAD	0
IGAD	0
ECCAS	0
Total references	9

5 EMERGING TRENDS REGARDING THE INFLUENCE OF AU LAW IN THE UGANDAN LEGAL SYSTEM

The preceding sections have provided an overview of the trends regarding the reception, in Ugandan jurisprudence, of the laws of various integration efforts. This provides a fair basis for a brief qualitative and quantitative assessment of the extent to which AU law in general, and AU human rights law in particular, has influenced the normative landscape in Uganda.

In Table 5 below, we set out a broad picture of the comparative trends in this respect.

Table 5: Frequency of citation of AU law relative to the citation of the laws of other integration efforts

Body of law	Number of cases in which cited
AU	31
EU	25
EAC	15
COMESA	7
SADC	2
ECOWAS	0
AMU	0
CEN-SAD	0
IGAD	0
ECCAS	0

At first blush, it might appear as if AU law has had the greatest success in influencing the adjudication of cases in Uganda, since it appears to have been referred to more frequently (31 times) than EAC law (15 times) and EU law (25 times). This initial assessment must, however, be tempered by two immediate observations. In the first place, as Uganda is obviously not a member of the EU, the frequency of citation, of EU law by Ugandan courts is disproportionately high relative to the reference to AU law. Secondly, given the only relatively recent re-establishment of the EAC, and the much longer uninterrupted existence of the AU (and its predecessor the OAU), the citation of AU law would be expected to be much higher compared to that of the newer EAC.

In addition, if one is to further analyse the disaggregated data contained in the preceding individual tables, the challenges of AU law in terms of its judicial reception in Uganda become even more apparent. In the first place, the majority of citations of AU law have arisen from references to the African Charter (12 times) and the African Children's Charter (8 times). In the latter case, these have mainly been very passing mentions – often a single, apparently *pro forma,* reference to the 'best interests of the child'-principle usually in the context of guardianship and adoption cases. Indeed, if the references to the African Children's Charter were to be discounted, AU law would fall to second place after EU, in terms of frequency of citations. Secondly, the influence of AU jurisprudence is relatively weak as compared to that from the EU and the EAC. For instance, decisions of the African Commission on Human Rights have only been cited 3 times, while Ugandan courts are yet to cite any decisions of the African Court or the African Children's Rights Committee. On the other hand, EU jurisprudence has been considered a total of 10 times (5 times for the European Court of Human Rights and 5 times for the European Court of Justice), while EACJ jurisprudence has been referenced 10 times. Thirdly, with the exception of one reference – to the AU Convention on Preventing and Combating of Corruption – the reception of AU law in the Ugandan judicial system has almost exclusively related to *human rights* law. By contrast, EU law and EAC law appear to have influenced not just human rights law but a broader variety of the legal landscape, including commercial and civil litigation.

On the whole, therefore, AU law appears to have had a disproportionately weak impact in the Ugandan legal system, relative to its longevity, reach and potential. A number of factors might account for this trend. In the first place, as a general matter, international law's reception in national courts may depend on the nature of the obligation in question, that is to say, whether it primarily seeks to influence domestic action or action on the international plane.[251] As Tzanakopoulos has noted:

> ... the 'directionality' of the international obligations assumed by states ... has consequences for the position of domestic courts. What is meant by 'directionality'

251 A Tzanakopoulos 'Domestic courts as the "natural judge" of international law: a change in physiognomy' in J Crawford and S Nouwen (eds) (2011) *Select Proceedings of the European Society of International Law* 155-168.

> is whether a given international obligation addresses the state with respect to its actions towards other states, i.e. whether it prescribes or proscribes certain conduct exclusively on the international level, or whether it addresses the state with respect to taking certain conduct or guaranteeing certain results within its domestic jurisdiction. In the former instance the international obligation is 'extrovert' or 'outward-looking': it addresses the state in its conduct on the international level towards other states. In the latter it is 'introvert' or 'inward- looking', it mandates conduct within the domestic jurisdiction. The prohibition of the use of force and the prohibition of intervention are obvious examples of outward-looking obligations, while obligations under human rights law, or under the law of immunity, are inward-looking obligations.[252]

In this regard, the fact that a significant number of obligations under AU law are directed towards Uganda's conduct on the international plane may explain the relatively limited presence of this body of law in the jurisprudence of Ugandan courts. This is also a convincing explanation for the predominance of AU *human rights* law in Ugandan judicial decisions, since those obligations are quintessentially 'inward-looking'.[253] This further explains the relatively strong showing of EAC law, a great degree of whose obligations are directed towards changing the domestic landscape in member states in a range of fields (ranging from free movement of goods to free movement of persons).[254]

Secondly, few Ugandan law schools, if any, teach 'Integration Law' as a distinct area – much less 'AU Law'. This reality is also reflected in scholarship – with no Ugandan-authored book on AU law.[255] On the other hand, AU human rights law seems to have had more traction – perhaps because it is usually a standard staple of international human rights law courses. Similarly, there are a great number of EU law courses across the world, which Ugandan Judges might have undertaken in the course of post-graduate studies. The sheer volume of EU-focused legal texts, widely available in Uganda, as well as EU-supported capacity building courses for lawyers and Judges,[256] might

252 Tzanakopoulos (n 251) 158.

253 Even then, as Viljoen has pointed out, there are a number of instances where AU human rights law could have been referred to, and applied, by Ugandan courts but where this did not happen. He cites, for instance, the decision of the Constitutional Court in *Salvatori Abuki and Another v Attorney General* Constitutional Case No.2 of 1997, which invalidated parts of the Witchcraft Act as being inconsistent with the constitutional guarantees relating to freedom from cruel, inhuman and degrading treatment or punishment. As he rightly notes, the Court could have referred to the African Charter, which contains a similar protection - see Viljoen (n 3) 542.

254 In addition, from this perspective, a sub-regional court with competence over both commercial disputes and human rights matters might be viewed as wielding a degree of influence – in the domestic plane – with which states might be uncomfortable. This might explain the poor fortunes of the SADC Tribunal, as well as why initiatives to clothe the EACJ with a human rights mandate seem to have stalled.

255 By contrast, there is a written text on EAC law by a prominent Ugandan legal scholar – see Ssempebwa (n 3).

256 See, for instance, J Arutu 'The recent judicial reforms in Uganda with emphasis on "ADR and mediation"' Paper presented to the 3rd Magistrates and Registrars' Conference, 2012 https://www.jlos.go.ug/index.php/document-centre/mediation/258-recent-judicial-reforms-in-uganda-emphasis-on-alternative-dispute-resolution-adr-and-mediation/file (accessed 15 January 2019) at 1 ('Mediation has been an integral part of the Commercial Court Division since 2003 when it was piloted for a period of two

also explain EU law's unduly prominent presence in Ugandan judicial decisions, relative to AU law.

Thirdly, EAC law appears to enjoy a potentially significant advantage over AU law in terms of the scope for a more reflexive interaction between that system and the domestic order. Under the EAC Treaty, domestic courts are entitled to refer matters relating to EAC law to the EACJ, which allows domestic courts to engage, in the judicial function, with their counterparts at the EAC level.[257] This interaction might then form a natural basis for greater attention to, and respect for, EACJ jurisprudence relative to the more apparently extrinsic jurisprudence of the AU. However, todate this right does not seem to have been invoked by any of the domestic courts in the East African Community, and there is no record of the EACJ having delivered any such preliminary rulings in the context of domestic litigation. Relatedly, service on the EACJ by Judges concurrently engaged by the Ugandan judiciary also seems to have created a window for enhanced familiarity with, and receptiveness to, EAC law. The EAC-friendly decision in the 2013 High Court case of *Nalima*[258] might, for instance, in part be explained by this factor. By contrast, Ugandan jurists who have served on the African Commission have typically not been serving Judges in the Ugandan judiciary, potentially negatively affecting the permeation of that law into the domestic system.[259]

The above factors might explain – to different extents – the relatively weak imprint of AU law as a feature of the jurisprudence of Ugandan courts. However, on their own, they cannot fully explain the trends identified in this article. This is an important enquiry – one which merits more detailed research, one which preferably seeks the views of serving and retired Ugandan Judges. Ultimately, only they are

256 years with support from JLOS and EU under the Commercial Justice Reform Programme'). See also, Uganda Judiciary 'Denmark supports access to justice in Uganda' 28 May 2014 http://judiciary.go.ug/data/news/99/6850/Denmark%20Supports%20Access%20to%20Justice%20in%20Uganda..html (accessed 15 January 2019). The report recounts that Denmark, through its international development arm – the Danish International Development Agency (DANIDA) has supported Uganda's judiciary, including through, 'providing technical expertise' at least since 1989. It further notes that Denmark has 'constructed most of the Ugandan courts' and has trained more than 200 judicial officers, including Judges. These have received training in such areas as 'human rights, commercial transaction, management of courts, commercial law, European law and administration of Justice in Nordic countries' and that this training has been 'with a view of comparing and replicating it in Uganda'.

257 Art 34 of the Treaty for the Establishment of the East African Community appears to straddle the line between requiring such a reference and making it subject to the discretion of national courts. In the end, the language used points towards both obligation and discretion, with the latter being narrowly favoured. According to that provision: 'Where a question is raised before any court or tribunal of a Partner State concerning the interpretation or application of the provisions of this Treaty or the validity of the regulations, directives, decisions or actions of the Community, that court or tribunal shall, if it considers that a ruling on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a preliminary ruling on the question'.

258 n 203.

259 For instance, the current Ugandan member of the Commission, Hon. Meddie Kaggwa, is Chair of the Uganda Human Rights Commission.

in position to shed light upon the reasons for leaning more strongly upon certain legal orders than others in the adjudication of the matters arising before them. It would also be interesting, and important, to replicate the assessment undertaken in this article in the context of other domestic systems in Africa, to obtain a fuller picture of the trends in this regard. This panoramic view of the trends of judicial reception of AU law within the member states of the Union – especially if accompanied by a comparative review in the style undertaken in this article – might also provide important insights into some of the issues under-explored in this very preliminary study.

6 CONCLUSION

This paper has analysed emerging trends in the reception of AU law in the Ugandan judicial system, with the courts' reference to EU law and African REC law being used as comparators.

While AU law has had some impact in the jurisprudence of Ugandan courts, this has almost exclusively been in the area of human rights law, and even then, in a limited sense, tending towards mere citation of certain treaties and decisions as opposed to a more robust engagement with those authorities. On the other hand, EAC law and, surprisingly, EU law seem to have had a disproportionately significant influence upon the case law of Ugandan courts, not just in the areas of constitutional and human rights law, but also in the fields of more general commercial and civil litigation.

The trends identified in this preliminary enquiry call for more detailed research, especially in two directions: i) identifying the trends in other African countries, as a means of obtaining a more general picture of the jurisprudential impact of AU law; and ii) exploring the reasons for the (under)performance of AU law relative to other legal orders in terms of its reception in the case law of domestic courts.

The AU has a significant – and positive – role to play in terms of encouraging the development of a more progressive normative order on the continent. For this to happen, however, more work has to be undertaken, in terms of scholarship, activism and at the political and strategic levels. To this end, it is my hope that more scholars, especially those based on the continent, might be persuaded to engage in the critical work required in this regard, including through taking forward the analysis initiated in this exploratory study.

Signs of triumph, trial and tribulation: reflections on the domestication and implementation of article 9 of the Women's Rights Protocol in Namibia

*Kennedy Kariseb**

ABSTRACT: This article reflects on the status of women in political and decision-making processes in Namibia with reference to article 9 of the Women's Rights Protocol. Namibia ratified the Women's Rights Protocol in mid-June 2004, nearly a year after its adoption. Since then, specific measures have been put in place to advance the cause of women in political spaces. Gains have been made, but these are weakened by existing gaps and shortcomings. In a sense then, Namibia remains an illustrious case of both progression and regression. The paper argues that the successes achieved in realising article 9 of the Women's Rights Protocol domestically in Namibia was largely triggered by a paradigm shift in the political thought of the ruling SWAPO government canvased in its introduction of (voluntary) gender quotas in favour of women. Whilst the incremental increase of women in political and decision-making processes in Namibia can be attributed to the political will of the central government, there is still much to be desired. To this end, the paper further argues there is a need to reassess amongst others the implementation and domestication of article 9 of the Women's Rights Protocol so as to ensure that women's proliferation in political spaces translate into actual empowerment for women at grassroots as contemplated in article 9 of the Women's Rights Protocol.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

Signes de triomphe, de tentative et de mésaventure: réflexions sur l'incorporation dans l'ordre juridique interne et la mise en œuvre de l'article 9 du Protocole relatif aux droits de la femme en Namibie

RÉSUMÉ: Cet article traite de la situation des femmes dans les processus politiques et de prise de décision en Namibie, en se référant à l'article 9 du Protocole relatif aux droits de la femme en Afrique (Protocole de Maputo). La Namibie a ratifié ledit Protocole mi-juin 2004, près d'un an après son adoption. Depuis lors, des mesures spécifiques ont été mises en place pour promouvoir les femmes en politique. Des avancées ont été enregistrées, mais celles-ci sont amoindries par les lacunes et les faiblesses existantes. Dans une certaine mesure dès lors, le cas de la Namibie illustre bien tant le progrès que la régression. Cet article avance la thèse que les succès obtenus dans la mise en œuvre de l'article 9 du Protocole de Maputo en Namibie sont en partie tributaires du changement de paradigme dans la pensée politique du parti au pouvoir, le SWAPO à travers l'introduction de quotas (volontaires) en faveur des femmes. Alors

* BJuris; LLB (Namibia); LLM (Human Rights and Democratisation in Africa) (Pretoria); Lecturer, Department of Private and Procedural Law, University of Namibia; Kennedy.Kariseb@up.ac.za. I remain indebted to Dr Zainabb Naqvi, Ivone Tjilale and Tangi Shikongo for their comments and suggestions on earlier drafts of this article. Part of this paper was presented at the Socio-Legal Research Writers Workshop hosted by the British Institute for Eastern Africa, from the 5-6 of December 2018, in Nairobi, Kenya, and has benefitted substantially from the thought provoking comments and suggestions by participants at this gathering. All errors and omissions however remain my sole responsibility.

K Kariseb 'Signs of triumph, trial and tribulation: reflections on the domestication and implementation of article 9 of the Women's Rights Protocol in Namibia'
(2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 131-153
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a6

que l'augmentation progressive du nombre de femmes dans les processus politiques et de prise de décisions en Namibie peut être attribuée à la volonté politique du gouvernement central, beaucoup reste à faire. À ce propos, cet article soutient en outre qu'il est nécessaire de réévaluer, entre autres, la mise en œuvre et l'incorporation dans l'ordre juridique interne de l'article 9 du Protocole afin que la ruée des femmes en politique se traduise par une autonomisation effective des femmes à la base, comme le prévoit l'article 9 du Protocole de Maputo.

KEY WORDS: AU Women's Rights Protocol, Namibia, gender equality, patriarchy, political participation, women

CONTENT:

1 Introduction 132
2 Context and contours of article 9 of the Women's Rights Protocol 134
3 Legal framework relating to women's political emancipation in Namibia 137
3.1 Constitutional protection 137
3.2 Legislative and policy-oriented protection 140
4 Status of women in political and decision-making processes in Namibia 143
4.1 Trends and status of women in governance and decision-making structures in Namibia 143
4.2 Political determinants for the increased women's political participation in Namibia 146
5 Challenges and opportunities for women's emancipation in political spaces in Namibia 148
6 Conclusion 152

1 INTRODUCTION

The domestication and implementation of article 9 of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (Women's Rights Protocol), dealing with women's participation in political and decision-making processes has been of particular interest to scholars more recently.[1] In fact, the last three decades or so have seen the emergence of a vast body of writing about women's political participation from a variety of perspectives,[2] including their integration in international processes and organs.[3]

1 See generally, J Biegon (ed) *Gender equality and political processes in Kenya: challenges and opportunities* (2016) 1-166; R Owiso & S Bright 'Actualising women's participation in politics and governance in Africa: the case of Ghana and Kenya' (2017) 1 *African Human Rights Yearbook* 263-289; E Zvobgo & C Dziva 'Practices and challenges in implementing women's right to political participation' (2017) 1 *African Human Rights Yearbook* 60-81; S Bright & K Kariseb 'Women's political participation in decision-making processes and organs in Ghana: Trends, practices and social realities' in M Addaney & M Nyarko (eds) *Ghana@60: Governance and human rights in twenty-first century Africa* (2017) 101-120.

2 See for instance, C Corrin *Feminist perspectives on politics* (1999) 1-275; V Randall *Women and politics: an international perspective* (1994) 1-182; See for instance E Waters 'Restructuring the "women question"' (1989) 33 *Feminist Review* 3-19; M Evans (ed) *The women question* (1994) 1; J Peter & A Wolper *Women's rights, human rights: international feminist perspectives* (1995) 1; M McIntosh 'The state and the oppression of women' in A Kuhn & A Wolper (eds) *Feminism and materialism* (1978) 254 -289.

3 C Chinkin 'Feminist intervention into international law' (1997) 19 *Adel Law Review* 13-24; H Charlesworth 'Gender and international law' in J Steans & D Tepe-Belfrage (eds) *Handbook on gender in world politics* (2016) 137-144;

Since reaching independence from the 1950s to the early 1990s many African governments have reformed their constitutions and laws in order to address the historical marginalisation of women in mainstream governance structures and decision-making organs. In Namibia, the first of such reforms came about long before the passage of the Women's Rights Protocol, with the birth of its independence constitution, which amongst others, introduced affirmative action measures in favour of women.[4] Since then, incremental progress has been made, and of late more and more women have been able to penetrate political spaces. Despite the growth in numbers of women in these spaces in Namibia, many women still remain subordinate and are excluded in major decision-making processes in State structures involving both domestic and foreign policies. This is so despite the often uneven impact of these policies on women in general. The silence and invisibility of Namibian women also characterize those bodies and processes that determine their political and legal fate.[5]

While in international circles there has emerged a growing recognition of the important role of women in public political spaces, and despite the cumbersome legal framework aimed at women's integration in these processes, State compliance with domestic and international normative frameworks remains a major challenge. This is also the case in Namibia. Accordingly, an inquiry of the status of women in political and decision-making structures in Namibia is needed. Firstly, such an evaluation would be crucial in determining what factors either affect the growth or regression of women in political spaces in Namibia. This is because, historically, the growth of women in political spaces has not always been a constant. Instead, it has always varied, with gains made in some years, and regression in others. It may thus be indispensable to question why there has been an uneven tide in the growth of women in these spaces, and what accounts for such trends and practices. Secondly, by questioning and analysing the status of women within these spaces, we question the patriarchal nature of the State and take cognisance of the historical fact that women in Namibia, as in many parts of the global South, still remain politically marginalised and suppressed.

This article discusses the status of women in political and decision-making processes in Namibia with reference to article 9 of the Women's Rights Protocol. In a sense thus, the paper is a reflection on the gains made, challenges remaining, and prospects for women's political emancipation in governance structures and processes in Namibia. In my use and understanding of 'political participation' in this context, I am guided by the framework suggested by the CEDAW Committee in

H Charlesworth 'Worlding women in international law' in B D'Costa & K Lee-Koo (eds) *Gender and global politics in the Asia-Pacific* (2009) 19-39. See art 23 of the Namibian Constitution (as amended).

4 See art 23 of the Namibian Constitution (as amended).

5 In Namibia, for example, until the late 2000s women were entirely isolated from the judicial arm of government, and although progress has been made since then, their continued exclusion from the Supreme Court — the country's highest judicial organ — remains a matter of concern. Mavis Gibson, a Zimbabwean national was the only women to serve in the Namibian judiciary in the early 1990s.

General Recommendation 23: Political and Public Life adopted in 1997. The CEDAW Committee defines political participation as referring 'to the exercise of political power, in particular the exercise of legislative, judicial, executive and administrative powers'.[6] This is the context within which the concept is appreciated and used throughout this article. It is also important to note that 'domestication and implementation', as understood for purposes of this paper, is of a relatively narrow scope, aiming at measuring the general provisions of article 9 of the Women's Rights Protocol against the proliferation of female representation, particularly at parliamentary level. The paper begins with a brief background on the interpretative context of article 9 of the Protocol, followed by a general discussion of the applicable domestic and international legal framework relating to women's political participation. In the third part, the paper addresses the status of women within the political and decision-making processes and organs in Namibia by decoding the practical domestication and implementation of article 9 of the Women's Rights Protocol in the Namibian legal landscape. Fused within this discussion are the overall challenges and opportunities for women within the political landscape. The paper then ends with a brief conclusion.

2 CONTEXT AND CONTOURS OF ARTICLE 9 OF THE WOMEN'S RIGHTS PROTOCOL

While internationally women's rights protection had taken root primitively since 1945, and more robustly since the late 1970s, the same could not be said of a regional specific women's rights framework in Africa. The promulgation of the Women's Rights Protocol in mid-July 2003 gave an end to this regional deficit. The Protocol remains a product of the extensive mobilisation and advocacy efforts of women's rights movements on the continent.[7] Viewed by many as filling the voids and shortcomings left by the pre-existing women's rights instruments, the Women's Rights Protocol seeks to address the geographical peculiarities of African women, taking into account context and elements of cultural relativism that have been the hallmark of African society. With far-reaching provisions, previously not covered under established international human rights instruments, the Women's Rights Protocol details substantive human rights provisions for women, covering civil and political, economic, social and cultural rights, including environmental rights. Sadly, the Protocol falls short of enjoying universal ratification having only gained the support of 40

6 General Recommendation 23: Political and Public Life, CEDAW Committee (31 January 1997) UN Doc A/52/38 para 5.

7 F Viljoen 'An introduction to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa' (2009) 16 *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice* 12.

states.[8] Namibia became a party to the Protocol on 11 August 2004, nearly a year after its initial adoption.

As alluded to before, article 9 of the Women's Rights Protocol provides for women's right to participate in political and decision-making processes, placing direct positive obligations on state parties to the Protocol in the following terms:

> 1. States Parties shall take specific positive action to promote participative governance and the equal participation of women in the political life of their countries through affirmative action, enabling national legislation and other measures to ensure that:
> (a) women participate without any discrimination in all elections;
> (b) women are represented equally at all levels with men in all electoral processes;
> (c) women are equal partners with men at all levels of development and implementation of State policies and development programmes.
> 2. States Parties shall ensure increased and effective representation and participation of women at all levels of decision-making.

A closer reading of this provision discloses one or more of the following. First, that its basis is premised on the principles of equality and non-discrimination. Second, the scope of protection offered is not limited to political participation but all forms of decision-making processes where the exercise of state authority is at play. Third, both qualitative and quantitative representation is envisaged, and the state is accordingly obligated to ensure their fulfilment; and fourthly, affirmative action is specifically identified, or, at the very least, recommended as central to states' fulfilment of its obligations in terms of this provision.

Clearly, the rights to vote, be elected and to hold public office are to be implied, though not expressly stated in the text of article 9. It is also not clear whether the type of protection offered solely applies to domestic circumstances, excluding States duties to enhance women's roles in international processes, diplomacy and foreign policy formulation. It seems though that these concerns are inherently part of what the provision envisages, but the certainty of such a position will only become clearer through more elaboration from the African Court on Human and Peoples' Rights, the body tasked with the duty to interpret the provisions of the Women's Rights Protocol.[9]

The inclusion of a provision of the nature of article 9 sparks questions around why states would want to emphasise the emancipation of women in political and decision-making spaces. Put somewhat differently, what is the value of insisting on the need for significant representation of women in political and decision-making processes? The immediate response to this question is that the inclusion of women contests patriarchy, and brings women and their capabilities to the fore. Their exclusion preserves the inherited patriarchal architecture of state and society. We run the risk of ensuring that the State, including its structures and processes remain masculine;

8 See generally, Ratification Table: Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/ratification/ (accessed 7 March 2018).

9 Art 32 Women's Rights Protocol.

its legitimacy masculine; and the perpetuation of masculine immensity. In principle, as aptly held by Hillary Charlesworth, 'long-term male domination of all bodies wielding political power [sic] means that issues traditionally of concern to men are seen as general human concerns; 'women's concerns,' by contrast, are regarded as a distinct and limited category.'[10] Social concerns, such as sexual violence, of which women are generally victims, become side lined and (un)regulated because they hardly affect, or interest, the male who holds public regulatory power. Women's inclusion is also a matter of human rights and justice.[11] Their inclusion is thus evidence of a 'genuine representative democracy'.

Furthermore, women bring with them a set of values and experiences to the political arena that are relevant for their empowerment and can only be best expressed by them because of their unique, inherent experience. In her overall research on ethics, women's psychology and girl's development, American psychologist and feminist, Carol Gilligan, makes this astute point clearer.[12] In her 1982 classical study *In a different voice: psychological theory and women's development*, Gilligan makes the point that there are gender differences in a person's moral development and reasoning.[13] According to Gilligan's findings, justice and individual rights are perceived by men as essential elements for policy formulation and general reasoning; whereas to women, questions of care and relationships are quite essential to such reasoning. Although Gilligan's theory has not escaped serious questioning,[14] by highlighting the gendered differences in human psychology, her work shows to a considerable extent, that women can 'add value' to the structural processes of society given the 'care-justice distinct' between females and males. What one can deduce from Gilligan's theory is that the inclusion of women automates reasoning and contributions that are

10 H Charlesworth 'Human rights as men's rights' in J Peters & A Wolper (eds) *Women's rights, human rights: international feminist perspectives* (1995) 105.

11 A Phillips 'Democracy and representation: or, why should it matter who our elected representatives are?' in A Philips (ed) *Feminism and politics: Oxford readings in feminism* (1998) 224.

12 See generally, C Gilligan & DAJ Richards *The deepening darkness: patriarchy, resistance, and democracy's future* (2009) 1; C Gilligan *The birth of pleasure* (2002) 1; A Alfred, A Knopf, J Taylor, C Gilligan & A Sullivan *Between voice and silence: women and girls, race and relationships* (1995); L Brown & C Gilligan 'Meeting at the crossroads: women's psychology and girls' development' (1993) 3(1) *Feminism and Psychology* 11-35; C Gilligan *In a different voice: psychological theory and women's development* (1982) 1; C Gilligan & JM Murphy 'Moral development in late adolescence and adulthood: a critique and reconstruction of Kohlberg's theory'(1980) 23 *Human Development* 77-104; C Gilligan 'Woman's place in man's life cycle' (1979) 49 *Harvard Educational Review* 431-446; C Gilligan & L Kohlberg 'The adolescent as a philosopher: the discovery of the self in a post-conventional world' (1971) 100 *Daedalus* 1054-1087.

13 C Gilligan *In a different voice: psychological theory and women's development* (1982) 1.

14 See for instance, D Nails 'Social-scientific sexism: Gilligan's mismeasure of man' (1983) 50 *Social Research* 643-664; JM Broughton 'Women's rationality and men's virtues: a critique of gender dualism in Gilligan's theory of moral development' (1983) 50 *Social Research* 597-642.

social welfare based, economically inclusive and empowering. Clearly, such welfare based contributions to state and society would be of meaningful impact given the socio-economic shortcomings Namibia and many other African governments face.

3 LEGAL FRAMEWORK RELATING TO WOMEN'S POLITICAL EMANCIPATION IN NAMIBIA

The claim for women's political participation is deeply rooted in their legal recognition and provision, both through domestic and international instruments. These legal instruments place this claim within the ambit of states obligations, which obligations if not fulfilled can be enforced against a state. Namibia, like most of its African counterparts, has bound itself to numerous domestic, subregional, regional and global legal frameworks relating to women.[15] In what follows, an analysis will be made of the legal measures relating to women's political rights and their domestication in the Namibian legal setting. The section reflects on the domestication of article 9 of the Women's Rights Protocol in the Namibian constitution and various other legislative instruments.

3.1 Constitutional protection

The Namibian Constitution is a product of a struggle for sovereignty and human rights.[16] Passed by the Constituent Assembly of 1989, the Constitution is an immediate reflection of the desired aspirations of the Namibian people. The opening statement in the Preamble of the Constitution resonates this point where it declares, 'we the people of Namibia are determined to adopt a Constitution which expresses for ourselves and our children our resolve to cherish and to protect the gains of our long struggle'.[17] As a product of international solidarity, it has received international acclaim and credibility.[18] Its substantive

15 Namibia is a signatory to several international gender conventions, all of which uphold the principle of gender equality. Some of the notable international instruments include the International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) (1992), the Optional Protocol on the International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (2000), the Beijing Platform for Action, the SADC Declaration on Gender and Development, the African Regional Platform for Action (1997), the African Charter on Human and Peoples' Rights, and the African Charter on Women's Rights (2004).

16 SK Amoo & I Skeffers 'The rule of law in Namibia' in N Horn & A Bosl (eds) *Human rights and the rule of law in Namibia* (2010) 17.

17 See generally, Preamble of the Constitution.

18 E Schmidt-Jortzig 'The Constitution of Namibia: An impressive example of a state emerging under close supervision and world scrutiny' (1991) 34 *German Yearbook of International Law* 341-251; and OC Ruppel & K Ruppel-Schlitchting 'Legal and judicial pluralism in Namibia' (2011) 34 *Journal of Legal Pluralism* 37.

provisions are supreme,[19] making it the ultimate source of law in Namibia. Accordingly, all other laws (and policies) trace their legitimacy and source from the Constitution. Given the historical context of the legal system in Namibia, and as a means to avoid a preconceived legal vacuum, all pre-existing laws at the time of independence are to remain in force until repealed or amended by an Act of Parliament.[20]

In the context of women's rights, more so their political emancipation, the Constitution has been relatively robust in the protection it affords. Beginning from its Preamble, the Constitution recognizes, the 'inherent dignity' and 'equal and inalienable rights of all members of the human family' regardless of 'sex'. Article 10, the equality clause, speaks to the plight of women in Namibia. It is a two-pronged provision, recognising firstly the equality of all persons, male or female, before the law; and secondly, bars any discrimination on the grounds of 'sex, race, colour, ethnic origin, religion, creed or social or economic status'.[21]

Not surprisingly too, article 10 has stirred controversy in many quarters, particularly in its narrow scope that falls short in the protection of the rights of sexual minorities in that it does not explicitly address sexual orientation and the debate has often been whether 'sex' includes 'sexual orientation'.[22] This affects women, who identify as transgender, lesbian or broadly asexual, and may be a burden for any rights claim in the context of political participation given the obscurity of article 10 and its relevance and application to sexual minorities. The provision may therefore need refining. It should however be borne in mind that article 10 of the Constitution, like most of the constitutional provisions under the Bill of Rights, is the product of a political compromise -- perhaps a necessary compromise. Its inclusion was a political necessity, surely for the then newly crowned SWAPO government, under Sam Nujoma, who at least at the time had much to prove to the international community, particularly the Western Contact Group. Inevitably, a broad provision such as article 10 read together with the broader provisions of the bill of rights, was a sacrifice aimed at easing the concerns of the colonisers and the international community.

It is also worth noting that the protection afforded to women in terms of article 10 is a 'right' as opposed to a mere 'freedom'. The Constitution draws a vivid distinction between these two and differentiates between their enforcement. Freedoms are to be 'exercised subject to the laws of Namibia, in so far as such laws imposes reasonable restrictions on the exercise of the rights and freedoms',[23] which are necessary in a democratic society, while rights are directly enforceable claims with minor exceptions. Article 17 of the Constitution further complements article 9 of the Women's Rights Protocol by

19 Art 1(6) Namibian Constitution.
20 Art 140(1) Namibian Constitution. See also art 25(1)(b) Namibian Constitution.
21 Art 10(2) Namibian Constitution.
22 Legal Assistance Centre (LAC) *Namibian law on LGBTI issues* (2015) 28-29.
23 See art 21(2) Namibian Constitution.

providing for the right to political activity without any distinction as to sex, and for the right of citizens to vote and be elected to public office.

The social status of women is closely linked to the broader struggle for liberation and political context of Namibia. Racial discrimination in Namibia is a matter of historical record. Since independence, the practice and ideology of apartheid was relinquished. Rightly so. The resultant vacuum was filled with the ideology of national reconciliation. But national unity alone could not address the plight of the vast black majority who have been directly impacted by the repressive laws and policies of the apartheid government. One of the mechanisms fiercely used by the incumbent SWAPO government, at the regional and local authority level, was the introduction of affirmative action measures aimed at achieving a gender balanced (re-)structuring of its public service, reflective of the diverse racial and sex classes in the country.[24] Articles 23(2) and (3) of the Namibian Constitution empower the government through Parliament 'to enact legislation providing directly or indirectly for the advancement of persons within Namibia who have been socially, economically or educational[ly] disadvantaged by past discriminatory laws or practices'. In doing so, the government must be mindful, in terms of article 23(3) to the 'fact that women in Namibia have traditionally suffered special discrimination and that they need to be encouraged and enabled to play a full, equal and effective role in the political, social, economic and cultural life of the nation'.[25]

The affirmative action provision under article 23 of the Namibian Constitution should be read in conjunction with the principles of State directives in article 95(a) of the Namibian Constitution, which directs the central government to ensure 'equality of opportunity' for women. Although of mere moral persuasion, article 95(a) of the Namibian Constitution to a considerable extent gives a clear guideline to the states policy of positive discrimination aimed at rendering a comparative advantage to women over men, given the historical realities the world over that left the female species exploited and politically marginalised. However, the non-binding nature of article 95(a) of the Namibian Constitution may account for the overt reality that till date, affirmative action measures have not been legally moored; and that as such the political empowerment of women in decision-making organs, particularly at Parliamentary level, will depend and orient around the whims and dictates of political parties without any security, more specially the ruling party, which in recent years, have strengthen its powers in central government.

In addition to articles 10, 23(2) and (3), and more broadly article 95(a) of the Namibian Constitution, a fragmented assortment of rights can be traced, which in one form or the other are causally linked to women. For example, the Constitution recognizes acquisition of citizenship on the basis of equal parental lineage,[26] equality in marriage, either during or upon its dissolution, regardless of sex

24 See generally, art 23(2) Namibian Constitution.

25 See generally, art 23(3) Namibian Constitution.

26 Art 4(1)(c) Namibian Constitution.

differences,[27] the acquisition and ownership of property in any part of Namibia,[28] and the peaceful participation of women in political activity intended to influence the composition and policies of government.[29]

As is custom under most common law Roman-Dutch traditions, Namibia has not been spared from recognizing African customary laws and practices in its legal system. The explicit inclusion of customary law under article 66 of the Namibian Constitution bears reference to this fact. In the premise, traditional customary laws and practices and the inherited Roman-Dutch common law often have to compete for the allegiance of its subjects. For many in Namibia, customary living is a daily occurrence, a means of human existence. Notwithstanding the fact that customary law is valid law, its application by the various traditional authorities undermines the prospects of women in decision-making processes. Most, if not all traditional authorities in Namibia, deeply entrench the practice of male dominance in decision-making processes. Women's presence is reserved to domestic chores. The superiority of the male figure permeates traditional settings. The promulgation of the Traditional Authorities Act in early 2000 slowly brought changes, and a few traditional authorities, such as the Oukwanyama and !Xoo traditional authorities are headed by women.

Clearly the rights framework within the Namibian Constitution is firm in its purported integration of women within mainstream society. By providing a rights centred basis to women, their formal inclusion in political spaces is guaranteed.

3.2 Legislative and policy-oriented protection

The legislative protection of women's rights in Namibia gained momentum in the late 1990s, with the promulgation of a plethora of legislation addressing issues such as gender-based violence, rape, marriage equality and affirmative action. The wave of these pieces of legislation came at a time when women's issues, unlike in the past, were gaining momentum and interest from international political organs, institutions and organisations. The completion of the Beijing Conference in 1995 gave birth to a new era of women's rights concentration, especially in Southern Africa that was undergoing drastic political transformation at the time[30] that were closely monitored by the international community, particularly the UN. The

27 Art 14(1) Namibian Constitution

28 Art 16(1) Namibian Constitution.

29 Art 17(1) Namibian Constitution.

30 For example, Namibia, Africa's last colony had just recently gained independence from the Christian Nationalist apartheid government in South Africa. In Zambia, for example, multi-party democracy was introduced and Kenneth Kaunda, the long-standing socialist leader who headed the country since its independence from Britain in 1982 ceded defeat to Frederick Chiluba. In South Africa, at the time political changes were taking place. Nelson Mandela had just been released in February 1990, apartheid had been relinquished and the African National Congress (ANC) was about to take over power. Civil Society organisations had by then long started with the drafting of model Constitutions for a new South Africa.

least these countries could do, especially Namibia, who had just recently gained sovereignty through the aid of the international community, was to demonstrate a culture of human rights protection and promotion. The rapid promulgation of legislation blended with human rights connotations was therefore not surprising. In as much as these new States owed a considerable degree of allegiance to the international community, their hard-won political gains from the harsh experiences of the past gave them high political and moral sensitivities towards the plight of minority groups such as women.

Although a considerable number of laws were passed immediately after the first democratic elections in 1989, it was only in the midst of the second electoral process in 1994 that women's legislative protection, directed at political empowerment gained force. The first pieces of legislation primarily focused on traditional areas such as labour and social security. However, the adoption of the National Gender Policy in 1997 and its Addendum National Gender Plan and Action gave leeway to the surfeit of pieces of legislation that was passed thereafter pertinent to women's rights issues.

The Married Persons Equality Act of 1996[31] was the first of the new laws that addressed the evident gender disproportionalities between men and women in the country. It abolishes marital power previously enjoyed by husbands over their wives,[32] as inherent in the common law concept of *paterfamilias*; and amends the matrimonial property law of marriages in community of property in Namibia by providing for equal powers of spouses married in community of property.[33] The Act also addresses issues relating to the domicile of married women;[34] domicile and guardianship of minor children;[35] and further regulates the liability for household necessaries of spouses married out of community of property.[36]

The substantive application of the Act first unfolded in 2000 in *Myburgh v Commercial Bank of Namibia & Others*,[37] which dealt with the marital power of a husband over his wife. In this case, although confirming the entrenched position in the Act, it was stated that the marital power husbands enjoyed over their wife's was automatically invalidated by virtue of its unconstitutionality and thus invalid retrospectively with the promulgation of the Namibian Constitution.[38] The court held, per Heathcote AJ, (as he then was) that the differentiations brought about by disproportionalities in marriage were stereotypical and did not take cognisance of the equal worth of women.[39]

31 1 of 1996.
32 Sec 2 of the Act.
33 Sec 4-11 of the Act.
34 Sec 12 of the Act.
35 Sec 13 of the Act.
36 Sec 15 of the Act.
37 (SA2/00, SA2/00) [2000] NASC 3 (8 December 2000) http://www.saflii.org/na/cases/NASC/2000/3.html (accessed 12 December 2018).
38 As above.

In the context of women's political empowerment the Affirmative Action (Employment) Act of 1998 was introduced.[40] The Act is highly significant given the high rate of unemployment of previously disadvantaged communities, and skewed income distribution and generation between men and women. The Act firstly identifies women as one of the designated groups of previously disadvantaged persons that need legal protection.[41] Its primary objective is 'to ensure that persons in designated groups enjoy equal employment opportunities at all levels of employment and are equitably represented in the workforce of relevant employers'.[42] Section 19 of the Act makes provision for preferential treatment to suitably qualified persons of designated groups.[43] The Affirmative Action measures sought through the Affirmative Action Act, primarily through the legal recognition of women as a previously disadvantaged group, may formally hold a substantive basis for the proliferation of women in authoritative organs and platforms, and ultimately in political spaces, predominantly dominated by men.

Another notable means through which legislation have been used to empower women is through legislative affirmative action measures. Legislative affirmative action measures, broadly refers to the legislative reservation of seats and or quotas for women. Legislative affirmative action measures have been mostly manifest in legislation establishing parastatals and other State-owned enterprises, organs and institutions. Thus, for example, the Sports Act,[44] Communal Land Reform Act,[45] Traditional Authorities Act,[46] and the Electoral Act,[47] all require a certain number of women to be appointed to leadership structures and organs administered under these legislations.

The above legislative framework depicts political commitment, however marginal, on the side of government. In its present form, the existing legal outline especially within the legislative ambit reasonably provides for a substantive basis in law for women's political emancipation. It is also worth mentioning that women generally have been legally empowered in other socio-economic areas, at least in so far as the law is concerned. For example, the Combating of Domestic Violence Act,[48] and the Combating of Rape Act,[49] are examples of legislative measures aimed at protecting and empowering women socially.

39 As above.
40 29 of 1998.
41 Sec 18(1)(b) of the Act.
42 See generally, section 17 of the Act.
43 The Act also extends to instances where two or more persons of designated groups may be suitably qualified and provides that in such instances preference should be given to a female candidate. See generally section 19(2) of the Act.
44 13 of 2003.
45 5 of 2002.
46 25 of 2000.
47 5 of 2014.
48 4 of 2003.
49 8 of 2000.

4 STATUS OF WOMEN IN POLITICAL AND DECISION-MAKING PROCESSES IN NAMIBIA

4.1 Trends and status of women in governance and decision-making structures in Namibia

Since independence in 1990, Namibia has made strides in elevating women in public life. Largely, the newly inherited State, after a kilometric struggle for nationalism against colonialism (1886-1915) and apartheid (1948-1989), still mirrored a patriarchal, sexist and racially divided society. To begin with, women's representation in the UN led peace negotiations for an independent Namibia, under the auspices of the Constituent Assembly, involved only two women amongst a total of seventy-two representatives. This process undermined the important role of women in transitional and post-conflict reconstruction processes. The status quo was maintained in subsequent electoral processes. After the first national elections in 1989, women's parliamentary representation stood at 8,3 per cent, with steady progress made in the 1994, 2000, and 2005 elections.[50] During this period, the few women who made it to parliament largely remained invisible and excluded from key positions of State power where their capabilities and skills could be visible to the public. As of 2017 however, the representation of women in parliament stood at 41,7 per cent. This figure indicates a significant increase of women in Parliament. But the question remains whether this significant number of women has been nurtured in key positions of State authority where their strengths and capabilities can be evidential to the public. The combined study by the UN Women and the Inter-Parliamentary Union (IPU) in 2012,[51] evidences the sexist allocation of ministerial positions in governments; with high prevalence of women in the conventional social, family, and development areas, with the more prestigious and politically armed civil services, such as defence, finance and foreign affairs still carrying a 'masculine imagery'. It is worth noting that in Namibia however, the trend is changing with women having of late been called to key positions of central government, such as prime minister, foreign affairs, finance, and labour ministers respectively. But in the past 28 years of independence, no woman has held a ministerial position in defence, which has been seen as the domain of male figures.

Representation of women in the Upper House of Parliament, loosely called the National Council, also shows great advances. Starting from a mere 3,8 per cent (1 out of 26 members) in 1992, when the

50 According to the IPPR Democracy Report of 2014, by 1994 women accounted for 12,5%, 25% in 2000, 23,6% in 2005, and 22,2% in 2010.

51 UN Women and IPU 'Women in politics: 2012' 1 January 2012. According to this study, as of 2012 between 79 and 89% of women around the world hold the position of ministers in social, family and women's issues, whereas only 7% is ministers of defence and veteran affairs.

National Council was instituted, as of the 2014 national elections a slight improvement has been made with 26,9 per cent (7 out of 26 members) female representation in the house of law review.[52] It is also notable that the current speaker of the National Council is a woman and has been vocal on women's parliamentary inclusion. What the parliamentary statistics reveal is that the country is gradually coming to terms with the role of women in political environments. The post 2005 period reveals a transformation in political leadership that to a considerable extent remained gender sensitive and inclusive in nature. But as Namibia's *Sixth Periodic Report to the African Commission on Human and Peoples' Rights* has shown, women still remain underrepresented in key sectors.[53] These include, mining, transport, tourism and hospitality and construction.[54]

Regional governance also depicts a rather bleak picture for women's representation. During the November 2015 Regional Council elections, only 15 per cent of the 284 candidates who participated in these elections were women.[55] From these 284 candidates only 16 per cent, comprising of 19 out of the 121 elected were women.

The absence of women within the judicial arm of government is also a major area of concern. Out of the 14 judges of the High Court of Namibia, only four (28,6 per cent) are women.[56] No female judge serves on the five permanent seats of the Supreme Court, although foreign female South African judges have occasionally been appointed on a temporary basis. The lower magistrates' courts have a relatively fair distribution of female presiding officers, of the current ratio is 47 males to 46 females.[57] The current chief magistrate is also a woman,[58] and has been acting in that capacity in the main High Court on a regular basis.

Moreover, only four (9,5 per cent), out of the 42 recognised traditional authorities are headed by women.[59] The under representation of women in traditional authorities, as is the case with the judiciary, is concerning given the fact these two organs are crucial in the legal and social integration of women. Traditional authorities are the custodians of indigenous culture, customs, and practices and are

52 LAC Namibia 'National gender analysis' July 2017 31 https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/namibia_gender_analysis_2017.pdf (accessed 8 April 2018).

53 Sixth Periodic Report of Republic of Namibia, African Commission on Human and Peoples' Rights (2015) 68 http://www.achpr.org/files/sessions/58th/state-reports/6th-2011-2014/namibia_state_6th_periodic_report.pdf (accessed 20 February 2018).

54 As above.

55 N Shejavali "A thorn in the flesh for gender equality: How the gender gap in Namibia's Regional Council elections undermines the country's otherwise impressive gender equity gains at other levels of governance" in Institute for Public Policy Research Election Watch Briefing Paper 2 (2015) 1 http://ippr.org.na/wp-content/uploads/2016/02/Briefing_Gender_Equality_web.pdf (accessed 3 March 2018).

56 LAC Namibia (n 52) 31.

57 As above.

58 As above.

59 As above.

typically the first mechanisms of redress for women and girls in rural areas. Although the Traditional Authorities Act of 2000 obligates traditional establish-ments in discharging their functions to promote affirmative action amongst the members of that traditional community, very little has been done to promote women in the chieftaincy and in senior and local traditional leadership levels.[60] Whilst the inclusion of women within traditional authorities is not a given, based on the fact that these structures are predominantly patriarchal, law reform can be a pivotal apparatus in deconstructing this patriarchy. The argument is not that law should be used to distort the character, existence and operation of traditional authorities. The argument is rather premised in the fact that the inclusion of women within traditional communities would not only be a necessary step in dismantling patriarchy but will also accord women a 'voice' and meaningful space within traditional settings, which for far too long have been viewed as the sphere of men.

The advances made in women's representation too have seeped into some key public sector bodies. Of the twelve-member Board for Legal Education for instance, currently women hold 50 per cent of the Board's seats. This is despite the fact that there are no reservations made in terms of affirmative action measures for women to serve on the Board in its enabling legislation. The Board for Legal Education is constituted in terms of section 8 of the Legal Practitioners Act 15 of 1995 (as amended) and is primarily mandated 'to investigate and advise upon any legal education pertaining to the legal profession and any related matters'.[61] The inclusion of a considerable number of women on the board is remarkable given the historical disparities in race and gender that clouded the legal profession.[62] As rightly noted by practitioners Clive Kavendjii and Nico Horn, 'the apartheid policies of the South African government, the financial disadvantages of the black communities as a result of those policies, and the total absence of training facilities for aspiring black lawyers kept the profession almost exclusively white'.[63]

The filtration of more women in public sector decision-making bodies is also visible in the Public Service Commission, the Law Reform and Development Commission of Namibia (LRDC), and the Electoral Commission of Namibia (ECN). The Electoral Commission of Namibia, whose mandate is derived from both article 94B of the Namibian Constitution (as amended) and the Electoral Act of 2014,[64] currently

60 See for example sec 3(1)(g) of the Traditional Authorities Act of 2000.

61 See generally, sec 11(f) of the Legal Practitioners Act 15 of 1995.

62 For example, historically the Namibian Bar was comprised predominantly of white Namibians, thereby ameliorating the effects of the apartheid system on previously disadvantaged lawyers in the legal profession. By the time the Legal Practitioners Act was passed on 25 September 1995, the Namibian Bar comprised 21 members, with only two black members. This has since changed however, and as of 2014 there are 40 members, 11 of whom are black.

63 C Kavendjii & N Horn 'The independence of the legal profession in Namibia' in N Horn & A Bösl (eds) *The independence of the judiciary in Namibia* (2008) 291-309.

64 See generally, art 94B of the Namibian Constitution and sec 4 of the Electoral Act 5 of 2014 for the mandate of the Electoral Commission.

consists of five Commissioners, of which two are female, including its chairperson. It seems as if the two current seats held by the female candidates on the ECN board is a fulfilment of the provisions of section 6(2) of the Electoral Act, which provides that 'at least two members of the Commission must be women'. In a similar fashion, the composition of the LRDC displays an even representation of women. Of the eight Commissioners holding seats, four, including the current chairperson, are female.

4.2 Political determinants for the increased women's political participation in Namibia

Given the advances made in integrating women within political spaces in Namibia, as discussed above, the question remains as to what are the factors that have given rise to this progressive increase of women in these spaces. Put differently, what are the social, legal and political determinants, if any, that has led to the drastic, yet gradual increase of women in political spaces in Namibia? In response to this question, I argue that there are two main determinants that have contributed to the advancement of women within political and decision-making processes and organs in Namibia. The first proposition is that there has been a shift in the political thought of the ruling party SWAPO (and as a consequence in central government) on the role of women in society generally but more specially in political spaces. To give meaning to this revived gender consciousness temporary special measures through gender quotas aided the proliferation of women in government and other key decision-making processes. The second determinant is premised on political will and commitment from the political establishment, predominantly from the ruling SWAPO party government. In what follows below, a brief elaboration is made of these two factors.

4.2.1 Temporary special measures/gender quotas and increased 'gender consciousness' as a determinant for women's political advancement

The introduction of gender quotas contributed immensely to the incremental increase of women in political spaces in Namibia. Although there are no formal temporary special measures provided in the Namibia Constitution, the ruling SWAPO government voluntarily introduced a 50/50 gender representation quota system at party level as a means to ensure equal gender representation in national government. Since the introduction of these affirmative action measures, female parliamentary representation has increased drastically in both the Lower and Upper Houses of Parliament. In compliance with article 23(3) of the Namibian constitution (read together with article 95(a)), various gender quotas for women have been introduced in public entities, further cementing women's representation in public decision-making organs and processes.

What has stirred sudden interest within SWAPO to undertake gender quotas remains a mystery. In fact, there has not been a robust discussion within the party on this major decision. However, with the increased abuse of and violence against women, the ruling party openly became sympathetic to the subordination of women generally.

4.2.2 Political will and commitment from the political establishment

As of early 2000 onwards, a good number of brutal killings of women and girls was brought to light by the media. Women began to speak openly about their suppression in their domestic life and society started to react positively to address violence against women and their subordination more generally. As a means to address this, women's political empowerment became an essential part of policy – especially for the political elite in the ruling party - to address the challenges facing women in the country. For example, in 2013, the abuse of women became such a concern to central government that the then State President, Hifikepunye Pohamba called for a 'national day of prayer'.[65] In a sense, society and State became conscious of the state of women in both private and public life. It is therefore not surprising, that after a 'pervasive period' of brutal gender-based violence, the Pohamba led-government took a firm decision to reform its National Gender Policy of 1997 and started mobilizing women in political positions of authority.

The political transition from the Nujoma to Pohamba admistration in early 2015 came with major gender reforms. Pohamba, a generally soft-spoken SWAPO cadre carried with him a long track record of gender sensitivity. His commitment to gender equality became more visible when he joined the political leadership of the ruling party in 1997 as its Secretary-General where he had been repetitively calling for more women in party and state leadership. The formal signs of this political commitment occurred in early 2013, when he became party president, and called for an extra-ordinary congress to make provision for equal gender representation in all party organs and structures. The basis for this extra-ordinary Congress was resolution 2 read together with resolution 11, which dealt with gender equality in party structures and women empowerment respectively.[66] This formal affirmative action position of the ruling party, who over the years have amplified its hold of central government, has positively translated on state level as shown in the previous section of this article

The attribution of violence as a determinant that has led to the proliferation of women in political spaces in Namibia is not an unfounded suggestion. In fact, it is in countries where the experiences

65 The president declared 6 March 2014 as the national day of prayer against gender based violence https://www.newera.com.na/2014/03/06/national-prayer-day/ (accessed 1 February 2018).

66 These two resolutions date back to the third SWAPO Party congress, held from 21 to 26 August 2002. As of 2015, SWAPO has settled on a policy of 50/50 representation in its party structures and organs.

of violence and discrimination have been prominent that women are faring better in political and governances spaces. Rwanda, Africa's exemplar concerning women's political participation, is a comparative case in point.[67] Having experienced discrimination first hand and its effects during the 1994 genocide, Rwanda's post-reconstruction process has placed strong emphasis on gender parity, especially in political and governance processes. Swanee Hunt, in her article on the reconstruction process in Rwanda, documents how the experiences of violence, particularly genocide, and racial discrimination had an impact on the gender advances made in Rwanda to date.[68] She argues that the hardships young widows faced, having to raise many of today's political leaders as single mothers, left impressions that influenced perceptions about the role of women in the Rwandan society in a positive manner.[69] As one commentator and former expatriate, John Mutamba once observed, 'as men who grew up in exile, we know the experience of discrimination. Gender is now part of our political thinking'.[70] As a result, Rwandan society, through strong political will and support has been open to the idea of integrating women in all (political) spheres of society. Like Rwanda, the atrocities of the past, particularly the violence against women contributed immensely to 'political thought' and the ways in which society deemed women. This in turn contributed to a shift in the political thinking and structures of the ruling party which began to emphasis the political integration of women in party and government structures and processes.

5 CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR WOMEN'S EMANCIPATION IN POLITICAL SPACES IN NAMIBIA

Unsurprisingly, the central challenge women in Namibia face, in penetrating political avenues can be largely attributed to processes of (gendered) socialisation, especially the artificial dichotomy made between private and public life. In many conventional African settings, including Namibia, participation in governance structures and processes is viewed as a public activity, more commonly reserved for men; whilst domestic affairs, such as the maintenance of the household, agrarian activity, and child rearing, are regarded quintessentially within the private domain; the terrain of the female sex. The CEDAW Committee in General Recommendation 23: Political and Public Life aptly captures this point:[71]

> Public and private spheres of human activity have always been considered distinct, and have been regulated accordingly. Invariably, women have been assigned to the

67 According to the IPU women account for 64% of seats in the legislative arm of government.

68 S Hunt 'The rise of Rwanda's women: rebuilding and reuniting a nation' (2014) 93 *Foreign Affairs* 150-156.

69 Hunt (n 68) 152.

70 As above.

71 CEDAW (n 15 above) para 8 (accessed 7 March 2018).

> private or domestic sphere, associated with reproduction and the raising of children, and in all societies these activities have been treated as inferior. By contrast, public life, which is respected and honoured, extends to a broad range of activity outside the private and domestic sphere. Men historically have both dominated public life and exercised the power to confine and subordinate women within the private sphere.

Although in principle the public-private dichotomy is meant to draw a distinction between the basic features of private and public spaces and the interaction between the two systems, in practice this distinction displays a gender dimension that disproportionately divides state power. As rightly observed by Sullivan, 'the demarcation of public and private life within society is an inherently political process that both reflects and reinforces power relations, especially the power relations of gender, race, and class.'[72]

Generations of feminists have time and again underscored the gendered nature of this private/public divide.[73] Sullivan, for example argued, that 'economic, social and political power adheres in the public realm, to which women have limited access and over which they have limited control.'[74] Put on a balance of scale, the public (the perceived domain of men) outweighs the private (the perceived domain of women), because of the centralisation of state power relations within the former realm. In turn the state becomes masculine, and that masculinity permeates its structures, organs, and processes, including the letter law. The private/public socialisation and engendering of society not only has left women, isolated from authoritative processes of governance, but has also resulted in the use and abuse of the power that the 'public realm' enjoys to suppress and control the already terse economic, political, and social powers, if any, of the 'private realm.' Charlesworth aptly apprehends this point in her observation, that 'the assignment of women to the domestic sphere entrenches their inequality with men, for women are regarded as dependent on men for subsistence. Moreover the privacy of domestic life makes women's concerns invisible and ensures the preservation of the status quo.[75]

In view of the stereotypical and disproportionate tendencies of the private/public dichotomy, one study has concluded that what is needed is a 're-conceptualisation of the public/private divide in a manner that incorporates the experiences of women',[76] but even such a re-conceptualisation project may reinforce the inequalities brought about by the private/public divide, and further marginalise women's already

72 D Dullivan 'The public/private distinction in international human rights law' in J Peters & A Wolper (eds) *Women's rights, human rights: International feminist perspectives* (1995) 128.

73 See for example, H Charlesworth, C Chinkin and S Wright 'Feminist approaches to international law' (1991) 85 *American Journal of International Law* 615; C Romany 'State responsibility goes private: A feminist critique of the public/private distinction in international human rights law' in R Cook (ed) *Human rights of women: national and international perspectives* (1994).

74 Dullivan (n 72) 128.

75 H Charlesworth 'The public/private distinction and the right to development in international law' (1992) 12 *Australian Yearbook of International Law* 2.

76 I Radačič 'Human rights of women and the public/private divide in international human rights law' (2007) 3 *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 467.

limited place in public space. What is needed is a total deconstruction of private/public socialization right from the outset.

Secondly, like the public/private socialisation, cultural socialisation too has affected women's perception of and inclusion in political structures in Namibia. As Rao observed:

> ...[t]he notion of culture favoured by international actors must be unmasked for what it is: a falsely rigid, ahistorical, selectively chosen set of self-justificatory texts and practices whose patent partiality raises the question of exactly whose interests are being served and who comes out on top. We need to problematize all of culture, not just the perceived 'bad' aspects. When we limit our inquiry to egregious violations, we limit our capacity to ameliorate human pain to just that one instance of a 'bad cultural practice.' Without questioning the political uses of culture, without placing the very notion of culture in historical context and investigating the status of the interpreter, we cannot fully understand the ease with which women become instrumentalised in larger battles of political, economic, military, and discursive competition in the international arena.[77]

The suppression of women in political processes, manually often at the whim of elitist men and structurally by established state processes, has much to do with the social development of persons and their integration and reaction towards this moral development. Thus when women, or, even some men view themselves as less credible for political spaces, their socialisation embedded in their moral development is central to that line of reasoning. The study of moral development is certainly nothing new, and has, for some time, been a focus study in human psychology.[78] Different psychological schools tend to explain the social influences of human reasoning. One such theory that has caught the attention of socio-legal academics and anthropologists is the social learning theory. Viewed from the social learning theory, behaviour is acquired by direct learning, modelling and imitation, and is maintained by positive reinforcement.

Another major challenge that has hampered women from penetrating political spaces in Namibia is the fact that historically women have not enjoyed the same level of autonomy that men enjoy. In practice, especially in remote and rural Namibia, including peri-urban areas, a women's worth is measured largely in relation to the man to whom she is associated.[79] This position was deeply entrenched in both customary and common law. For example, until the promulgation of the Married Persons Equality Act in 1996, men legally, on the basis of their sex, acquired marital power and control over the person and property of their wives. Although the positivist common law position

77 A Rao 'The politics of gender and culture in International human rights discourse' in In J Peters & A Wolper (eds) *Women's rights, human rights: International feminist perspectives* (1995) 174.

78 See generally, JR Rest *Moral development: Advances in research and theory* (1986) 1; J Piaget *The moral judgement of the child* (1950) 1; FN Kerlinger *Foundations of behavioral research* (1986) 1; L Kohlberg & R Kramer 'Continuities and discontinuities in childhood and adult moral development' (1969) 12 *Human Development* 93-120; L Kohlberg 'Stages and aging in moral development some speculations' (1973) 13 *The Gerontologist* 497-502.

79 J Mertus 'State discriminatory family law and customary abuses' in J Peters & A Wolper (eds) *Women's rights, human rights: International feminist perspectives* (1995) 137. See also H Charlesworth 'What are "women's human rights"' in Cook (n 73) 69.

has changed, under customary social rooting, many women still do not enjoy autonomy. This remains a global trend in both the North and South. Women are regarded as dependent on men for subsistence. The recent failures of two and success of one prominent political figures makes out an illustrious example of the semi-autonomous perceptions in which many women are viewed: The repetitive reference to the failures of then American President Bill Clinton by presidential hopeful Donald J. Trump, whilst countering the arguments of his rival, Senator Hillary Clinton, demonstrates how women, even the very elite like Clinton, are labelled and suppressed on the basis of their male counterparts. It is almost as if Hillary Clinton's campaign for presidency was evaluated against the successes and failures of her husband. A similar trend also occurred in the presidential bid of former AU Chairperson, Dr Nkososana Dlamini-Zuma in South Africa's ruling ANC elective congress in December 2017. Dlamini-Zuma's loss to political rival, Cyril Ramaphosa, was largely attributed to her association of the then president, Jacob Zuma who had been in disfavour with his ruling ANC party and general public. Dlamini-Zuma had been previously married to Jacob Zuma. In Namibia, the ascent of Netumbo Nandi-Ndaitwah to the vice presidency of SWAPO, the ruling party in Namibia, was viewed by many as dependent on the support of her male counterpart, the incumbent president Hage Geingob, despite her established political career spanning over three decades. The experiences of these three women, illustrates the stereotypes politically ambitious women encounter, and the subordination they undergo, which their male counterparts barely encounter.

The disproportionate impacts of high prevalence of unemployment and extreme poverty in Namibia, as in various parts of Africa, on women also impedes their potential to fully explore political avenues. This reality is aptly articulated in the recently concluded Strategic Framework of the Commission of the AU:[80]

> [T]he existence of widespread gender inequalities between men and women has manifested itself in the disproportionate burden African women bear of the poverty, illiteracy and disease. While they constitute more than half of Africa's population (52 per cent), they face challenges in accessing equal opportunities and rights, and are severely underrepresented in decision-making positions while at the same time their welfare is grossly undermined by cultural and traditional practices.

Running for political office requires economic resources, or at the very least collateral and other forms of financial security, which many women (compared to men) do not have. This is more likely the case because, as recently concluded in the (Revised) National Gender Policy (2010-2020), 'poverty is most pronounced among the 44 per cent of female-headed households in rural areas'.[81] According to the same

80 African Union Commission 'Strategic plan 2014-2017' (2013) para 196 https://au.int/sites/default/files/pages/32028-file-the_au_commission_strategic_plan_2014-2017.pdf (accessed 24 March 2018).

81 Ministry of Gender Equality and Child Welfare *National gender policy of Namibia* (2010) 12 http://www.africanchildforum.org/clr/policy%20per%20country/namibia/namibia_gender_2010-2020_en.pdf (accessed 9 March 2018).

policy document about 52 per cent of the population in rural areas are female;[82] away from the mainstream political processes and spaces in urban and peri-urban Namibia. Even the very limited few who have financial resources to penetrate political avenues often find political spaces and positions of influence relatively intimidating and gender-insensitive.

Given the above outlined challenges, there is room for improvement and opportunities. These opportunities will have to begin with electoral reform at political party level because of the centrality of party politics in the electoral cycle. Clearly, as evidenced from the affirmative action measures taken by SWAPO in Namibia, temporary special measures are a feasible consideration for women's emancipation and should thus be integrated by all political parties. In fact, reforms within the Electoral Act should require political parties to include temporary special measures in favour of women at party level. Parties can also provide special funds to ease the financial burden associated with running for political office for women, who in any event are more economically strained than men as discussed above.

Another opportunity that can be explored is through law reform aimed at making political life more family-friendly. Women in Namibia, as in most parts of the world, still bear a greater part of family relations whilst at the same time exploring opportunities in the public realm. Women in Namibia who find themselves in political spaces experience difficulties in finding ground between work and other duties. There may therefore be a need to amend the Electoral Act of 2014 and Labour Act of 2007 or, alternatively, the parliamentary rules and procedures, to reflect the experiences of women in electoral, political and parliamentary process by reducing the hours of labour required of female parliamentarians and for their participation even during their possible physical absence in political structures even during maternity periods, by providing for say alternative voting or participation procedures, as the case may be.

6 CONCLUSION

The domestic implementation of article 9 of the Women's Rights Protocol has come a long way in the legal framework of Namibia. As shown in the paper, the domestication of article 9 of the Women's Rights Protocol within the Namibian legal framework is a hybrid exercise; somewhat canvassed indirectly within the constitution and more fragmentally within various legislative instruments relating to public entities. As far as its implementation is concerned the voluntary gender quotas introduced by the ruling party and further political commitment from central government contributed immensely to the incremental increase in women's representation in political processes and decision-making organs such as parliament.

82 As above.

Despite the fact that it had nearly taken over two decades for the Namibian government to meet its obligations in terms of article 9 of the Women's Rights Protocol, the fact that modest gains have been made marks a new dawn for women. It is therefore not inappropriate to suggest that Namibia is gradually moving towards ensuring that women have a meaningful place within its political and decision-making processes and organs. Given this state of affairs, Namibia can be singled as an illustrious example of both progression and regression as far as women's political emancipation in concerned. However, there are some shortcomings, which have left women underrepresented in key organs such as the judiciary and traditional authorities. Until these concerns are addressed we cannot ideally speak of full compliance with the provisions of article 9 of the Protocol by Namibia. This may surely be attainable in the immediate future if the prevailing political will and commitment is maintained and women at the grassroots levels are able to reap from the proliferation of women within political and decision-making processes.

L'exercice de la compétence contentieuse de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à l'épreuve de la souveraineté des États

*Sakré Kéké**

RÉSUMÉ: Les avancées du système africain de protection des droits de l'homme se sont matérialisées par la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Sur le plan institutionnel, un pas de géant a été franchi en 2006 avec l'inauguration de la nouvelle instance, dotée de la compétence contentieuse. Toutefois, s'il est vrai que la Cour apporte une réponse audible à la question des contentieux relatifs à la violation des droits de l'homme à l'échelle régionale, il reste qu'elle hérite aussi des obligations inhérentes à son statut de juridiction internationale. Entre autres, le respect de la souveraineté des États. L'exercice de la compétence contentieuse de la Cour pourrait attiser toutes les curiosités juridiques par les normes la définissant. Outre la ratification du protocole portant création de la Cour, la reconnaissance de la compétence de la Cour passe par une déclaration d'acceptation des États africains. Cependant, dans les faits, plus de la majorité des affaires devant la Cour implique les États, violateurs principaux des droits et libertés des individus, mais aussi premiers garants du respect des droits de l'homme. Ce paradoxe est pertinent dans le contexte de la science juridique et pour la Cour, car « en cas de contestation de savoir si la Cour est compétente la Cour décide ». De l'arrêt à la décision d'incompétence en passant par les opinions individuelles, notre analyse, disséquant les conclusions de la Cour, a pour objectif de mettre en lumière sa ligne directrice. La Cour, tout en manifestant le désir de ne plus faire de l'Afrique une terre de non-droit, se veut insistante, voire inflexible sur la souveraineté des États. Les décisions de la Cour, riches de motivations soutenues et assorties d'opinions individuelles, permettent de saisir la quintessence de la confrontation entre compétence et recevabilité, l'esprit des textes et la lettre dans sa syntaxe, justice internationale et souveraineté des États.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The exercise of the contentious jurisdiction of the African Court of Human and Peoples' Rights against the sovereignty of states

ABSTRACT: Progress in the African system for human rights protection has materialised through the establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights. At the institutional level, a giant step was taken in 2006 with the inauguration of this new body with contentious jurisdiction. However, while it is true that the Court provides for contentious human rights violations at the regional level, it still has to have regard for the obligations inherent in its international jurisdictional status, including respect for the sovereignty of states. The exercise of the contentious jurisdiction of the Court could stir up all legal complexities. In addition to the ratification of the Protocol establishing the Court, recognition of the jurisdiction of the Court requires a declaration of acceptance by African states. However, in fact, most of

* Doctor in Public Law; sakrekeke@gmail.com

Sakré Kéké 'L'exercice de la compétence contentieuse de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à l'épreuve de la souveraineté des États' (2018) 2 *Annuaire africain des droits de l'homme* 154-178
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a7

the cases before the Court involve States, the principal violators of the rights and freedoms of individuals, but also the primary guarantors of respect for human rights. This paradox is relevant in the Court, because 'in the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the Court decides'. This analysis aims to dissect the Court's judgments and decisions in order to derive broad trends and patterns. While expressing the desire to no longer allow Africa to be in a state of lawlessness, the Court also insists on the prevailing importance of state sovereignty. The decisions of the Court, rich in motivations individual opinions, capture the quintessential tension between competence and admissibility, the spirit and the letter of the text, and international justice and state sovereignty.

MOTS CLÉS: compétence contentieuse, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, souveraineté des États, jurisprudence, droits de l'homme, violations, justice internationale

SOMMAIRE:

1 Introduction 155
2 L'ambiguïté de la restriction d'accès à la Cour du fait de la souveraineté des États 158
3 La stabilité de la jurisprudence de la Cour en faveur d'une large ouverture 161
3.1 Les interprétations jurisprudentielles de la Cour relatives à la déclaration de reconnaissance: une convergence entre le droit et la justice 162
3.2 L'examen in concreto des conditions de recevabilité 167
4 Les mesures de contraintes de la Cour: une œuvre inachevée 174
5 Conclusion 177

1 INTRODUCTION

Le 15 décembre 2009, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour) rend son premier arrêt: affaire *Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal*. Cet arrêt fait suite à une requête en date du 11 août 2008 de monsieur Yogogombaye. En l'espèce, monsieur Yogogombaye introduit cette requête en vue du « retrait de la procédure actuellement diligentée par la République du Sénégal en vue d'inculper, juger et condamner le sieur Hissène Habré, ex-chef d'État tchadien actuellement réfugié à Dakar au Sénégal ».[1] Soupçonné de crimes de guerres et d'actes de tortures, l'ex-chef d'État tchadien s'est réfugié au Sénégal en 1990. L'Union africaine a donné mandat au Sénégal pour juger le sieur Hissène Habré en juillet 2006. Dans cette affaire, la Cour conclut qu'elle n'a pas compétence pour connaître la requête. A la suite de cette première sollicitation, la Cour rend plusieurs arrêts et décisions concluant 'son incompétence' relativement aux affaires. Le cadre de la confrontation entre justice internationale et souveraineté des États est en place.

Cependant, bien comprendre les enjeux qui sous-tendent ce choc passe inéluctablement par une définition des termes. La compétence contentieuse est un pouvoir en vertu duquel les tribunaux et cours de justice traitent les différends juridiques, « les contentieux », qui leurs sont soumis. En clair, il s'agit de la capacité de pouvoir régler un litige juridique.[2] Elle est matérielle (en vertu de l'objet), personnelle (la

1 *Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal* (Arrêt du 15 décembre 2009) para 1.

citoyenneté des individus concernés), temporelle (au regard du moment) et territoriale (le lieu). Quant à la souveraineté, c'est un principe fondamental en droit international qui affirme le caractère suprême du pouvoir qu'exerce l'État[3] sur une zone géographique précise: son territoire. En vertu de ce principe, il régule l'activité législative, exécutive et judiciaire. La justice internationale, du seul fait de son objet, entre forcément en collision dans sa mise en œuvre avec la souveraineté des États.

Relativement à la Cour, il existe divers points d'accroche entre la justice internationale et la souveraineté étatique. D'abord, la compétence ratione personae est au cœur du sujet. Le lieu et l'objet sont pertinents dans le cadre d'un litige mais, pris isolément dans le cadre de la cour, pas assez.[4] Ainsi, la souveraineté des États s'exprime principalement sur la capacité de leurs citoyens à accéder à la Cour, et les conditions du dépôt de la requête. En ce sens, l'exercice de la compétence contentieuse de la Cour dépend essentiellement des États, en raison de la déclaration de reconnaissance exigée par le Protocole d'Ouagadougou.[5] Ensuite, le bouclier des États matérialisant leur souveraineté prend forme via la question de recevabilité des requêtes: les conditions d'accès à la Cour. Elles sont partagées par toutes les juridictions internationales. L'enjeu se situe au niveau des interprétations que suscitent les conditions dans leur application, notamment l'épuisement des voies de recours internes.[6] Les débats entourent donc de fait la compétence ratione temporis de la Cour. Enfin, la justice internationale doit se confronter à la souveraineté étatique afin de faire appliquer ses décisions, arrêts et ordonnances. En effet, l'objectif réel pour les requérants devant la Cour n'est pas d'actionner la justice internationale, mais plutôt de faire cesser la situation décrite comme attentatoire aux droits de l'homme. Force est de constater que seul l'État de manière pragmatique a ce pouvoir.

2 S Guinchard & T Debard (dirs) *Lexique des termes juridiques* (2017) 467.

3 S Guinchard & T Debard (dirs) *Lexique des termes juridiques* (2017) 1939.

4 Art 3(1) du statut de la Cour. Elle est compétente pour connaître tous les litiges concernant l'application de la charte africaine et d'autres conventions dûment ratifiées par les États. La compétence territoriale est celle relative au territoire des États parties au protocole d'Ouagadougou et à la charte africaine des droits de l'homme.

5 Art 34(6) du statut de la Cour. Il s'agit de l'expression de la souveraineté des États relativement à l'accès à la Cour, sur le critère personnel, en vertu de la citoyenneté des individus. La déclaration de reconnaissance permet aux individus de saisir directement la Cour. Sans la déclaration de reconnaissance de l'État, l'activité de la Cour en matière contentieuse ne peut être au beau fixe. Les États ne saisissent que très rarement des juridictions internationales dans le cadre de contentieux relatifs aux droits de l'homme. Les requêtes dans ce sens viennent principalement d'ONG et d'individus, surtout dans le cas africain.

6 Art 56(5) du règlement intérieur de la Cour. La souveraineté des États leur confère un total monopole, une exclusivité sur l'activité judiciaire en leur sein. En vertu de ce principe, les individus doivent obligatoirement finir le processus judiciaire entamé au sein de l'État jusqu'au dernier recours possible avant de saisir la Cour.

Le principe en droit international est que l'État accepte préalablement la compétence contentieuse de la juridiction internationale[7] avant toute procédure le concernant. Toutefois, cette situation ne signifie pas pourtant que la souveraineté des États prime sur la justice internationale. L'État limite sa volonté[8] à travers le respect du droit international car il se doit de respecter l'ordre juridique établi dans le cadre de la communauté internationale. Au regard de la jurisprudence de la Cour, une multitude de requêtes mettent en cause des États, indépendamment de leur reconnaissance de la compétence contentieuse de l'instance africaine et de l'épuisement des voies de recours internes; même si ces éléments conditionnent le reste de la procédure.

L'intérêt particulier du point de vue juridique va au-delà de la véracité des violations alléguées. La juridiction africaine doit trouver un équilibre entre justice internationale et souveraineté des États. La problématique est donc de savoir quelle est la posture de la Cour dans la recherche de cet équilibre. L'inclinaison de la juridiction africaine va-t-elle vers la justice au détriment de la souveraineté ou à l'inverse, le respect de la souveraineté des États passe-t-il au second plan derrière la recherche de la justice? L'analyse des pratiques à la Cour, de son statut et de sa jurisprudence permet de découvrir la position de l'instance. Par la même occasion, cette analyse offre les outils nécessaires pour mesurer objectivement la confrontation entre la justice internationale et la souveraineté étatique. L'une impactant l'autre, la protection des droits de l'homme en Afrique est indubitablement tributaire des interprétations de la Cour sur ces impacts.

D'un point de vue statutaire, la restriction « souveraine » des États que suppose l'absence de déclaration de reconnaissance est paradoxale à la volonté de donner naissance à la Cour. L'ambiguïté qui en découle (2) est confortée par l'usage de la souveraineté en générale dans pratique du droit international. Cela étant, les juges de la Cour ont trouvé une alternative. La jurisprudence de la Cour met en lumière une appréciation très équilibrée des conditions d'accès des citoyens à la juridiction. La lecture des conditions n'est ni en faveur des États, ni en faveur des citoyens. La ligne directrice que les juges de la Cour se sont fixés est le respect du droit' afin d'atteindre leur mission. Ils ont formé une jurisprudence stable en faveur d'un large accès à la Cour (3). Les décisions, arrêts et ordonnances de la Cour sont exécutoires. Toutefois, vu que les États sont « souverains », une contrainte légitime s'impose au risque d'avoir des décisions lettres mortes. Le mécanisme de contrainte doit encore faire ses preuves au niveau de la Cour. Le constat

7 Cette pratique est commune à l'ensemble des Cours de justice internationale. Les mécanismes de reconnaissance de la compétence contentieuse diffèrent mais le principe reste le même.

8 Il s'agit de l'application de la théorie de l'autolimitation de l'État par le droit. Suivant cette théorie crée par Rudolf von Jhering et développée par Georg Jellinek, la limite de la domination de l'État est fixée par elle-même suivant certains intérêts de par sa propre volonté. Comme l'État ne peut agir que par le droit, il s'oblige lui-même à respecter ses règles. VG Jellinek *L'État moderne et son droit* (2004) 131-132.

est qu'il paraît inachevé (4) face à la réticence des États raison due à l'absence d'actions concrètes. La justice internationale mise en œuvre par la Cour s'apprécie donc à l'aune de la souveraineté des États avant la saisine de la juridiction, à la teneur des décisions rendues et pour terminer à la lumière de leur exécution.

2 L'AMBIGUÏTÉ DE LA RESTRICTION D'ACCÈS À LA COUR DU FAIT DE LA SOUVERAINETÉ DES ÉTATS

La déclaration de reconnaissance relative à la compétence de la Cour est la pièce maîtresse de la confrontation entre la souveraineté des États et la justice internationale. Bien que la déclaration de reconnaissance ne soit pas une nouveauté dans le monde juridique,[9] l'impact sur la compétence de la Cour est palpable. En effet, après avoir rendu son premier arrêt en 2009 marqué par l'absence de cette déclaration,[10] la Cour a rendu plus d'une dizaine de décisions et arrêts par lesquels elle conclut à son incompétence.[11] En majeure partie, cette situation résulte de l'absence de déclaration de reconnaissance par les États. Toutefois, dans le cas de la Cour, la souveraineté étatique manifestée par la déclaration de reconnaissance justifie-t-elle une entrave à la justice internationale?

Sur le plan historique, la souveraineté étatique a d'abord été pensée au plan national, en interne.[12] Il s'agit du pouvoir absolu de l'État relativement aux affaires relevant de sa compétence. Au plan

9 Art 36(2) du statut de la Cour de justice internationale. Selon cette disposition, les États parties au statut de la CIJ peuvent déclarer comme obligatoire la juridiction à n'importe quel moment.

10 *Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal* (n 1) para 46(1).

11 Voir sur ce point les affaires finalisées par la Cour publiées sur son site web: www.african-court.org. Il s'agit entre autres des décisions émanant des requêtes suivantes: N°002/2011, décision du 16/06/2011: *S Ababou c. République algérienne démocratique et populaire*; N°005/2011, décision du 26/06/2011: *D & M Amare c. République du Mozambique et Mozambique Airlines*; N°006/2011, décision du 16/06/2011: *Association juristes d'Afrique pour la Bonne Gouvernance c. République de la Côte d'Ivoire*; N° 008/2011, décision du 23/09/2011: *A Ekollo Moundi c. République du Cameroun et République Fédérale du Nigéria*; N°012/2011, décision du 15/12/2011: *Convention nationale des syndicats du secteur éducation (Conasysed) c. République du Gabon*; N°002/2012, décision du 30/03/2012: *Delta International Investissements S.A. Mr et Mme AGL de LANG c. République d'Afrique du Sud*; N°004/2012, décision *E J Uko et autres c. République Sud Africaine*; N°005/2012, décision du 30/03/2012: *A Timan c. République du Soudan*; N°007/2012 Décision du 26/06/2012: *B A Mahmoudi c. République de Tunisie*; N°001/2011, Arrêt du 26/06/2012: *F Falana c. Union africaine*; 007/2011 décision du 02/09/2011: *Y Abadou c. Royaume du Maroc*; N°014/2011, décision du 15/03/2013: *A D Atemnkeng c. Union africaine.*

12 Tous les grands penseurs de la 'souveraineté', de Jean Bodin à Jean jacques Rousseau, ont conceptualisé le principe en partant de l'État, la nation en son sein. Plusieurs courants de pensées font figure de référence mais leur caractéristique commune est d'appréhender le pouvoir du souverain (le peuple, le roi, le prince, etc.) dans le cadre de sa gestion du pouvoir politique en interne.

international, la souveraineté des États implique l'égalité entre les États et l'interdiction d'ingérence dans les affaires internes d'un État tiers. Cependant, les deux guerres mondiales ont entraîné une limitation de cette souveraineté dans le cadre des relations interétatiques en vue de préserver la communauté internationale en pleine reconstruction. Plusieurs accords et charte ont signés à cet effet. Néanmoins, la justice internationale 'interétatique' à l'échelle mondiale[13] ne pouvait se concevoir sans l'accord préalable des États, conformément au principe d'égalité, d'où la naissance des déclarations de reconnaissance. Les États, au sortir de la première guerre mondiale, ont choisi cette option à défaut de meilleure proposition. Comme l'affirme Fakhri Gharbi:

> Ces États ne voulaient pas, en effet, être obligés de se soumettre à la CPJI sans leur consentement préalable. Finalement, ils se sont ralliés à un compromis présenté par le délégué brésilien, Paul Fernandez, grâce auquel la compétence de la CPJI reposerait sur le consentement expressis verbis donné par les États parties au procès. Cette compétence serait donc facultative. Toutefois, les États parties au statut de la CPJI auraient la faculté de souscrire à une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CPJI. Ainsi, la compétence de la Cour ne serait pas automatique, mais elle demeurerait subordonnée au consentement expressis verbis des États.[14]

Dans le contexte africain, de multiples points attirent l'attention notamment sur la déclaration de reconnaissance et la souveraineté des États. Si l'exigence d'une déclaration provient d'une inspiration du mécanisme de la CIJ, il reste que des nuances inéluctables révèlent que le dispositif est inapproprié en l'espèce africaine. En effet, la déclaration de reconnaissance exigée à l'article 34 du statut de la CIJ s'inscrit dans le cadre d'une requête formulée par un État à l'encontre d'un autre État. Ce scénario n'est pas encore d'actualité au niveau de la Cour.[15] La saisine de la Cour est ouverte aux personnes physiques comme aux États contrairement la CIJ. Encore, les personnes physiques sont expressément visées par 'la déclaration de reconnaissance'. La particularité de cette situation incongrue se mesure à la lumière de la pratique.

En effet, la souveraineté des États se manifeste généralement dans le sens inverse. En clair, les États exercent le plus souvent leur souveraineté dans le but de garantir les droits de leurs ressortissants ou leur en procurer. L'évolution de la justice internationale démontre que les États font valoir le principe de souveraineté non pas pour restreindre l'accès aux juridictions internationales, mais plutôt pour protéger leurs citoyens, demander des réparations en cas de manquements aux obligations internationales, et dans le meilleur des

13 Il s'agit de la cour permanente de justice internationale (CPIJ) créée en 1922 avec la société des nations puis L'ONU a reproduit le même schéma avec la cour de justice internationale (CIJ). Dans les deux cas, la déclaration de reconnaissance des États est présente dès la création de la juridiction.

14 F Gharbi 'Le statut des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice' (2002) 43 *Les Cahiers de droit* 224. www.doi.org/10.7202/043707ar (consulté le 6 novembre 2018).

15 La Cour a reçu 180 requêtes en matière contentieuse et 165 émanent de personnes physiques. Le reste des requêtes proviennent d'ONG et de la commission africaine. Aucun État n'a été pour l'instant l'origine d'une requête. Voir dans ce sens les statistiques des affaires sur site web de la Cour: http://en.african-court.org/index.php/cases/2016-10-17-16-18-21 (consulté le 9 novembre 2018).

cas, leur éviter d'éventuelles sanctions. En effet, les exemples pullulent en la matière. A titre d'illustration, l'affaire *Diallo* opposant la république l'État de Guinée a saisi république démocratique du Congo devant la CIJ. Monsieur Diallo, homme d'affaires l'État guinéen avait été spolié de ses biens, incarcéré puis expulsé du Congo. La Guinée a saisit la CIJ au titre des violations des droits humains perpétrées sur son ressortissant. L'Etat guinéen a eu gain de cause.[16] Autre exemple, l'arrêt de la CIJ en date du 14 février 2002: l'affaire *Yérodia*. En l'espèce, la république démocratique du Congo a saisi la CIJ, reprochant à l'État belge d'avoir violé le principe l'égalité souveraine des États et violer le droit international du fait d'un mandat d'arrêt contre Abdoulaye Yérodia, haut fonctionnaire congolais. La Belgique fut condamnée. Un dernier exemple, le cas de rose Kabuyé opposant le Rwanda et la France. Le 09 novembre 2008, rose Kabuyé, directrice du protocole du chef d'État rwandais est arrêté en Allemagne et est conduite en France suite à un mandat d'arrêt à son encontre. Après une escalade diplomatique entre les deux États, rose Kabuyé est libérée quelques jours plus tard et le mandat est définitivement levé en mars 2009.[17] Dans ces trois affaires et dans bien d'autres, la souveraineté des États s'exprime pour protéger et rendre justice à leurs ressortissants.

Le constat de la pratique internationale tranche avec la réalité de la Cour. De nos jours, la dynamique de la justice internationale se conjugue avec la souveraineté des États et la garantie des droits des citoyens.[18] A juste titre, les autres juridictions régionales en charge de protéger les droits de l'homme, notamment la Cour européenne des droits de l'homme (Cour européenne), admettent une saisine directe des particuliers.[19] Aucune déclaration de reconnaissance n'est requise tant pour la Cour européenne que pour la Cour de justice de l'union européenne (Cour de justice). La souveraineté des États européens ne constitue pas à cet égard un obstacle pour l'accès de la Cour européenne.

Au regard de tous ces éléments, il s'avère que l'usage du principe de souveraineté de l'État au vu de restreindre l'accès de la Cour ne trouve

16 Voir à ce titre le résumé de l'affaire sur le site web de la CIJ: https://www.icj-cij.org/fr/affaire/103/resumes (consulté le 8 novembre 2018). Cette affaire s'étend sur 3 arrêts de la CIJ. Pour commencer l'arrêt sur les exceptions préliminaires (arrêt du 24 Mai 2007) sur le fond (30 novembre 2010) et sur l'indemnisation (9 juin 2012).

17 F Lafontaine 'La compétence universelle et l'Afrique: ingérence ou complémentarité?' 45(1) *Études internationales* (2014) 137.

18 Avec le développement des juridictions sous-régionales et régionales, garantir les droits des citoyens n'est plus une chasse gardée des États, prérogative de leur souveraineté. La justice internationale fait partie intégrante du mécanisme de protection des droits humains amorcée par les victimes au regard de l'accessibilité de ces instances. La souveraineté des États, concernant la justice internationale à cette échelle, se fond dans 'le moule d'intégration' requis la réglementation de leur espace commun.

19 Suivant les dispositions de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes à ladite convention.

pas écho ni dans la doctrine ni dans la pratique. Par ailleurs, la dissonance de l'article 34(6) du statut de la Cour est très évocatrice. La justice internationale en Afrique, comme partout ailleurs vient en complément de celle nationale. La justice internationale en Afrique a fleuri bien avant la Cour. En effet, les affaires entourant la création des juridictions internationales sur le continent portent essentiellement sur la gravité des crimes commis, et bien souvent, avec la participation de structures étatiques.[20] La restriction statutaire de l'accès à la Cour semble dans ce contexte peu fortuit. Au vu de ce contexte, les juges de la Cour ont développé une jurisprudence favorable à une plus grande ouverture de la juridiction africaine.

3 LA STABILITÉ DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EN FAVEUR D'UNE LARGE OUVERTURE

Selon le juge Keba M'Baye, principal rédacteur de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, l'idée d'une Cour africaine en charge de protéger les droits de l'homme était présente dès 1981:

> Au moment de la conférence de Banjul, au moment où la charte a été élaborée, l'idée de Cour des droits de l'Homme fut reprise par quelques rares délégations; toutefois il s'agissait surtout pour l'institution judiciaire à créer de ne pas connaître uniquement toutes violations dont les États partis se seraient rendus coupables, mais surtout de juger les crimes contre l'Humanité et d'assurer la protection des droits de l'Homme. La façon étrange de formuler la compétence de cette cour et les explications fournies à l'époque par son auteur principal (la Guinée) montraient que ce qui était visé, c'était avant tout l'apartheid. La proposition fut longuement discutée et finalement rejetée'.[21]

L'option d'une commission africaine fut retenue au détriment d'une cour au sortir des débats. Malgré le bilan correct de la commission, l'absence d'une instance africaine dotée de la compétence contentieuse n'a pas été sans conséquence, surtout au regard des violations des droits humains sur le continent. La Cour a donc été créée dans l'optique de combler une carence. La restriction statutaire de l'accès à la Cour du fait de la souveraineté des États est d'autant plus paradoxale car, les États africains eux-mêmes sont à l'origine de l'initiative. Face à cela et à leur mission, la position des juges de la Cour est sans équivoque sur la question. L'ensemble des décisions forme une jurisprudence qui constante en faveur d'une plus large ouverture. Les différents aspects de cette stabilité peuvent être regroupés en deux points: Les interprétations jurisprudentielles de la Cour relatives à la déclaration de reconnaissance (3.1) et l'examen in concreto des conditions de recevabilité des requêtes (3.2).

20 Des tribunaux spéciaux ont été créés par des résolutions des nations unies afin de juger certains responsables des conflits en Sierra Léone (TSSL en 2002) et pendant le génocide Rwandais (TPIR en 1994).

21 K M'Baye in F Ouguergouz (préface) *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: une approche entre tradition et modernité* (2015) 3.

3.1 Les interprétations jurisprudentielles de la Cour relatives à la déclaration de reconnaissance: une convergence entre le droit et la justice

A la lecture de ses décisions de la Cour, l'absence de déclaration n'empêche pas le traitement judiciaire des requêtes (3.1.1). Cette position des juges de la Cour matérialise la volonté de lever le verrou posé sur la souveraineté des États. Il est évident que la mise en œuvre de la justice internationale oblige la Cour à 's'ingérer' dans les affaires internes d'un État. Cependant en amont, les dispositions de la charte africaine sont censées être introduites dans les législations nationales. Cela étant, la logique qui conditionne l'accès à la Cour à la déclaration de reconnaissance n'est pas très élaborée. Par ailleurs, la Cour n'a pas hésité à renvoyer devant la Commission africaine certaines requêtes entachées d'absence de déclaration de reconnaissance des États mis en cause (3.1.2). Outre la dimension pédagogique, la Cour interprète ses dispositions statutaires et règlementaires de manière *lato sensu* afin d'éviter une léthargie. Face aux obstacles que pose la souveraineté des États, en l'occurrence l'exigence de déclaration, la juridiction africaine trouve des solutions qui promeuvent le respect des droits humains au-delà du simple respect des textes.

3.1.1 Le choix du traitement judiciaire des requêtes « irrecevables » en l'absence de déclaration de reconnaissance

Selon l'article 34(6) du Protocole portant création de la Cour: « l'État doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5(3) intéressant un État partie qui n'a pas fait une telle déclaration ». En pratique, les décisions soulignant l'incompétence de la Cour sont nombreuses. Une décision ou un arrêt rendu par la Cour induit de facto la réception d'une requête au préalable. En l'espèce, la force de l'argumentaire développée par la Cour réside en l'interprétation de « la réception des requêtes ».

Pour la Cour, la réception des requêtes telle qu'évoquée à l'article 34(6): « (…) ne doit pas être entendue au sens littéral renvoyant au concept de recevabilité ».[22] Tout d'abord, l'article 34 traite principalement de la ratification du protocole.[23] Par conséquent, il s'agit de la volonté de l'État d'être lié à la Cour par la déclaration en plus de la ratification. Techniquement, l'article 34(6) fait référence à la compétence de la Cour et non pas de la recevabilité des requêtes en elle-même. Les États, en toute souveraineté, se soumettent à la Cour. Cette soumission, matérialisée en l'espèce par la déclaration de reconnaissance, fonde la compétence de juridiction africaine et non la

22 *Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal* (n 1) para 39.

23 L'article 34 du statut de la Cour est explicite de par son intitulé: la ratification du Protocole.

recevabilité des requêtes. En effet, dans toutes les affaires relatives à l'absence de déclaration, la Cour finit par conclure qu'elle est incompétente.[24] C'est de cette incompétence que naît l'irrecevabilité. A titre d'illustration, dans l'affaire *Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal*, la Cour souligne « qu'ayant conclu à son incompétence, il n'y a pas lieu d'examiner la recevabilité de la requête ».[25] Autrement dit, du fait de jurisprudence, la compétence de la Cour tient la recevabilité des requêtes en l'état. Ensuite, la question de la réception des requêtes ne peut être entendue stricto sensu car la Cour a l'obligation de procéder à un examen préliminaire de sa compétence et des conditions de recevabilité.[26] Cet examen suppose nécessairement une réception des requêtes et en cas d'exceptions préliminaires, l'arrêt doit être motivé.[27] Pour terminer, au terme de l'article 40 du règlement intérieur de la Cour, la compétence ne conditionne pas l'examen des requêtes.[28] A cet effet, la Cour peut examiner en la forme les requêtes dépourvues de déclaration de reconnaissance.

Face à la logique de la Cour, à savoir réceptionner et examiner les requêtes pour en tirer son incompétence, la problématique s'articule autour de la forme, selon le juge Fatsah Ouguergouz. La judiciarisation de la réponse apportée aux requêtes n'est pas appropriée en l'espèce. En effet, auteur de plusieurs opinions individuelles ou dissidentes sur le procédé,[29] le juge Fatsah Ouguergouz soutient que « la question de la compétence ne devrait se voir consacrer à elle seule une décision formelle que lorsqu'elle a été l'objet d'une contestation ».[30] Cette méthode aurait pour avantage l'économie de moyens et de temps[31] et bien d'autres bénéfices. La position du juge n'est pas infondée mais elle ne rentre pas forcément dans la politique de la Cour. Cette politique offre un impact aux requêtes en dépit de l'absence de déclaration. En effet, la Cour, en choisissant de traiter judiciairement les requêtes, elle permet aux États en cause de faire ladite déclaration au moment de la

24 Dans toutes les requêtes marquées par l'absence de déclaration des États desdits requérants, la Cour conclut à son incompétence de prime abord et non à l'irrecevabilité des requêtes.

25 *Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal* (n 1) para 40.

26 Art 39(1) du règlement intérieur.

27 Art 52(7) du règlement intérieur.

28 Au terme de cet article, la Cour examine uniquement les requêtes suivantes: les requêtes avec des auteurs identifiés et compatible avec l'acte constitutif de l'Union africaine et sa Charte; des requêtes ne contenant pas de termes outrageants ou insultants et ne se limitant pas exclusivement des nouvelles diffusées par les moyens de communication de masse; des requêtes postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent et introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des recours internes; des requêtes ne concernant pas des cas qui ont été réglés conformément aux instruments juridique de l'Union africaine.

29 A chaque fois que la Cour a émis un arrêt ou une décision 'd'incompétence', le juge Ouguergouz a souligné sa position dans des opinions individuelles ou dissidentes. Il en ressort plus d'une dizaine d'opinions individuelles sur la question avec un argumentaire principal: Dans tous les cas où il découle l'incompétence ratione personae de la Cour, la requête ne doit pas être traitée judiciairement. Elle doit faire l'objet d'un traitement administratif et être rejetée *de plano* par simple lettre du greffier.

30 Opinion dissidente du Juge F Ouguergouz (requête N° 008/2011) para 7.

31 Opinion individuelle du Juge F Ouguergouz (requête N°001/2008) para 10.

procédure[32] d'une part. D'autre part, elle caractérise son ouverture concernant les violations des droits de l'homme, car aucune disposition ne l'oblige à traiter judiciairement lesdites requêtes. Toujours dans la même démarche, elle n'hésite pas à connaître les affaires au fond lors d'exceptions préliminaires.[33] Cette procédure débouchant sur une décision « formelle » met en lumière une déclaration de reconnaissance comme un obstacle à la justice tout en « attirant l'attention sur les violations alléguées ».[34]

Au demeurant, cette méthode est d'autant plus légitime pour la Cour au regard de sa mission, protéger les droits de l'homme. Elle se donne les moyens d'y parvenir à travers une interprétation assez large des textes. La légalité de l'article 34(6) fut âprement débattue dans le cadre de l'accomplissement de cette mission lors de l'affaire *Femi Falana c. Union africaine*. Monsieur Falana, citoyen nigérien, ayant tenté d'amener son État à faire la déclaration de reconnaissance sans succès, a décidé d'introduire une requête auprès de la Cour visant à déclarer l'article 34(6) incompatible avec la charte africaine des droits de l'homme.[35] En vertu de la souveraineté des États, nul ne peut contraindre un État à faire la déclaration de reconnaissance. Cependant, certains juges ont estimé que les questions soulevées par l'article 34(6) étaient légitimes. Dans leurs opinions individuelles et dissidentes, les juges Akuffo, Thompson, Ouguergouz et Ngoepe se sont montrés favorables à un accès direct des citoyens devant la Cour.[36] Comme le démontre l'affaire *Falana*, la Cour ne peut pas déterminer un accès direct des citoyens en l'absence de déclaration. Toutefois, le traitement judiciaire des requêtes permet d'avoir un aperçu du fond. Toutes les requêtes ne sont pas l'objet d'un tel traitement car certaines ne relèvent pas forcément des droits humains. La Cour rejette les requêtes n'entrant pas dans cette dimension.[37]

Face aux requêtes frappées du sceau « d'absence de déclaration de reconnaissance », la lecture des juges de la Cour est loin d'une

32 Opinion individuelle du Juge F Ouguergouz (n 21) para 28. Comme le souligne judicieusement le Juge, la déclaration peut être faite à tout moment conformément à l'article 34(6). Il fait référence à la pratique du 'forum prorogatum' notamment à la Cour internationale de justice. L'État mis en cause peut valablement déclarer reconnaître la compétence de la Cour lors de l'examen préliminaire des requêtes. Cependant, cette éventualité reste moindre dans le cas d'un traitement administratif.

33 Opinion dissidente des Juges Ab Akuffo, E Thompson, M Ngoepe, (requête N° 001/2011) para 6.

34 Opinion individuelle du juge F Ouguergouz (Requête 001/2011) para 40.

35 *Falana c. Union Africaine,* requête 001/2011 (Arrêt du 26 juin 2012) para 3.

36 Opinion dissidente des Juges AB Akuffo, E Thompson, M Ngoepe (n 23) para 37; Opinion individuelle du juge F Ouguergouz (n 24) para 30. L'article 34(6) est en contradiction avec l'esprit et la lettre de la charte qui est de protéger les droits de l'Homme car il empêche les citoyens d'accéder directement à la Cour.

37 Lettre du greffe de la Cour du 16 mars 2016 (requête 021/2015). Résumé de l'affaire: La Cour a rejeté de plano la requête de monsieur Kandem. Au vu du résumé de l'affaire et de la lettre, la requête introduite contre les États membres de la Conférence Interafricaine des Marchés des Assurances (CIMA) est relative à la suspension de Monsieur Kandem de son poste de directeur d'une société d'assurance et à la liquidation judiciaire de celle-ci. La décision de la CIMA est intervenue suite à contrôle prudentiel du Secrétariat Général de la CIMA.

appréciation linéaire. Concernant sa compétence, il est vrai que la Cour passe en la forme, d'un arrêt à une décision.[38] Toutefois, la logique reste identique. Au regard de ce qui précède, la Cour use de différents procédés faisant écho à sa mission de protection des droits de l'homme. Les moyens par lesquels les États expriment leur souveraineté font face à des procédés donnant priorité à la justice internationale relativement à l'accès de la Cour. Le renvoi devant la commission africaine fait partie de ceux-ci.

3.1.2 Le renvoi des requêtes devant la Commission africaine

La pratique du renvoi s'est formée à partir du traitement de l'affaire *Daniel & Mulugeta Amare c. Mozambique*. En vertu du Protocole d'Ouagadougou, « la Cour peut connaître des requêtes ou les renvoyer devant la Commission ».[39] A ce titre, la Cour a renvoyé plusieurs affaires devant la Commission. Comme illustration, l'affaire initiant le renvoi et celle de l'*Association pour la bonne gouvernance c. Côte d'Ivoire* sont les plus démonstratives. En l'espèce, la Cour a constaté que les États en cause, à savoir le Mozambique et la Côte d'Ivoire, n'avaient pas fait la déclaration de reconnaissance de compétence prévue à l'article 34(6) du Protocole.[40] De ce fait, la Cour était incompétente pour connaître de ces affaires. La jurisprudence se développant à partir de ces deux arrêts met en évidence l'intérêt particulier de la pratique du renvoi pour la protection des droits de l'homme. La problématique étant dès lors de savoir si le renvoi devant la Commission d'une affaire pour laquelle la Cour s'estime incompétente est fondé. Force est de constater qu'en la matière, ni le statut de la Cour, ni la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples apporte de réponse claire. L'interprétation que propose la Cour est en faveur de sa compétence discrétionnaire. L'opportunité du renvoi est appréciée « in concreto » par les juges de la Cour qui contournent implicitement la problématique que pose l'article 34(6). L'impact des communications de la Commission africaine tend à contribuer au respect des droits de l'homme suivant sa mission à l'instar des objectifs de la Cour.[41]

Les motivations, sur lesquelles se fondent le renvoi, ne peuvent être véritablement appréciées qu'à la lumière de l'esprit des textes et de la ligne directrice de la Cour. L'absence de précision est la source des polémiques, mais aussi celle de la légitimité de cette pratique. La

38 La pratique de 'l'arrêt' d'incompétence est abandonnée au profit de la 'décision' d'incompétence en date du 16 juin 2011, affaire *Ababou c. République d'Algérie*. Toutefois, l'arrêt comme la décision ont donné lieu à un examen judiciaire.

39 Art 6(3) du statut de la Cour.

40 *D&M Amare c. Mozambique Airlines,* requête n°005/2011 (décision du 26 juin 2011), para 10(1); *Association juriste d'Afrique pour la bonne gouvernance c. République de Côte d'Ivoire*, requête N°006/2011 (Décision du 16 juin 2011) para 11(1).

41 Art 45(2) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Assurer la protection des droits de l'homme fait partie des missions de la commission africaine.

protection des droits humains étant l'objectif ultime de l'institution, l'utilisation de tous les procédés à sa portée ne fait que renforcer sa crédibilité dans l'accomplissement de sa tâche. En outre, la gravité et la typologie des violations alléguées constitue manifestement un des critères du renvoi. Dans l'affaire *Ababou c. Algérie*, « la Cour considère qu'au vu des allégations contenues dans la requête, il serait approprié de renvoyer l'affaire à la commission africaine des droits de l'homme ».[42] En l'espèce, monsieur Ababou avait saisi la Cour au regard d'une incorporation forcée au sein de l'armée algérienne. L'État cité n'ayant fait pas la déclaration de reconnaissance, la Cour s'est dite incompétente. Dans la décision *Association des juristes d'Afrique pour la bonne gouvernance,* la partie requérante a introduit une requête contre l'État de Côte d'Ivoire en violation des articles 1, 2 et 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.[43] La Cour s'est dite incompétente car l'État de Côte d'Ivoire n'avait pas fait la déclaration de reconnaissance conformément à l'article 34(6) du protocole d'Ouagadougou. La formule du renvoi devant la commission est la même: « la Cour note qu'au vue des allégations contenues dans la requête, il serait approprié de renvoyer l'affaire à la commission africaine des droits de l'homme ».[44] Dans tous les cas, il est clair que la nécessité du renvoi est appréciée par les juges car toutes les requêtes similaires ne sont pas renvoyées devant la commission.

Par ailleurs, les interrogations autour de ce renvoi ne sont pas absentes au sein de la Cour. Selon le juge Fatsah Ouguergouz, ce renvoi devant la Commission n'est pas fondé. Il développe son argumentaire comme suit:

> Ce renvoi me paraît incompatible avec l'article 6 du protocole interprété selon la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. L'intitulé de l'article 6 (la recevabilité des requêtes) suggère que l'option offerte à la Cour concerne l'examen de la recevabilité d'une requête à l'égard de laquelle la compétence de la Cour est établie.[45]

En effet, renchérit le juge, 'avant de statuer sur la recevabilité d'une requête introduite en application de l'article 5(3) du présent Protocole, la Cour peut solliciter l'avis de la Commission qui doit le donner dans les meilleurs délais ». En l'occurrence, l'article 5(3) du statut de la Cour permet aux personnes et ONG dotées du statut d'observateur auprès de la Commission africaine d'accéder à la Cour. L'avis que requiert la Cour serait donc principalement sur la qualité des personnes voulant accéder à la Cour. L'argumentaire du juge Ouguergouz part donc du principe que l'incompétence de la Cour met fin à toute possibilité de suite à la requête. Concluant à son incompétence, il parait invraisemblable que la Cour requiert l'avis de la commission concernant la recevabilité d'une

42 *S Ababou c. République algérienne démocratique et populaire*, requête N°002/2011 (Décision 16 juin 2011) para 12.

43 *Association juriste d'Afrique pour la bonne gouvernance c. République de Côte d'Ivoire*, requête N°006/2011, (Décision du 16 juin 2011) para 1. La Cour ne reprend pas les faits, 'les allégations' contenues dans la requête. Elle fait cas juste de la conséquence de ces allégations qui est la violation des articles 1, 2 et 3 de la charte africaine.

44 n 43, para 10.

45 Opinion individuelle du Juge F Ouguergouz (n 31) para 12.

requête. Cette motivation conforterait sa jurisprudence toutes les fois quand elle s'abstiendra de se prononcer sur la recevabilité de la requête raison due à son incompétence.[46] Écartant l'éventualité d'un examen de recevabilité, la Cour peut-elle saisir la Commission sur le fondement d'une compétence qu'elle n'a pas?

Malgré la pertinence de cette analyse, force est de constater que le renvoi offre une autre issue que la décision d'incompétence lorsque l'État mis en cause n'a pas fait la déclaration de reconnaissance de compétence. D'abord, au-delà de la simple publicité pouvant constituer une sorte de justice « par la dénonciation », les requêtes peuvent revenir devant la Cour si elles changent d'auteur. En effet, la Commission africaine n'est pas assujettie à la déclaration de reconnaissance de compétence, étant une organisation intergouvernementale. Elle peut donc porter les requêtes marquées par l'absence de déclaration.[47] La Cour a bien compris le potentiel de ce procédé, car sans piétiner la souveraineté des États, la justice internationale peut être actionnée. Au demeurant, cette technique a une portée pédagogique. Bien que n'étant pas dans les attributions de la Cour, le renvoi est un moyen d'indiquer aux futurs requérants l'institution adéquate dans le cadre de la justice internationale. En effet, aucune déclaration de reconnaissance n'est requise concernant l'accès à la Commission. Ainsi, la Cour offre une alternative viable pour les prochaines requêtes consolidant sa position face aux violations des droits de l'homme. Ensuite, les requêtes portées par la Commission limitent en la forme les interprétations pouvant restreindre l'accès à la Cour, et efface a priori tout risque d'incompétence. Les juges examinent au cas par cas les conditions de recevabilité dans le même but.

3.2 L'examen in concreto des conditions de recevabilité

La confrontation entre la souveraineté étatique et la justice internationale n'est pas une spécificité africaine. Le professeur Kolb fait un constat plus ou moins similaire concernant la CIJ en 2017, tout en soulignant le volume des affaires portant la compétence et la recevabilité des requêtes:

> Une fois de plus, mais un niveau numériquement bien plus bas qu'en l'année 2016, la Cour n'aura donc rendu que des prononcés sur la compétence et la recevabilité. Il faut désormais remonter l'année 2015 pour trouver un arrêt sur le fond. Les temps sont ainsi paradoxaux: d'un côté la justice internationale n'a jamais tranché autant d'affaires que dans les années immédiatement écoulées; de l'autre côté, la résistance contre l'international, contre les abandons de « souveraineté » et contre

46 Opinion individuelle du juge F Ouguergouz (n 34) para 74. Il s'agit de l'incompétence déduite de l'absence de déclaration de reconnaissance.

47 Dans ces affaires, il s'agit principalement de plaintes que la commission a reçues. La commission a par la suite décidé d'introduire des requêtes devant la Cour au regard des violations alléguées. Voir dans ce sens les affaires suivantes: *Commission africaine des droits de l'homme c. République du Kenya* (requête, N°006/2012); *Commission africaine des droits de l'homme c. Libye* (requête n°002/2013); *Commission africaine des droits de l'homme c. Grande Jamahiriya Arabe Libyenne et socialiste* (requête N°004/2011).

> la tutelle par les instances « étrangères » n'a jamais été plus forte que dans ces mêmes années'.[48]

La justice internationale est avant tout complémentaire de celle nationale. Afin d'en évaluer la nécessité, plusieurs critères nommés « conditions de recevabilité' sont exigés ». Rappelons que la jurisprudence de la Cour a dégagé que l'article 34(6) du protocole de Ouagadougou renvoyait à sa compétence et non à la recevabilité des requêtes.[49] Les conditions de recevabilité sont enfermées à l'article 56 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples.[50] Certaines dispositions du Protocole d'Ouagadougou relatives aux conditions de recevabilité passent obligatoirement par l'interprétation de la Cour dans leur exécution, contrairement à d'autres dispositions. En effet, il revient à la Cour de déterminer le délai raisonnable courant depuis l'épuisement des recours internes pour la saisine de la Cour, ou encore, d'apprécier si « la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale ».[51] Principalement, l'épuisement des voies de recours internes est au cœur du sujet. Ces interprétations portent directement sur une des manifestations les plus démonstratives de la souveraineté des États: l'appareil judiciaire national. Identifier le baromètre (3.1) utilisé par la Cour dans le cadre de l'appréciation des voies de recours permet de mesurer la complexité de sa relation avec la souveraineté des États. Force est de constater que dans cet exercice, l'instance refuse de se constituer en Cour d'appel,[52] marquant ainsi la nécessité d'épuiser les voies de recours internes, et plus largement, elle souline son respect pour souveraineté des États. Mais pour autant, la juridiction africaine n'hésite pas à établir dans ses décisions une corrélation entre l'opportunité du dépôt de la requête et sa compétence temporelle (3.2). Ses interprétations lui permettent de s'affranchir d'une confrontation brusque avec la souveraineté des États, d'autant plus qu'en vertu de l'article 3 de son statut, sa compétence matérielle est assez large.

3.2.1 Le baromètre de l'appréciation des voies de recours internes

En règle générale, les voies de recours sont « des moyens expressément mis à la disposition des plaideurs pour leur permettre d'obtenir un nouvel examen du procès ou de faire valoir les irrégularités observées dans le déroulement de la procédure'.[53] Le principe de l'épuisement des voies de recours internes est une règle de droit international visant à réguler les requêtes dans la saisine des juridictions internationales afin

48 R Kolb 'Chronique de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice en 2017' (2018) 28 *Revue suisse de droit international et européen* 59.

49 n 22 & 23.

50 Voir en ce sens l'article 6 du Protocole d'Ouagadougou.

51 Art 56(6) de la Charte africaine des droits de l'homme. Dans le même registre, elle peut retenir une date à partir de laquelle court le délai pour sa saisine.

52 *Nguza c. République-unie de Tanzanie*, requête N°006/2015 (arrêt du 23 mars 2018) para 35. La Cour souligne qu'elle n'est pas 'une instance d'appel des juridictions nationale'.

53 Guinchard & Debard (n 2) 2116.

de respecter la souveraineté des États.[54] Cette règle connaît une atténuation lorsque les voies de recours internes connaissent une prolongation anormale, de manière à éviter se muent en une entrave formelle à la mise en œuvre de la justice internationale. L'importance du principe est à juste titre mise en exergue par le juge Fatsah Ouguergouz, car il se répercute sur l'effectivité des autres droits garantis par la Charte africaine. En effet, selon le juge Ouguergouz:

> la règle de l'épuisement des voies de recours internes fait du droit à un procès équitable une sorte de droit charnière ou de droit pivot, un droit qui sert d'une certaine manière d'interface entre les ordres juridiques internes et l'ordre juridique international.[55]

Dès lors, la question est de savoir comment la Cour apprécie les voies de recours internes à la lumière de tous ces facteurs et des enjeux, d'autant plus qu'ils sont bien souvent entremêlés. Il s'agit de décrire l'articulation entre la souveraineté des États laissant la place à la justice internationale. Des prémices de réponses apparaissent avec l'affaire *Peter Joseph Chacha c. Tanzanie* en date du 28 mars 2014. En l'espèce, le sieur Chacha a introduit sept requêtes devant les juridictions tanzaniennes en raison de six chefs d'accusation qui le visaient.[56] La qualification des infractions a changé à maintes reprises et plusieurs requêtes introduites auprès des juridictions nationales ont été rejetées.[57] La Cour a conclu que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées. Le requérant ayant une possibilité de saisir la cour suprême ne l'a pas fait. Cette conclusion intervient après avoir précisé que la majorité des requêtes intentées sont restées pendantes devant la haute cour de justice de Tanzanie de six mois à un an.[58] En clair, les recours internes sont ceux essentiellement d'ordre judiciaire. La même position a été réaffirmée dans l'affaire *Urban Mkandawire c. Malawi*[59] et dans l'affaire Tanganyika Law *Society et the Legal and Human Rights c. Tanzanie*.[60] Pour les juges Ngoepe, Akuffo, Thompson, Kioko et Ouguergouz, l'appréciation ne peut se limiter à la possibilité d'un recours judiciaire. Dans l'affaire *Chacha c. Tanzanie*, en plus du fait que le requérant soit incarcéré tout au long du processus, d'où la violation de la présomption d'innocence, le temps imparti entre l'accusation en 2007 et l'acquittement définitif 2013, constitue un délai

54 La souveraineté des États induit leur monopole, leur primauté sur l'appareil judiciaire de leurs territoires respectifs. De ce fait, l'épuisement des voies de recours internes permet de ne pas contourner sans cause la juridiction des États au profit des juridictions internationales.

55 Opinion dissidente du juge F Ouguergouz (requête N°003/2012) para 13.

56 *Chacha c. République-Unie de Tanzanie* (requête N°003/2012, arrêt du 28 mars 2014) para 147. Il s'agit de requêtes en matière civile et criminelle. Elles ont été introduites entre 2007 et 2011.

57 n 56, para 139.

58 n 56, para 148.

59 *Mkandawire c. Malawi,* requête N°003/2011, (arrêt du 21 juin 2013) para 38(1).

60 *Tanganyika Law Society et the legal and Human Rights & Révérend Mtikila c. République-Unie de Tanzanie*, requêtes N°009/2011 & N°011/2011 (arrêt du 14 juin 2013) para 82(3).

non raisonnable.[61] Au demeurant, la requête du requérant peut être accueillie, car les recours ont été indûment retardés ou prolongés.[62] Autrement dit, les délais impartis pour les jugements doivent être appréciés à l'instar du recours. Une approche complémentaire est envisagée dans l'opinion dissidente des juges Guisse et Niyungeko dans l'affaire *Urban Mkandawire c. Malawi*. En l'espèce, le sieur Mkandawire « saisit à trois reprises la haute cour du Malawi, à trois reprises également la cour suprême et le tribunal du travail »[63] avant de saisir la Cour. Cette dernière conclut que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes, car ayant une autre possibilité de saisir la haute cour de justice. Dès lors, pour les juges dissidents, « la Cour aurait dû examiner les recours dans tous les aspects s'assurant de leur disponibilité et leur efficacité ».[64]

Toutefois, la Cour ne se focalise pas sur la possibilité de recours pour dégager l'épuisement des voies à l'analyse de l'ensemble des décisions et arrêts. En effet, elle fait sienne la jurisprudence internationale en matière d'épuisement des voies de recours internes. A titre d'illustration, dans l'affaire *Tanganyika Law Society et autres c. Tanzanie*. La Cour a estimé que les requérants avaient épuisé les voies de recours internes « car il n'était pas nécessaire de recourir au même processus judiciaire dès lors que le résultat est connu d'avance ».[65] Préalablement dans la même affaire, elle avait souligné que selon la jurisprudence établie, les recours « répondent à un critère de disponibilité, d'efficacité et de satisfaction ».[66] Dans cette dynamique, elle a formulé une règle suivant laquelle les requérants ne sont pas tenus d'épuiser le recours en inconstitutionnalité dans le système judiciaire tanzanien.[67] Techniquement, il existe deux types de recours: le recours ordinaire et le recours extraordinaire.[68] La Cour apprécie l'épuisement au regard du premier type de recours dans le cas Tanzanien. Autre exemple, l'affaire *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso* où la Cour a souligné que « le pourvoi en cassation était une voie de

61 Opinion dissidente des juges Ngoepe, Kioko & Thompson (requête N°003/2012) para 75.

62 n 6, para 77.

63 Opinion dissidente des juges Guisse et Niyengeko, (requête N°003/2011), para 14.

64 n 63, para 16.

65 Voir à cet effet l'affaire *Tanganyika Law Society c. République-Unie de Tanzanie* (n 47) para 82. La Cour développe son argumentaire suivant la jurisprudence africaine et internationale. Cette position se fonde sur des critères dégagées par le droit international afin d'apprécier les recours. Il s'agit de la disponibilité, la satisfaction et l'efficacité. Le dernier critère étant manquant, la Cour a conclu que le recours était inutile.

66 *Tanganyika Law Society c. République-Unie de Tanzanie* (n 47) para 80.

67 *G M Kemboge c. République-Unie de Tanzanie,* requête N°002/2016, (arrêt du 11 Mai 2018) para 33. Les requérants peuvent se passer d'un recours en inconstitutionnalité auprès de la haute cour de justice tanzanienne car il s'agit d'un recours 'extraordinaire'. L'arrêt fait état de cette jurisprudence dégagée à travers trois autres requêtes.

68 Recours ordinaires: l'appel, opposition, contredit (procédure civile); recours extraordinaires: pourvoi en cassation, pourvoi en révision, tiers-opposition.

recours disponible au requérant »[69] malgré la brièveté du délai, en l'occurrence cinq jours francs. Mais en l'espèce, les recours sont inefficaces et insuffisants.[70] Par conséquent, l'efficacité, la disponibilité et la satisfaction sont des notions bien distinctes et cumulatives pour l'appréciation des voies de recours internes. L'appréciation des voies de recours internes se fait donc au cas par cas et elle va au-delà de l'existence du simple recours judiciaire. L'épuisement des voies de recours internes découle de cette appréciation.

La jurisprudence de la Cour n'est pas une ligne droite concernant l'épuisement des voies de recours internes. Evaluer la disponibilité, l'efficacité ou encore la satisfaction d'un recours judiciaire peut être perçu comme une remise en question du système judiciaire d'un État. Cependant, à l'aune de l'examen au cas pas cas, la Cour met en lumière sa minutie dans le traitement des requêtes ayant un double effet positif pour la souveraineté des États. D'abord, la Cour entend renforcer la souveraineté des États en s'identifiant comme un partenaire et non pas comme un adversaire. Dans l'affaire *Kijiji Isiaga c. Tanzanie*, la Cour a rappelé qu'elle « n'a pas une compétence de première instance pour connaître d'une question qui n'a pas été soulevée au niveau national ».[71] Par le principe de l'épuisement des recours, la Cour se veut défenseur de la souveraineté des États, d'autant plus que la charge de la preuve relativement à cette condition de recevabilité incombe aux requérants. Ensuite, l'examen au cas par cas permet à la Cour de promouvoir la souveraineté des États en s'autolimitant. En effet, la Cour évite judicieusement la sphère politique afin de ne pas entrer en confrontation directe avec la souveraineté des États. L'identification des recours judiciaires comme ceux à épuiser[72] prend tout son sens face à la souveraineté et le domaine politique. Cette technique dans l'examen des requêtes permet de découvrir différents systèmes judiciaires. Malgré les spécificités de chaque système, l'objectif est commun: dire le droit afin de rendre justice.

Dans cette perspective, le principe de l'épuisement des voies de recours internes se veut une garantie tant pour la justice internationale que pour la souveraineté des États. Le baromètre de l'appréciation de la Cour est à la mesure des violations, de la jurisprudence et de l'engagement des États à se conformer au droit international. Par ailleurs, l'examen de la compétence ratione temporis facilite la critique de cet engagement.

69 *Konaté c. Burkina Faso,* requête N°004/2013 (arrêt du 5 décembre 2014) para 107.

70 n 69, paras 111-113.

71 *K Isiaga c. République-Unie de Tanzanie,* requête N°032/2015, (arrêt du 21 mars 2018), para 44.

72 La Cour a adopté cette position dans la majorité des cas où elle a été confrontée à cette question.

3.2.2 La corrélation entre l'opportunité du dépôt de la requête et la compétence temporelle

Statuant sur les affaires jointes *Révérend Christopher Mtikila & Tanganyika Law Society c. Tanzanie*, la Cour a répondu à la question de savoir comment apprécier le délai raisonnable après l'épuisement des voies de recours internes. Elle est arrivée à la conclusion que « pour chaque affaire la Cour statuera en fonction des faits et des circonstances ».[73] Cette jurisprudence est omnipotente dans les arrêts relatifs à l'affaire *Ayant droits de Feu Norbert Zongo*. Dans cette optique, la Cour considère que « l'appréciation du caractère normal ou anormal de la durée de la procédure relative aux recours internes doit être en effet effectuée au cas par cas, en fonction des circonstances propres à chaque affaire ».[74] Certes, l'intérêt est formé autour de l'accès à la Cour, car l'opportunité des dépôts des requêtes en est fortement dépendante. Toutefois, l'enjeu se trouve ailleurs: l'impact de cette jurisprudence sur la compétence temporelle.

Techniquement, la compétence temporelle en matière contentieuse désigne la période pendant laquelle une juridiction peut connaître une affaire. Elle débute généralement avec la reconnaissance de la compétence contentieuse de l'instance. La Cour a initié une jurisprudence relative à sa compétence temporelle dans l'affaire *Ayants droit de Norbert Zongo et autres c. République du Burkina Faso*. Avant de souligner le fait que la durée des recours s'est prolongée de manière anormale, en l'occurrence pendant huit années,[75] la Cour distingue les infractions dites « continues » de celles « instantanées ».[76] Les infractions continues sont celles initiant des violations qui se prolongent dans le temps. Les requêtes portant sur ce type de violations sont du ressort de la Cour. La juridiction motive cette position par la présence des effets des infractions continues lors de sa saisine contrairement à l'infraction instantanée qui s'épuise dès la violation des droits.

Comme souligné précédemment, l'accès à la Cour relève fortement des États et les conditions d'accès déterminent l'opportunité du dépôt des requêtes. Toutefois, la Cour a des outils pour briser cette chaîne. La prédisposition de la juridiction à analyser les requêtes au cas par cas pour en déduire « la prolongation anormale des recours » et « le délai raisonnable courant l'épuisement des recours » offre une suite à la procédure indépendamment du bon vouloir des États. L'appréciation de ces durées[77] facilite la mise en œuvre la compétence temporelle. D'une part, la Cour a la possibilité de fixer elle-même la date « faisant

73 *Tanganyika Law Society c. République-Unie de Tanzanie* (n 60) para 157.

74 *Ayants droit de Feus N Zongo et autres c. Burkina Faso* (arrêt au fond du 28/03/2014) para 92.

75 n 7, para 106

76 *Ayants droit de Feus N Zongo et autres c. Burkina Faso* (arrêt sur les exceptions préliminaires 29 juin 2013) para 63.

77 Les durées sont celles du délai raisonnable et du prolongement anormal recours internes.

commencer à courir le délai de sa propre saisine ».[78] L'appréciation de l'épuisement des voies de recours peut s'avérer délicate et plusieurs facteurs inhérents à la situation ou au parcours des requérants influencent les décisions de la Cour concernant le délai.[79] D'autre part, la distinction entre l'infraction continue et celle instantanée permet à la juridiction de recevoir les requêtes des années après. En somme, les interprétations de la Cour permettent d'avoir une corrélation entre le dépôt des requêtes relatives aux violations antérieures à la création de la juridiction et sa compétence temporelle. Aussi, toujours dans la même dynamique, le retrait de la déclaration de reconnaissance d'un État ne peut pas freiner l'examen d'une requête. L'exemple le plus évocateur est l'affaire *Ingabire Victoire Umuhoza c. Tanzanie*. La Cour a développé un argumentaire sur les questions de validité, des conditions et effets juridiques des retraits de déclaration de reconnaissance.[80] Sur le dernier point, elle a conclu que « retirer n'a aucun effet juridique sur les affaires pendantes devant la Cour ».[81] La Cour a réitéré sa position dans l'affaire *Kayumba Nyamwasa et autres c. République du Rwanda*. En l'espèce la Cour a estimé que « le retrait par le Rwanda de sa déclaration n'a pas pour effet de suspendre les procédures dans les affaires pendantes devant la Cour ».[82] Au regard de la corrélation entre le dépôt des requêtes et la compétence temporelle, la date d'entrée en vigueur des statuts de la Cour[83] à l'instar de la souveraineté des États[84] ne sont pas des obstacles insurmontables pour la protection des droits humains si les infractions se poursuivent.

Toutefois, la Cour est très prudente avec cette corrélation afin de rester sur sa ligne directrice. Dans l'affaire *Ayants droits de Norbert Zongo et autres c. République du Burkina Faso*, en distinguant les infractions continues de celles instantanées, la Cour respecte le

78 Art 40(6) du règlement intérieur de la Cour.

79 *Ayants droit de Feus N Zongo et autres c. Burkina Faso* (n 76) paras 117-120; La Cour a déterminé comme date à laquelle cours sa saisine le 20 juin 2008 malgré que la date du recours non exercé soit le 21 Août 2006. Elle s'est basée sur le moment quant elle est devenue réellement opérationnelle. La Cour s'appuie sur le fait que le requérant soit incarcéré pour déterminer si la requête a été introduite dans un délai raisonnable. Voir sur ce point l'affaire *A Thomas c. République-Unie de Tanzanie*, requête 5/2013, (arrêt du 20 novembre 2015) paras 73-74.; la Cour considère que le délai est raisonnable car les requérants sont 'profanes en matière de droit, indigents et incarcérés sans conseils ni assistance'. Voir à cet effet *G M Kemboge c. République-Unie de Tanzanie* (n 67) paras 61-62.

80 *Umuhoza c. Rwanda,* requête N°003/2014 (Arrêt sur les effets du retrait de la déclaration du 3 juin 2016) paras 67-69.

81 n 80, para 68.

82 *Nyamwasa et autres c. République du Rwanda,* requête N°016/201, (Ordonnance du 03 juin 2016) para 9.

83 *Ayants droit de Feus N Zongo et autres c. Burkina Faso* (n 63) paras 74-76. L'assassinat de monsieur Norbert Zongo et de ses compagnons est antérieur avant l'entrée en vigueur du protocole de Ouagadougou, le 25 janvier 2004. La Cour a constaté que le comportement de l'État défendeur, en l'occurrence son inaction et sa lenteur dans la recherche des coupables, a débuté avant l'entrée en vigueur du protocole. Toutefois, cette attitude a persisté après cette date. La compétence ratione temporis de la Cour est fondée au regard cette continuité.

84 Elle se manifeste à travers déclaration de reconnaissance, l'épuisement des voies de recours internes notamment.

principe de non-rétroactivité des lois et réaffirme d'une certaine manière la souveraineté des États quant aux décisions judiciaires internes.[85] En effet, elle a estimé ne pas être compétente pour examiner la violation du droit à la vie[86] relativement à l'assassinat du journaliste Norbert Zongo et ses compagnons le 13 décembre 1998. Suivant le raisonnement de la Cour, il s'agit d'une infraction instantanée et donc « achevée » à la date du dépôt de la requête malgré l'existence de la déclaration de reconnaissance de l'État Burkinabé.[87] En clair, la Cour détermine les limites du droit international face à la souveraineté des États. L'infraction instantanée dans le cas burkinabé a été examinée par l'État mis en cause et la Cour n'entend pas revenir sur cet examen. En soulignant la souveraineté des États sur ces infractions, la Cour démontre que les États, à l'instar de l'instance africaine, contribuent à leur niveau à la protection des droits de l'homme.

Les motivations des décisions de la Cour sont assez explicites. Le respect des dispositions statutaires et règlementaires de l'instance africaine ne fait l'ombre d'aucun doute. Toutefois, s'il est vrai qu'aucune transgression des règles de droit n'est à noter, il reste que, assurer la protection des droits de l'homme tout en ne piétinant pas la souveraineté des États n'est pas une opération sans risque. L'analyse des décisions de la Cour révèle une attention particulière des juges face à la souveraineté des États sans que ceux-ci n'omettent de dire le droit. Les interprétations jurisprudentielles comme l'examen au cas par cas ont pour objectif de concilier souveraineté des États et justice internationale. Seulement, l'application des décisions de la cour met en exergue un autre point d'accroche entre les deux notions.

4 LES MESURES DE CONTRAINTES DE LA COUR: UNE ŒUVRE INACHEVÉE

Le principe de souveraineté en Afrique a une saveur singulière. Il s'est conjugué avec les proclamations d'indépendance acquises de hautes luttes. Les violations des droits de l'homme, les nombreuses restrictions en majorité injustifiées que subissaient les populations de la part du côlon[88] ont semé les prémices des réflexions critiques sur

85 Le principe de non rétroactivité des lois découle de la distinction infraction instantanée/continue dans la mesure où les infractions instantanées s'épuisent dans le passé. La Cour par sa position conforte le principe de non rétroactivité de la loi en excluant de sa compétence ratione temporis tous les infractions antérieures à la ratification du Protocole d'Ouagadougou. Les requêtes traitées en interne relatives à ces violations ne peuvent faire l'objet d'un contentieux devant la Cour.

86 *Ayants droit de Feus N Zongo et autres* c. *Burkina Faso* (n 76) para 69.

87 *Ayants droit de Feus N Zongo et autres c. Burkina Faso* (n 76) para 68. La Cour précise malgré que la déclaration de reconnaissance du Burkina Faso ait été déposée avant bien avant l'assassinat, le 28 juillet 1998, elle ne pouvait pas produire d'effets juridiques car le protocole n'était pas encore entré en vigueur.

88 L'indigénat, le traitement issu de la législation spéciale applicable aux indigènes dans certaines colonies est un ensemble de dispositions niant les droits de l'homme (répressions des déplacements sans papier; des réunions non autorisés; de refus de corvée et autres).

l'universalité des droits de l'homme déjà cette époque. En effet, comme le souligne Alioune Badara la proposition de Léopold Sédar Senghor d'appliquer la Charte européenne de sauvegarde des droits de l'homme, établie en 1950 aux colonies ne fut pas approuvée.[89] La souveraineté étatique qu'a apportée l'indépendance dans ce contexte fut salvateur. Aujourd'hui, les acteurs cités ont changé de rôle mais la polémique reste identique. L'ancien colon, très attaché aux valeurs des droits humains, est soupçonné d'instrumentaliser la justice internationale à d'autres fins.[90] Les États africains, auteurs de violations, opposent la souveraineté étatique qui fait front contre la justice internationale. S'il est vrai que la Cour a le mérite d'être africaine, il reste que le principe de souveraineté est très enraciné chez les États africains. Toutes formes ou soupçons de dominations éveillent des résistances. Or, la justice Internationale a pour vocation de s'opposer ou s'interposer, interdire et ordonner.

La Cour ne peut pas contraindre les États hors de son champ de compétence. Une fois, la compétence de la cour acceptée, la justice internationale se doit d'être appliquée. Les décisions de la Cour sont exécutoires et sont revêtue de l'autorité de la chose jugée. Selon l'article 30 du statut de la Cour les États, « s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où ils sont en cause et à en assurer l'exécution dans le délai fixé par la cour ». Bien évidemment, sans mécanisme de contrainte efficace le risque d'inexécution des arrêts, décisions et ordonnances, est très élevé. La Cour et la Cour européenne et ont prévu de confier la surveillance de l'exécution des mesures décidées au conseil et comité des ministres de leur instance régionale respective.[91] Toutefois, le modèle africain articulé dans le statut de la Cour et son règlement intérieur[92] ne donne pas véritablement d'éléments pouvant servir à contraindre les États contrairement au modèle européen. En effet, le comité européen est très actif sur la question et a adopté 17 règles relatives à sa mission de contrôle d'exécution des arrêts.[93] Sa mission de contrôle s'exerce à travers les résolutions intérimaires principalement.

89 A Fall 'La charte africaine des droits de l'homme et des peuples: entre universalisme et régionalisme' (2009) 129 *Revue pouvoir* 79.

90 C'est notamment le cas avec l'avènement de la cour pénale internationale. Plusieurs voix se sont élevées pour critiquer l'orientation très africaine des poursuites judiciaires.

91 Il s'agit du conseil des ministres de l'union africaine, du comité des ministres du conseil de l'europe Voir en ce sens l'art 29(2) du Protocole de la Cour; l'art 46(1) de la Convention européenne des droits de l'homme; l'art 68(1) de la Convention américaine des droits de l'homme.

92 Voir en ce sens l'art 51(4) du règlement intérieur de la Cour. A l'occasion de la soumission du rapport annuel de la Cour à la conférence des chefs d'États, la Cour a la possibilité de faire des 'recommandations appropriées' à l'État réfractaire et saisir à ce titre la conférence des chefs d'États.

93 Voir en ce sens les règles du comité des ministres européen pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables, disponible sur le site web du conseil européen: https://rm.coe.int/16806eebef (consulté le 9 novembre 2018).

Initiée avec l'affaire *Ben Yaacoub c. Belgique*,[94] les résolutions intérimaires constituent une des armes phares du comité des ministres européen. Elles font référence à des constats publics de non exécution ou encore l'exigence de rapports écrits des mesures adoptées comme exemple même si leurs formes sont variées.[95] A côté des résolutions intérimaires figure les recommandations du comité aux États européens à se conformer aux arrêts de la Cour européenne (CEDH) et la menace d'exclusion. La dernière citée a été utilisée juste une fois.[96] Désigné un organe de contrôle des arrêts met en exergue la volonté de la Cour de pouvoir contraindre les États « souverains » au respect de la justice internationale. Néanmoins, les dispositions statutaires doivent être accompagnées de mesures concrètes pouvant abriter un véritable mécanisme. L'affaire *Commission africaine des droits de l'homme c. Libye* illustre parfaitement cette nécessité. En l'espèce, les limites du mécanisme actuel sont palpables. La Cour a saisit la conférence, et le conseil exécutif a formulé des recommandations sans avoir l'effet escompté.[97] Dans l'éventualité d'une procédure de contrôle régulée au sortir de chaque arrêt, la Cour n'interviendra plus en réponse d'inexécution mais en prévention. Cette perspective a pour bénéfice de renforcer la justice internationale tout en favorisant un processus inclusif pour les États. Comme le souligne judicieusement Elisabeth Lambert Abdelgawad « l'obligation d'exécuter les arrêts découle de l'engagement de la responsabilité de l'État, lequel a manqué à son obligation primaire de garantir les droits ».[98] La souveraineté de l'État est liée à son engagement envers la communauté internationale. Ainsi donc, avoir un véritable mécanisme de contrôle s'avère être indispensable pour la justice internationale, spécifiquement en Afrique.

94 Cour européenne, *Ben Yaacoub c. Belgique,* 9976/82 (27 novembre 1987), Série A 127-A; résolution intérimaire DH (88) 13 du 29 septembre 1988 et résolution finale DH (92) 58 du 10 novembre 1992. En l'espèce, le litige s'articule autour l'exercice de la justice. Monsieur Yaacoub d'un ressortissant belge d'origine tunisienne a été maintenu en détention préventive et renvoyé en jugement par un magistrat qui a aussi présidé le tribunal correctionnel siégeant sur la même affaire.

95 EL Abdelgawad *L'exécution des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme* (2008) 40.

96 n 95, 47-49. La menace d'exclusion a été juste utilisée dans l'affaire opposant madame Loizidou à la Turquie devant la Cour européenne.

97 Voir à cet effet l'arrêt de la Cour, *Commission africaine des droits de l'homme c. Lybie* (requête n°002/2013). La Cour a pris une ordonnance portant mesures provisoires le 15 mars 2013 puis une deuxième ordonnance le 10 août 2015, en réponse à l'existence d'une décision justice contraire à la première ordonnance et de ce fait à son inexécution. En l'espèce, il s'agit des contours de la détention de Saif-al Islam Kadhafi en Lybie. Les mesures portaient sur l'abstention de mesures contraires aux droits fondamentaux et lui accorder une assistance judiciaire.

98 n 95, 10.

5 CONCLUSION

La jurisprudence de la Cour est d'une grande richesse malgré sa jeunesse.[99] Ses décisions suivent toujours un fil conducteur: assurer la protection des droits de l'homme. En effet, le protocole d'Ouagadougou n'a fait qu'instituer un mécanisme déjà en vigueur sous d'autres cieux, dont l'idée avait déjà été émise dès la création de la Cour.[100] Face à la portée de la souveraineté des États en droit international, obtenir justice et réparations dans le cadre de violations des droits de l'homme n'est pas si aisé. De plus, le contexte africain est particulier au vu du passif des États du plus vieux continent. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour met en lumière un équilibre des décisions entre la souveraineté des États et le besoin impérieux de rendre justice.

Au plan statutaire, l'idéal serait un amendement de l'article 34(6) du protocole d'Ouagadougou. Toutefois, les requêtes individuelles émanant des ressortissants d'États n'ayant pas effectué la déclaration devront, en attendant, contourner le verrou posé par la souveraineté des États en vue d'accéder à la Cour. De prime abord, deux options s'offrent à ces personnes. Premièrement, saisir directement la Cour, en espérant un renvoi devant la commission suivant la gravité des violations alléguées. L'aboutissement de cette alternative n'est pas garanti mais, eu égard à la jurisprudence de la Cour, elle a le mérite d'avoir fonctionné par le passé. Deuxièmement, les requêtes peuvent être portées par des ONG qui ne sont plus conditionnées par la déclaration de reconnaissance. Il s'agit là d'un moyen assez accessible et pratique qui permet de bien élaborée sa requête[101] d'une part, et d'autre part, il a le bénéfice de réduire significativement le risque d'un rejet de la Cour.

La Cour devra quant à elle relever les défis présents et futurs. D'abord à notre sens, accomplir pleinement ses fonctions malgré la souveraineté des États passe par une argumentation soutenue des « textes pertinents ». Eu égard à l'universalité des droits de l'homme, la jurisprudence de la Cour s'appuie sur plusieurs textes et décisions de justice autres que ceux contenus dans le dispositif africain. Les juges devront s'assurer que cette universalité ne dénature pas les réalités et la culture africaine au risque de se voir opposer de manière frontale la souveraineté étatique. Aussi, cet enjeu est valable pour les textes sous-régionaux africains. La vision de la justice internationale qui s'articule autour de la primauté de l'ordre international sur l'ordre national est étriquée. Une conciliation réussie entre justice internationale et

99 La Cour a présentement finalisé 53 affaires et à plus de 80 affaires pendantes en moins de 10 ans d'activité. Voir le site web de la Cour: http://www.african-court.org/en/index.php/cases#statistical-summary (consulté le 23 octobre 2018).

100 n 21. Plusieurs délégations, avec en tête la Guinée, avaient proposé la création d'une cour africaine à la conférence de Banjul pour assurer la protection des droits de l'homme.

101 Les défenseurs des droits humains au sein desdites ONG maîtrisent parfaitement les procédés de rédactions des mémoires qui seront éventuellement exigés plus tard par la Cour. Aussi, ils peuvent du fait de la pratique aider à dégager la bonne qualification juridique des violations alléguées.

souveraineté étatique conduit à apprécier la Cour d'abord comme régulatrice avant d'être justicière. Cette perspective façonne de manière précise la contrainte exercée sur les États, dans le cadre de l'exécution des réparations et l'application des arrêts de la cour. Les réparations pourraient faire l'objet de consensus arbitré par la Cour. Dans cette éventualité, l'État violateur des droits humains serait initiateur desdites mesures réparatrices, et donc force de proposition quant aux réparations. Ce contexte favoriserait une mise en œuvre rapide des réparations d'une part; d'autre part du fait qu'elles ne soient donc pas imposées, « ordonnées » aux États mais plutôt discutées, la garantie de leur exécution est quasiment assurée. Le modèle d'intégration en Afrique est en cours de construction contrairement à celui européen plus aboutie. Ceci dit, l'application des arrêts ne peut être totalement calquée sur celui de la Cour européenne bénéficiant d'une harmonisation législative presque irréprochable des États européens. Par contre, contrôler l'exécution des arrêts de la Cour pourrait facilement s'adapter au modèle américain. En effet, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour interaméricaine) peut convoquer les États dans le cadre du suivi d'exécution des arrêts ou exiger des rapports aux États assortie des observations présentées sur lesdits rapports par les victimes ou leurs représentants.[102] L'objectif pour la Cour serait d'avoir un suivi réel, effectif et contraignant pour les États indépendamment des violations. En outre, l'application des arrêts de la Cour serait plus aisée avec une insertion directe dans l'arsenal juridique des Etats africains. La Cour est fidèle à sa mission et respecte son statut de juridiction internationale. Il convient de souligner que l'État accepte doublement le cadre de la justice internationale avec la déclaration d'acceptation de compétence et la ratification du protocole dès le départ. Au demeurant, l'opposition imagée entre les États et la Cour se doit d'être relativisée. Cette opposition dénote d'une vision partielle et parcellaire surtout dans le cas africain même si des efforts restent à fournir dans ce sens.

102 Art 69 du règlement intérieur de la Cour interaméricaine des droits de l'homme; la Cour interaméricaine interprète l'exécution d'un arrêt comme une 'obligation procédurale' distincte du respect des textes. Voir à ce titre EL Abdelgawad 'L'exécution des décisions des juridictions internationales des droits de l'homme: vers une harmonisation des systèmes régionaux' (2010) 3 *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 13-14.

La déclaration de l'article 34(6) du Protocole de Ouagadougou dans le système africain des droits de l'homme: entre régressions continentales et progressions régionales

*Carole Valérie Nouazi Kemkeng**

RÉSUMÉ: Bien qu'effective, la protection juridictionnelle régionale des droits de l'homme en Afrique connait un certain nombre de défis. Au rang de ses défis figure le verrou procédural de la déclaration facultative d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Le présente article se propose de faire une analyse de ces déclarations depuis l'entrée en vigueur du Protocole de Ouagadougou jusqu'en fin 2017. Il se dégage de cette réflexion que les choix circonstanciels des États entraînent une mise en œuvre ambivalente des déclarations en ce que la clause de l'article 34(6) institue un système donc la mise en œuvre handicape l'envol de la juridiction africaine, d'une part, et d'autre part, que cette mise en œuvre timorée renforce plutôt les juridictions communautaires qui contribuent à pallier aux insuffisances du mécanisme continental de protection des droits de l'homme.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The declaration under article 34(6) of the Ouagadougou Protocol in the African human rights system: between continental regression and regional progress

ABSTRACT: Although effective, the regional jurisdictional protection of human rights in Africa faces a number of challenges. Among its challenges is the procedural lock of the optional declaration to accept the compulsory jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights. This article analyses these declarations since the entry into force of the Ouagadougou Protocol until the end of 2017. Evidence from this reflection is the fact that the circumstantial choices of states involve an ambivalent implementation of the declaration in article 34(6) establishing a system and thereby making implementation difficult. On the one hand, this results in the avoidance the Court's jurisdiction. On the other hand, the laxity in implementation strengthens the jurisdiction of subregional courts, which contributes to overcoming the shortcomings of the continental mechanism for the protection of human rights.

MOTS CLÉS: Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, déclaration facultative, juridiction obligatoire, *locus standi*, compétence *ratione personae*, option juridictionnelle

* PhD en Droit public (Université de Yaoundé II Soa); Chargé de Recherche au Centre National d'Éducation (CNE), MINRESI-Cameroun; kemcarozi@yahoo.fr

CVN Kemkeng 'La déclaration de l'article 34(6) du Protocole de Ouagadougou dans le système africain des droits de l'homme: entre régressions continentales et progressions régionales'
(2018) 2 *Annuaire africain des droits de l'homme* 179-199
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a8

SOMMAIRE:

1 Introduction 180
2 La regression de la juridiction regionale africaine des droits de l'homme 181
2.1. L'exigence de la déclaration limite l'exercice de la compétence personnelle de la Cour africaine et la protection des droits de l'homme en Afrique 182
2.2. Le retrait de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire comme un facteur de recul 187
3 La progression des juridictions communautaires dans l'acceptation de la justice régionale des droits de l'homme 191
3.1 La consécration des compétences implicites ou explicites en matière des droits de l'homme 192
3.2 La simplification des procédures d'accès à la justice aux requérants non étatiques et le risque de concurrence avec la Cour africaine 195
4 Conclusion 198

1 INTRODUCTION

La juridictionnalisation du droit international constitue le mouvement de plus en plus croissant par lequel l'ordre international est soumis au droit et donc au juge international qui en assure l'interprétation et l'application en vue d'en sanctionner les violations. Ce phénomène de juridictionnalisation s'est enfin concrétisé dans le cadre du système africain de protection des droits de l'homme avec la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Elle est compétente de plein droit pour connaître de toutes communications qu'elles soient étatiques ou non. Les articles 5(3) et 34(6) du Protocole exigent à l'égard des individus et des ONG ayant le statut d'observateur auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, une déclaration supplémentaire dite, déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour par l'État concerné en vue de la saisine directe de la Cour africaine. En vertu de l'article 34(6) du Protocole de Ouagadougou qui dispose qu'

> à tout moment à partir de la ratification du présent Protocole, l'État *doit* faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5(3) du présent Protocole, la Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5(3) intéressant un État partie qui n'a pas fait une telle déclaration.

En fait, les rédacteurs du Protocole s'inspirent de l'article 36(2) du Statut de la Cour international de justice (CIJ) qui oblige les États à reconnaître la compétence obligatoire de la Cour en cas de litige et de celle qui était consacrée dans le système européen avant la réforme.[1] La déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire désigne précisément un « acte discrétionnaire par lequel un État souscrit un engagement de juridiction obligatoire, attribuant unilatéralement

1 Le Protocole 11 à la Convention européenne des droits de l'homme adopté le 11 mai 1994 à Strasbourg et entré en vigueur le 1 novembre 1998 a crée une Cour unique et lui a conféré un caractère pleinement juridictionnel au système de la Convention en lui rendant complètement obligatoire à travers la suppression de la clause facultative de juridiction obligatoire. Voir dans ce sens R Abraham 'La réforme du contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme: le Protocole n°11 à la Convention' (1994) 40 *Annuaire français de droit* international 619; D Bribosia 'Le Protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'homme: une révolution de Palais à Strasbourg?' (1995) 17 *Journal des tribunaux* 54.

compétence à une juridiction pour des catégories de litiges définis à l'avance ».[2]

S'agissant d'un engagement international, même unilatéral, il est soumis au principe général de la « pacta sunt servanda » tel que codifié par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

En l'état actuel du système africain de protection des droits de l'homme, une telle condition *sine qua non*[3] limite l'accès des individus à la Cour africaine. Dans un contexte de renouvellement de l'engagement des États membres de l'Union Africaine à ratifier et à s'approprier les instruments des valeurs partagées, en particulier celles qui portent sur les droits de l'homme et des peuples, il est opportun dans la présente étude, de jeter un regard sur l'évolution de l'acceptation de la compétence personnelle de la Cour par les États. Quel est l'impact du système de la clause facultative sur la juridiction de la Cour d'Arusha et sur les ordres juridiques communautaires? Dans quelle mesure ce système de la clause peut-il être un facteur de dynamisme communautaire dans la protection des droits de l'homme en Afrique? Tout l'intérêt de ce questionnement est de permettre une meilleure compréhension des facteurs qui ont permis une véritable justice internationale et une avancée judiciaire dans certains pays africains et surtout des défis qui empêchent la jouissance effective des droits de l'homme sur le continent. En prenant appui sur les méthodes juridiques, systémiques et sociologiques, il faut relever que la portée réelle du caractère restrictif de l'article 34(6) doit également être appréciée à l'aune des accords d'intégration économique conclus entre États africains.[4] Dès lors, il se dégage de cette appréciation que les choix de quelques États[5] pour l'acceptation de la justice en Afrique sont circonstanciels. Il en ressort que la mise œuvre des déclarations sur le continent africain est ambivalente en ce qu'elle handicape l'envol de la juridiction africaine d'une part et renforce les juridictions communautaires dans la protection des droits de l'homme d'autre part.

2 LA REGRESSION DE LA JURIDICTION REGIONALE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME

La juridictionnalisation des procédures en matière de droits de l'homme s'inscrit dans une perspective de lutte acharnée contre

2 J Salmon (dir) *Dictionnaire de droit international public* (2001) 303.

3 M Mubiala *Le système régional africain de protection des droits de l'homme* (2005) 24.

4 W Hoeffner 'L'accès de l'individu à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2016) 43 *Revista Juridica* 839.

5 Au mois de décembre 2017, seuls 8 États africains ont fait une telle déclaration (Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Ghana, Mali, Malawi, Tanzanie, Rwanda, Bénin) et seulement 30 États africains ont ratifié le Protocole additionnel à la Charte africaine.

l'impunité.[6] La responsabilité étatique devant les organes juridictionnels traduit dans ce sens la conséquence directe de l'internationalisation de la protection des droits de l'homme. Ainsi, la consécration du droit d'accès au juge a pour finalité la mise en jeu de la responsabilité de l'État, en vue d'une meilleure protection des droits des individus au plan régional.[7] Le continent africain *a été et continue d'être le théâtre de nombreuses crises et de conflits malgré des avancées considérables en matière de pro*tection des droits des individus telle que l'institution de la Cour africaine. Bien que très positive sur le plan du progrès dans la protection effective des droits de l'homme en Afrique, on constate que la justice internationale y est encore à ses balbutiements.[8] Contrairement au mécanisme européen, l'action internationale des individus reste subordonnée au consentement préalable des États qui craignent de se voir condamner devant une juridiction internationale. Ce verrou à l'effectivité de l'accès à la Cour par les individus et les ONG impacte négativement sur l'activité judiciaire de la Cour et sur la protection des droits de l'homme sur le continent. *À cet handicap, s'ajoute la pratique de retrait des États africains de ladite clause qui constitue davantage une attitude régressive dès lors qu'elle entamme gravement la lutte contre l'impunité en Afrique.*

2.1. L'exigence de la déclaration limite l'exercice de la compétence personnelle de la Cour africaine et la protection des droits de l'homme en Afrique

Contrairement au mécanisme européen où la clause a été supprimée lors de l'élaboration du Protocole n°11 en 1994 (entrée en vigueur en 1998), l'accès des d'individus et des ONG à la Cour africaine est conditionnée par la déclaration facultative d'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour.[9] En vertu de l'article 34(6) du Protocole de Ouagadougou, la Cour d'Arusha ne peut procéder à l'examen les requêtes individuelles et d'ONG que si la violation alléguée est imputable à une action ou une omission de l'État défendeur qui a reconnu préalablement sa compétence à recevoir ce type de requête. Cette disposition consacre en principe le caractère obligatoire de la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour.

Mais en réalité, il s'agit d'une clause facultative qui ne traduit aucune obligation pour les États. Si non, comment comprendre que sur

6 C V Nouazi Kemkeng *Le recours individuel dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. Étude comparative des systèmes africain, européen et interaméricain* (2016) thèse de doctorat en Droit Public, Université de Yaoundé II-Soa, inédit 9-10.

7 *Idem.*

8 Nouazi Kemkeng (n 6) 128.

9 L B De Chazournes & M M Mbengue 'Article 34 - Ratification' in M Kamto (dir) *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme: commentaire article par article,* (2011) 1519.

55 États membres de l'UA, 30 l'ont ratifié et huit seulement de ces 30 États ont fait la déclaration prévue à l'article 34(6) du Protocole? Au regard des statistiques, les déclarations semblent timides puisqu'elles ne sont pas fréquentes. Il importe de relever que jusqu'en fin 2017, le nombre de requêtes contentieuses reçues par la Cour a été porté à plus de 155 (cent cinquante-cinq), et le nombre de demandes d'avis consultatif à 12 (douze).[10] Elle a rendu près de 62 arrêts, dont 18 sur la base de la clause facultative. Parmi ces 18 affaires, l'on en dénombre 7 (sept) dans lesquelles la Cour n'a pas statué sur le fond.[11] Sur cette base, peut-on réellement parler d'une démocratisation de l'accès à son prétoire comme le souligne Ondo?[12] Il s'agit certes d'une avancée, mais cette position semble très mitigée au regard du nombre de requérants africains qui peuvent traduire leur État devant l'organe judiciaire continental en cas de violation des droits de l'homme. Cette clause peut paraître plutôt discriminatoire et dangereuse au regard du principe de l'égal accès des citoyens à la justice.[13]

La pratique de la Cour est assez importante sur la question.[14] Depuis l'affaire *Michelot Yogogombaye* dans laquelle elle a rendu un arrêt d'incompétence, qui a été critiqué sur le plan procédural par le juge Fatsah Ouguergouz pour qui la Cour devait rejeter *de plano* la requête et non rendre un arrêt,[15] la Cour africaine fait aujourd'hui l'économie de procédure en adoptant une démarche un peu plus

10 Rapport d'activités de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples pour la période allant du 1er janvier au 31 décembre 2016, trentième session ordinaire 22 - 27 janvier 2016, Addis-Abeba (Éthiopie) 6.

11 Sur l'activité judiciaire de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, voir C V Nouazi Kemkeng 'Le bilan décennal de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2015) 38 *Revue semestrielle de droit international de l'Association française pour les Nations Unies – Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille* 169-189; voir aussi G-F Ntwari 'La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à la croisée des chemins – Bilan des cinq premières années d'activités judiciaires (2009-2014)' (2015) 102 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 367, Hoeffner (n 4) 839.

12 T Ondo 'La jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: entre particularisme et universalité' (2017) 1 *Annuaire africain des droits de l'homme* 247.

13 J Kazadi Mpiana 'La saisine du juge africain des droits de l'homme par les individus et les ONG. Regards critiques sur les premiers arrêts et décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2013) 3 *Revue de droit international et de droit comparé* 328.

14 *Michelot Yogogombaye c. Sénégal*, requête 7/2011, *Yousef Ababou c. Royaume du Maroc*, *Daniel Amar & Mulugeta Amare c. Mozambique Airlines & Mozambique, Efoua Mbozo'o Samuel c. Le Parlement Panafricain, Convention Nationale des Syndicats du Secteur de l'Éducation (CONASYSED) c. République du Gabon, Delta International Investments SA, M. AGL de Lang et Mme de Lang c. République d'Afrique du Sud, Emmanuel Joseph Uko c. République d'Afrique du Sud, Timan Amir Adam c. République du Soudan* (décision du 30 mars 2012), *Ekollo Moundi Alexandre c. République du Nigéria et République du Cameroun*, affaire 2/ 2011, *Soufiane Abadou c. République algérienne démocratique et populaire* (décision du 16 juin 2011), Requête 2/2012, affaire *Delta international investments SA, M. AGL De Lange et Mme De Lange c. République Sud-africaine* (décision du 30 mars 2012).

15 Opinion individuelle du Juge F Ouguergouz dans l'affaire *Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal.*

rigoureuse.[16] Dans ces affaire, la Cour se fonde sur les articles 34(6) et 5(3) pour constater que les États ou défendeurs visés ne sont pas les justiciables devant la Cour. Ainsi, la Cour indique comme elle l'avait fait dans l'affaire *Michelot Yogogombaye* qu'

> il ressort d'une lecture combinée des dispositions susmentionnées que la saisine directe de la Cour par un individu est subordonnée au dépôt par l'État défendeur d'une déclaration spéciale autorisant une telle saisine.[17]

Au-delà de cette acceptation de la compétence de la Cour par le biais de la déclaration, l'article 5(3) prévoit que « *La Cour peut permettre …* ». Cette formulation suppose une non seulement une autorisation de la Cour pour le *jus standi* des individus et des ONG,[18] mais aussi, la Cour peut renvoyer une affaire à la Commission africaine[19] lorsqu'elle constate qu'elle est manifestement incompétente. En tout état de cause, en ce qui concerne ces aspects de procédure, la jurisprudence de la Cour est beaucoup critiquée sur le plan de l'efficacité de la protection des droits de l'homme en Afrique. Pour le juge Fatsah Ouguergouz, cette pratique n'est pas fondée en droit;[20] raison pour laquelle on peut se demander quel a été le sort de ces requêtes renvoyées devant la Commission africaine depuis 2011.

En outre, dans le système africain de protection des droits de l'homme, le droit de saisine accordé aux ONG est très limité alors qu'elles jouent un rôle très important dans la promotion de la démocratie et l'institution de l'État de droit. Il est conditionné par l'acceptation de la Cour au même titre que les individus, et par l'exigence du statut d'observateur auprès de la Commission africaine. Le Protocole de Ouagadougou ne détermine pas les conditions requises pour l'obtention du statut d'observateur. À la date du 21 octobre 2011, la Commission africaine a octroyé le statut d'observateur à un total de 428 (quatre cent vingt-huit) ONG.[21] Dans l'affaire *Juristes d'Afrique pour la bonne gouvernance c. République de Côte d'Ivoire*, la Cour

16 A D Olinga 'Pratique de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en 2011' (2013) 93 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 129.

17 Paragraphe 9 de la décision du 16 juin 2011, *Soufiane Abadou c. République algérienne démocratique et populaire*, paragraphe 61 de la décision relative à l'*affaire Femi Felana*.

18 M Mubiala 'L'accès de l'individu devant la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples' in M G Kohen (dir) *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international* (2006) 371. Voir aussi A Koagne Zouapet 'Les instances judiciaires du système africain de *protect*ion et de promotion des droits de l'homme' in A D Olinga (dir) *La protection internationale des droits de l'homme en Afrique. Dynamiques, enjeux et perspectives trente ans après l'adoption de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (2012) 134.

19 L'article 6(3) du Protocole permet à la Cour africaine, si elle le souhaite, de ne pas traiter l'affaire portée à sa connaissance et de la renvoyer devant la Commission africaine. Cette disposition est complétée par l'article 29(5) du Règlement Intérieur de la Cour.

20 Dans son opinion dissidente suite à la décision du renvoi à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'affaire *Ekollo Moundi Alexandre c. République du Cameroun et République fédérale du Nigéria,* Requête 8/2011, para 12.

21 Centre for Human Rights *Célébration des 30 ans de la Charte africaine: Un guide sur le système africain des droits de l'homme* (2011) 43.

africaine a eu à se prononcer sur la question du statut d'observateur par une déclaration d'incompétence et par un renvoi devant la Commission africaine.[22]

Du point de vue prospectif, il convient également de souligner qu'au regard du Protocole portant Statut de la future Cour africaine de justice et des droits de l'homme, les ONG ne seront des justiciables devant la Cour fusionnée que lorsqu'elles sont accréditées auprès de l'Union africaine ou de ses organes ou institutions sous réserve des dispositions de l'article 8 du Protocole de Sharm El-Sheikh qui les soumet à la condition d'acceptation de sa compétence.[23] Ce nouveau texte fait mieux de supprimer le statut d'observateur auprès de la Commission africaine, mais l'accréditation desdites ONG auprès de l'UA, de ses organes ou de ses institutions, alourdira davantage les conditions de saisine de la future Cour fusionnée.[24] De même, la subordination des justiciables de la future Cour à l'Union semble marginaliser les droits de l'homme au profit de l'intégration politico-économique.[25] Toutes ces conditions restrictives à l'accès des ONG dans le système actuel et futur contrastent largement avec le système européen qui est plus accessible aux ONG sans autre condition que celle d'être victime.

En tout état de cause, force est de constater que le droit de recours individuel reste à la merci des États africains. L'on peut ainsi s'accorder avec l'idée selon laquelle les voies d'accès à ce système sont sinueuses et escarpées, décourageant ainsi de nombreuses victimes qui tentent de les emprunter.[26] Dans ces circonstances, non seulement l'impact de la Cour africaine dans son action contre les violations des droits de l'homme sera forcément limité mais aussi et surtout, cela entraînerait la saisine régulière de la Commission africaine.

Il convient de relever que l'article 8(3) du Protocole de Sharm El-Sheikh apporte une amélioration dans la rédaction de l'article 34(6) du Protocole de Ouagadougou en faisant ressortir le caractère facultatif de la déclaration. Cet article dispose en effet que

> tout État partie, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, ou à toute autre période après l'entrée en vigueur du Protocole peut faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 30(f) et concernant un État partie qui n'a pas fait cette déclaration.

Mais il y a lieu de reconnaître que le maintien de la déclaration comme condition d'accès au prétoire de la future Cour fusionnée est une véritable régression en matière de *jus standi* des individus. Les

22 *Association Juristes d'Afrique pour la bonne gouvernance c. République de Côte d'Ivoire*, Requête 6/2011.

23 Article 30(f) du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme.

24 J Kazadi Mpiana 'La saisine du juge africain des droits de l'homme par les individus et les ONG. Regards critiques sur les premiers arrêts et décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2013) 3 *Revue de droit international et de droit comparé* 326.

25 M Aldjima Namountougou 'La saisine du juge international africain des droits de l'homme' (2011) 86 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 278.

26 J D Boukongou 'Le système africain de protection des droits de l'homme' in JD Boukongou (dir) *Protection des droits de l'homme en Afrique* (2007) 146.

nombreuses critiques relatives à la limitation de l'accès des individus et ONG devant la Cour actuelle n'ont pas empêché les rédacteurs du Protocole de Sharm El Sheikh de maintenir la déclaration d'acceptation de la compétence de la future Cour. L'accès au prétoire du juge régional par les individus a été encore hypothéqué dans le contexte de la nouvelle réforme. Ce qui rend problématique l'effectivité du contentieux individuel devant les deux Cours. C'est la raison pour laquelle l'on convient avec Félix Ahouansou que

> le fait de ne pas garantir l'accès direct aux individus constitue un pas en arrière, un véritable recul, en matière d'accès à la justice pour tous en Afrique. Cette démarche dilue l'efficacité du système africain de protection des droits de l'homme et est contraire aux dispositions relatives à l'accès à la justice dans plusieurs instruments internationaux sur les droits de l'homme, y compris la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

En outre, toujours au rang des supposées solutions au problème de l'impunité en Afrique, le Protocole de Sharm El Sheikh a été révisé à Malabo par un Protocole d'amendement en vue d'y intégrer des compétences pénales. Mais l'article 9(3) du Protocole de Malabo qui reprend intégralement l'article 30(f) du Statut de la future Cour, n'a pas porté des modifications substantielles sur le recours individuel. Aussi, l'élargissement du droit de saisine aux individus comme palliatif ou réaménagement de la procédure de saisine directe des requêtes individuelles semble relever d'une utopie.

Il ressort de l'attitude des États africains que leur réticence se situe davantage au niveau de l'acceptation effective des dispositifs énoncés.[27] Il s'agit de l'acceptation préalable de la norme protégeant l'individu qui induit directement l'obligation de se soumettre à la décision juridictionnelle. Or dans la pratique, les États africains sont enclins à l'idée de justice et l'absence des voies d'exécutions forcées explique leur relative hésitation à recourir aux juridictions et au droit pour le Règlement de leurs litiges.[28] En effet, à la lecture du Protocole de Ouagadougou et des autres projets de Protocole précités, l'on constate une primauté de la volonté de l'État sur l'action individuelle internationale. Cette condition ne va pas sans susciter des interrogations dans un contexte où la majorité des États africains restent réfractaires à la justice internationale et conçoivent mal la possibilité pour les individus de les mettre sur le banc des accusés devant les organes de contrôle des droits de l'homme. Elle illustre un renouveau de la tutelle étatique dans le domaine de la protection des droits au niveau africain.[29] Les États africains ainsi ont acceptés de consacrer le mécanisme de recours individuel devant la Cour africaine en restreignant l'accès à cette dernière.[30]

27 R Ranjeva 'La juridiction internationale et l'Afrique' in J Du Bois De Gaudusson & G Conac (dirs) *La justice en Afrique* (1990) 156 numéro spécial *Afrique contemporaine* 284.

28 *Idem.* 285.

29 LB De Chazournes & MM Mbengue 'Article 34 - Ratification' in M Kamto (dir) *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme: commentaire article par article* (2011) 1519.

30 Aldjima Namountougou (n 25) 266.

Dans cet ensemble, l'État est un justiciable spécial qui aménage lui-même ses mécanismes et procédures spéciales de jugement.[31] En outre, non seulement l'État peut être réticent, mais il dispose également d'un pouvoir discrétionnaire pour faire, ou pour ne pas en faire ladite déclaration, ou pour se retirer voire pour faire une déclaration assortie de réserves temporelles, matérielles et territoriales.[32] L'attitude du Rwanda de se retirer de la déclaration de l'article 34(6) du Protocole de Ouagadougou, confirme ainsi la tendance régressive des États africains en matière de protection des droits de l'homme.

2.2. Le retrait de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire comme un facteur de recul

En droit international, les États peuvent à un moment donné et surtout lorsque leurs intérêts sont en jeu, affirmer leur désamour vis-à-vis de leurs engagements internationaux auxquels ils ont préalablement souscrit. Kamto souligne à cet effet que

> s'il est un domaine où la volonté de l'État parait déterminante en droit international, c'est celui de la justice (…). Contrairement à l'ordre juridique interne, la justice n'est pas obligatoire dans l'ordre juridique international.[33]

Même si le retrait peut parfois être perçu comme une sanction du comportement d'un État, il est beaucoup plus un acte ou une manifestation de la souveraineté de l'État qui peut être une dénonciation unilatérale d'une clause spéciale. En droit international général, comme tout acte rédigé unilatéralement, la déclaration est soumise au régime de la souveraineté et de la compétence discrétionnaire des États.[34] La nature facultative de la déclaration et son caractère unilatéral découlent du principe de souveraineté des États qui leur permet de s'engager mais également de retirer leurs engagements.[35] Rien ne s'oppose donc à ce qu'un État puisse retirer valablement sa déclaration.

Ainsi, dans le contexte africain déjà fragilisé par la clause de l'article 34(6) et où seulement huit États ont accepté la compétence de la Cour à recevoir les requêtes non étatiques, il est admis de penser que le retrait de la République du Rwanda de ladite clause en février 2016 constitue un fait majeur en Afrique qui traduit le recul des États africains en matière de protection des droits de l'homme.

31 A D Olinga 'L'État devant le prétoire international: considérations générales et situation du Cameroun' in A D Olinga (dir) *Le Cameroun et le prétoire international* (2015) 12.

32 Gharbi 'Le statut des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice' (2002) 432 *Les Cahiers de droit*.

33 M Kamto 'La volonté de l'État en droit international' (2004) 310 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* de la haye 384.

34 F Gharbi 'Le déclin des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice' (2002) 433 *Les Cahiers de droit* 471.

35 Hoeffner (n 4) 839.

Il est évident que ce retrait limite davantage la juridiction de la Cour et l'empêche de déployer son plein potentiel quant aux violations des droits de l'homme et quant aux justiciables, car les États abandonnent les victimes au bon vouloir des justices nationales et donc des potentiels violateurs que sont les États.

Le Rwanda avait précédemment été félicité pour avoir été un des premiers États à accepter la juridiction de la Cour africaine pour connaître des affaires soumises directement par les individus et les ONGs. En fait, après le génocide rwandais, la politique rwandaise consistait en la reprise des relations internationales, en vue d'une meilleure visibilité, ceci en procédant à de nombreuses réformes sur les plans politique, économique juridique et des droits de l'homme. La souscription à la déclaration d'acception de la juridiction obligatoire de la Cour africaine par le Rwanda le 22 janvier 2013 est venue consolider ces relations. Toutefois, le retrait de la République du Rwanda à la suite de l'introduction de la Cour de la requête 3/2014 en l'affaire *Ingabire Victoire Umuhoza*[36] vient relativiser cette vision.

Cela intervient dans un contexte particulier où certains États africains demandent des « solutions africaines aux problèmes africains ». Cette décision sans précédent de retirer sa déclaration en vertu de l'article 34(6) et la non-comparution du gouvernement rwandais lors d'une procédure devant la Cour ébranlent sérieusement les efforts de renforcement des institutions des droits humains au niveau régional et envoient un message alarmant quant à l'engagement du gouvernement rwandais en matière de justice et de droits humains plus généralement.

En effet, la requête a été introduite devant la Cour le 3 octobre 2014, par Madame Ingabire Victoire Umohoza, sur la base de l'article 5(3) et de l'article 34(6) du Protocole. Il en ressort que la compétence de la Cour n'est pas affectée pour les requêtes individuelles introduites avant la dénonciation de la déclaration, puisqu'il existait alors une base consensuelle. Le principe de non-rétroactivité prohibe ainsi que le défendeur puisse écarter la compétence de la juridiction pour les affaires pendantes.[37] Mais la déclaration du Rwanda n'est assortie d'aucune réserve; par conséquent, au moment de l'introduction de la requête, il n'y avait aucune limite à l'acceptation de la compétence de la Cour par rapport aux requêtes individuelles.

Contrairement aux conventions européenne[38] et interaméricaine, le Protocole de Ouagadougou est silencieux sur le délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation des traités. La Cour africaine a eu à

36 *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, requête 3/2014 (arrêt sur la compétence du 3 juin 2016) para 56-59.

37 *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, para 68 arrêt sur la compétence.

38 L'article 58 de la CEDH dispose que:

> Une Haute Partie contractante ne peut dénoncer la présente Convention qu'après l'expiration d'un délai de cinq ans à partir de la date d'entrée en vigueur de la Convention à son égard et moyennant un préavis de six mois, donné par une notification adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, qui en informe les autres Parties contractantes (…).

trancher sur cette question en l'affaire *Ingabire Victoire Umuhoza*. Trois ans exactement après le dépôt de la déclaration, le Rwanda décide de se retirer suite à l'introduction de ladite requête. La Cour a d'abord rendu une ordonnance[39] qui a été beaucoup critiquée, avant de se prononcer sur sa compétence[40] et le retrait proprement dit dans son arrêt dans le fond. En réalité, le retrait de la déclaration ne vaut que pour l'avenir: il n'affecte pas le traitement des affaires déjà introduites devant la Cour avant le 29 février 2016.[41] La Cour a précisé que même si le retrait de la déclaration est un acte unilatéral, son caractère discrétionnaire n'est pas absolu.[42] Dans ces circonstances, lorsqu'ils sont autorisés à se retirer, les États sont tenus de donner préavis de leur intention. L'exigence de préavis est nécessaire dans ce cas particulier, non seulement parce que la déclaration est un engagement international de l'État, mais bien plus important, créé des droits subjectifs en faveur des individus et des groupes.[43] La Cour s'est donc fondée sur la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme telle que prévue à l'article 78 de la Convention américaine[44] et appliquée dans l'affaire *Ivcher Bronstein c. l'État du Pérou* en ces termes

> L'action unilatérale d'un État ne peut ôter à une Cour internationale la compétence qu'il lui a déjà reconnue; [lorsqu'] un État [est autorisé] à retirer sa reconnaissance de la compétence contentieuse de la Cour, il devra donner une notification formelle un an avant que le retrait puisse prendre effet, pour des raisons de sécurité juridique et de continuité.[45]

Elle s'est également inspirée de l'article 56(2) de la Convention de Vienne pour se prononcer sur les effets juridiques du retrait, à savoir l'application du délai d'un an. La Cour conclut que le retrait de la déclaration du Rwanda prendra effet un an après soit le 1 mars 2017. En ce qui concerne les affaires pendantes, la Cour a estimé qu'un acte posé par l'État défendeur ne saurait écarter sa compétence sur la base du principe juridique de la non-rétroactivité qui voudrait que les nouvelles règles ne s'appliquent qu'aux situations futures.[46] Par conséquent, le

39 *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, ordonnance en indication de mesures provisoires (18 mars 2016).

40 *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, arrêt sur la compétence (3 juin 2016).

41 V. la position officielle du Conseiller juridique de l'Union africaine reproduite in *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, opinion dissidente du juge F Ouguergouz, para 14.

42 Para 60 arrêt sur la compétence (3 juin 2016).

43 Para 60 arrêt sur la compétence (3 juin 2016).

44 L'article 78 de la CADH ne dispose que

> 1. Les États parties peuvent dénoncer la présente Convention à l'expiration d'un délai de cinq ans à partir de la date de son entrée en vigueur, moyennant un préavis d'un an, adressé au Secrétaire général de l'Organisation, qui doit en informer les autres États parties. 2. Cette dénonciation ne déliera pas l'État partie intéressé des obligations énoncées dans la présente Convention en ce qui concerne tout fait pouvant constituer une violation de ces obligations qui aurait été commis par ledit État antérieurement à la date de la prise d'effet de la dénonciation.

45 *Icher Bronstein c Pérou* CIADH para 24 (b).

46 *Ingabire Victoire Umuhoza c République du Rwanda* Para 68 arrêt rendu sur la compétence (3 juin 2016).

retrait n'a aucun effet sur les affaires pendantes liant la République du Rwanda. Le retrait brusque sans préavis est susceptible d'affaiblir le régime de protection prévu par la Charte. La notification du délai de préavis est obligatoire en cas de retrait de la déclaration faite à l'article 34(6) et attenue le champ de liberté des États à l'égard de la juridiction obligatoire.

La solution retenue par la Cour est semblable à celle pratiquée par la CIJ notamment par le gouvernement des États-Unis qui a donné avis du retrait de sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ du 26 août 1946, par une notification adressée au secrétaire général de l'ONU le 7 octobre 1985.[47] Le retrait des États-Unis est survenu dix-sept mois après l'ordonnance indiquant des mesures conservatoires, qui a été rendue par la CIJ le 10 mai 1984, à la suite de l'arrêt du 26 novembre 1984, dans lequel la CIJ s'est déclarée compétente pour trancher l'affaire *des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*.[48]

En tout état de cause, il importe de relever que la compétence de la Cour sera plutôt affectée pour les requêtes individuelles introduites après la dénonciation dans des proportions variables.[49] Dans ce sens, le retrait ralentit ou bloque les procédures devant la Cour et crée un mauvais précèdent qui peut faire des émules et effets boule de neige. Il entamme gravement la légitimité du projet de justice et de zéro impunité porté par l'union africaine. Le retrait du Rwanda trahit les victimes des violations des droits de l'homme dans ce pays, et s'apparente au retrait annoncé de l'Afrique du Sud ou du Burundi de se retirer du Statut de Rome. Qu'il s'agisse de la déclaration ou de l'exclusion de la compétence d'une juridiction de connaître des cas de violations des droits de l'homme, l'on ne peut espérer que les États, bien que pourvoyeurs et fossoyeurs des règles de droit international, puissent faire bon usage des leurs prérogatives dans le sens de la protection de la dignité humaine.[50]

Il faut dire que la réticence des États est une véritable problématique de l'accès des particuliers à la justice internationale[51] et une donnée de droit international qui n'épargne pas le contexte africain. L'acceptation de la compétence de la Cour africaine n'est pas l'apanage de tous les États africains. Le mécanisme de la déclaration facultative de juridiction obligatoire est une preuve que le droit international renferme lui-même de nombreuses contradictions. Cela

47 F Gharbi (n 34) 488.

48 Affaire *des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique),* CIJ Rec. (1984) 169, 215, CIJ Rec. (1985) 3 et suiv. CIJ Rec. (1986) 14 et suiv.

49 Hoeffner (n 4) 843.

50 Nouazi Kemkeng (n 6) 143.

51 G Niyungeko 'La problématique de l'accès des particuliers à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en matière contentieuse' (2013) *Liberae cogitationes-Liber amicorum Marc Bossuyt,* Intersentia Publishers 481-498, voir aussi M Aldjima Namountougou (n 10) 261-294, 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) 3 *Revue de droits fondamentaux* 176-178.

traduit le caractère inachevé de la construction du droit international. Au regard du caractère très restrictif de la juridiction continentale et du caractère embryonnaire du droit africain des droits de l'homme,[52] certaines juridictions des Communautés économiques régionales contribuent à pallier à cette insuffisance.

3 LA PROGRESSION DES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES DANS L'ACCEPTATION DE LA JUSTICE RÉGIONALE DES DROITS DE L'HOMME

La Cour africaine n'a pas le monopole du contrôle des droits garantis par la Charte. Comme le souligne Bahati, les compétences des Cours de justice des communautés économiques régionales en matière de protection des droits de l'homme ont été acquises à un moment où la mise en place de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples était encore hypothétique.[53] Aujourd'hui, en l'absence d'un mécanisme juridictionnel continental de protection des droits de l'Homme ouvert directement aux individus et aux ONG, force est de constater que la mise en œuvre timorée du système de la clause facultative renforce plutôt les juridictions communautaires en matière de protection des droits de l'homme. Ainsi, il reste évident que l'essor des juridictions communautaires en Afrique contribue à pallier aux insuffisances du mécanisme continental de protection des droits de l'homme. Les juges nationaux sont désormais en présence de jugements dont ils doivent tenir compte, y compris dans les domaines les plus sensibles du politique.[54] Les juridictions établies dans le cadre des huit Communautés économiques régionales reconnues par l'Union africaine sont susceptibles de disposer d'une compétence implicite ou explicite en la matière.[55] Certaines de ces juridictions prennent respectivement de l'importance sur le plan de la confiance et de la jurisprudence[56] en instituant un accès assez libéral aux requérants non étatiques, même s'il y a un risque de concurrence avec la Cour africaine.

52 Ondo (n12) 247.

53 C Bahati Bahalaokwibuye *Les recours individuels dans le système interafricain de contrôle: la coexistence de la Cour africaine et des juridictions des communautés économiques régionales*, Mémoire de Licence en droit, Université Catholique de Bukavu (2011) http://www.memoireonline.com

54 J du Bois de Gaudusson 'La justice en Afrique: nouveaux défis, nouveaux acteurs Introduction thématique' https://www.cairn.info/revue-afrique-contemporaine-2014--2-page-13.htm 19.

55 Hoeffner (n 4) 839.

56 L'on note néanmoins que les idéologies de certains groupes d'États restent hostiles à l'acceptation de la justice des droits de l'homme à l'instar de la Cour de justice de la CEMAC qui est compétente pour examiner les litiges découlant des violations du droit communautaire par un État membre de la CEMAC, institution ou organe de la Communauté et ceux liés à la réparation des dommages causés par les institutions de la CEMAC, ses organes ou employés dans l'accomplissement de leurs fonctions. Dans ce contexte, il n'y a pas encore un pays qui a autorisé les requêtes individuelles devant la Cour africaine.

3.1. La consécration des compétences implicites ou explicites en matière des droits de l'homme

Dans le cadre des communautés économiques régionales africaines, la prise de conscience d'une intégration quelconque serait presque impossible dès lors que la conjoncture nationale dans leurs États est source de conflits.[57] Tels que consacré dans les traités de la Communauté Economique Des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)[58] et de la CAE,[59] le respect des droits de l'homme est essentiel pour la paix et la sécurité intérieure et à ce titre, ils ont introduit les notions de respect, de promotion et de protection des droits de l'homme dans leurs traités, dans le cadre des principes fondamentaux sur lesquels devrait se fonder l'intégration économique.

Les États de la CEDEAO sont des États dont les politiques ont connu des avancées notables en matière de respect des principes démocratiques. La Cour de justice de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest constitue une juridiction de plus en plus active et audacieuse dans le système africain de protection des droits de l'homme.[60] Le Protocole supplémentaire de 2005[61] en son article 3(4) donne à cette Cour compétence pour connaître des cas de violation des droits de l'homme commis par un État membre. Ainsi, l'exécution des obligations économiques du traité est conditionnée au respect de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. C'est ce qui explique l'engagement volontaire des États membres de la CEDEAO à reconnaitre la compétence de la Cour africaine même si certains d'entre eux se sont trouvés plutôt contraints de juridictionnaliser la procédure des droits de l'homme au plan régional africain.

La CEDEAO est devenue une Communauté des droits de l'homme sans renoncer à l'esprit communautaire. La Communauté des États de l'Afrique de l'Ouest est sans doute l'organisation sous régionale africaine ayant démontré le plus d'enthousiasme[62] en matière de protection des droits des individus à travers la volonté des États et le

57 S T Ebobrah 'Complémentarité entre la Cour africaine et les organes judiciaires des communautés économiques régionales en Afrique' (2014) *Guide de complémentarité dans le système africain de protection des droits de l'homme* 49-82

58 Art 4 du Traité de la CEDEAO.

59 Art 6 du Traité de la CAE.

60 G-F Ntwari 'La Cour de justice de la CEDEAO, l'émergence progressive d'une Cour régionale des droits de l'homme en Afrique de l'Ouest' (2013) 11 *Journal du Centre de Droit International* 9. Voir aussi G Aivo 'La contribution de la Cour de justice de la CEDEAO à la mise en œuvre de la Charte africaine des droits de l'homme' (du 5 au 7 novembre 2012) Communication au Colloque international de Pretoria (Afrique du Sud) portant sur la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples.

61 Protocole supplémentaire amendant le préambule et les articles 1, 2, 9 et 30 du Protocole relatif à la Cour de justice de la Communauté (19 janvier 2005) Doc. A/SP.1/01/05 Accra.

62 A-K Diop 'La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ou le miroir stendhalien du système africain de protection des droits de l'homme' (2014) 55 *Les Cahiers de droit* 553.

rôle majeur joué par la société civile. L'action des États est manifeste au niveau de la consécration explicite des droits de l'homme dans les traités de création de la communauté et au niveau de leur mise en œuvre. L'article 4 du Traité révisé de la CEDEAO dispose que

> Les Hautes Parties Contractantes, dans la poursuite des objectifs énoncés à l'Article 3 du présent Traité affirment et déclarent solennellement leur adhésion aux principes fondamentaux suivants : [...] respect, promotion et protection des droits de l'homme et des peuples conformément aux dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

Il s'agit en fait des États qui ont une culture juridique avancée et qui sont respectueux des principes démocratiques. Ce sont des pays où l'alternance politique et les garanties procédurales internes de jouissance des droits de l'homme sont des principes fondamentaux. Ces États sont ainsi exposés au risque d'être attrait devant la Cour par les individus et les ONG. Les obligations en vertu de la déclaration se ramènent à l'acceptation d'être cité à comparaître par des individus et ONG.[63]

Dans le cadre de la CEDEAO, l'on pourrait même dire que le paradigme communautaire a certainement influencé le rythme d'acceptation de la compétence de la Cour africaine. Si l'on admet que dans un contexte de réticence globale, l'on note en fin 2017, cinq États sur 15 qui relèvent de la compétence de la Cour de Justice de la CEDEAO,[64] à savoir le Mali, le Burkina Faso, la Côte-d'Ivoire, le Ghana et le Bénin, ont souscrit à ladite clause autorisant les requêtes des individus et des ONG comme le montre le tableau ci-dessous.[65]

			Charte africaine des droits de l'homme et des peuples	**Protocole à la Charte portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples**		
N°	**Pays**	**Sous-région**	**Date de ratification**	**Signature**	**Ratification**	**Dépôt de la déclaration**
1	Tunisie	Afrique du Nord	16/03/1983	09/06/1998	21/08/2007	16/04/2017
2	Bénin	Afrique de l'Ouest	20/01/1986	09/06/1998	22/08/2014	08/02/2016
3	Burkina Faso	Afrique de l'Ouest	06/07/1984	09/06/1998	31/12/1998	28/07/1998
4	Côte d'Ivoire	Afrique de l'Ouest	06/01/1992	09/06/1998	07/01/2003	23/07/2013
5	Ghana	Afrique de l'Ouest	24/01/1989	09/06/1998	25/08/2004	10/03/2011

63 A D Olinga 'La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2014) 6 *La revue des droits de l'homme* http://revdh.revues.org/953 (consulté le 5 mars 2015).

64 États relevant de la compétence de la Cour de Justice de la CEDEAO: Bénin, Burkina Faso, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra Leone et Togo.

65 Et au moment où cette contribution est achevée en fin 2018, il faut noter que la Gambie a également souscrit à ladite déclaration le 23 novembre 2018.

6	Mali	Afrique de l'Ouest	21/12/1981	09/06/1998	10/05/2000	19/02/2010
7	Malawi	Afrique Australe	17/11/1989	09/06/1998	09/09/2008	09/10/2008
	Rwanda[a]	Afrique de l'Est	15/07/1983	09/06/1998	05/05/2003	06/02/2013
8	Tanzanie	Afrique de l' l'Est	18/02/1984	09/06/1998	07/02/2006	29/03/2010
Total			**8**	**8**	**8**	**8**

a. Le 3 mars 2016, la Commission de l'Union africaine a notifié la Cour de la réception de la lettre de la République du Rwanda portant retrait de sa déclaration faite en vertu de l'article 34(6) et déposée en février 2013.

Pour ce qui est de la Communauté de l'Afrique de l'Est, le traité l'instituant a été signé le 30 novembre 1999 à Arusha, en Tanzanie par les Chefs de ses cinq États membres – le Burundi, le Rwanda, l'Ouganda, le Kenya et la Tanzanie – qui sont décrits dans le traité comme États partenaires de la Communauté. L'article 9 du Traité de la CAE prévoit la création d'une Cour de Justice de l'Africaine de l'Est (CJAE). La tâche principale de la CJAE est de veiller à ce que ses États membres se conforment aux dispositions du Traité de la CAE, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de tout autre instrument de l'Union Africaine auquel ils sont signataires. La CJAE n'a pas d'exigences d'admissibilité; donc tout État partenaire lésé a un accès direct à la Cour. L'article 30 du Traité de la CAE prévoit l'accès de l'individu au prétoire de la Cour. L'objectif de la Cour est de promouvoir l'unité et le respect des droits de l'homme dans la région de l'Afrique de l'Est.

Le Tribunal de la SADC avait compétence implicite pour connaître des cas relatifs à l'interprétation et l'application du Traité (article 14 du Protocole). Le Traité ne faisait pas référence à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, mais il engageait les parties au respect des droits de l'Homme, à la démocratie, à l'État de droit, à la non-discrimination. Toutefois, l'objectif de la présente analyse ne permet pas de s'attarder sur la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) dont la décision du Tribunal de cette communauté de fermer le prétoire aux recours individuels en matière des droits de l'homme, constitue un cas rare d'évolution régressive dans l'histoire des juridictions internationales comme le souligne Olinga.[66] En effet, c'est à la suite de l'inexécution des décisions du Tribunal de la SADC[67] précisément en l'affaire *William Campbell et al c.*

66 A D Olinga 'Remarques prospectives sur l'interaction entre la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et les juridictions des communautés économiques régionales dans la garantie des droits de l'homme en Afrique' (2013) 96 *Juridis périodique* 116.

67 J Kazadi Mpiana *La position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes Droit et sciences politiques, Thèse de Doctorat en Droit international* et européen (2012) 239, voir aussi Bahati Bahalaokwibuye (n 53).

Zimbabwe,[68] que les États de la SADC ont adopté une attitude extrême dans le domaine de la justice internationale et des droits de l'homme, non pas en limitant l'accès des requérants individuels, mais plutôt en retirant au Tribunal de la SADC la compétence des litiges relatifs aux droits de l'homme.[69] Cette décision a mis fin à toutes les tentatives de formation jurisprudentielle.

E dehors de ce cas de régression, il faut néanmoins remarquer que l'accès à la justice supranationale est différente au sein des Communautés économiques régionales africaines qui accordent sans restriction le droit de saisine directe des juridictions communautaires par des particuliers pour des litiges relatifs aux droits de l'homme.[70] Elles ont des compétences implicites et explicites en matière des droits de l'homme.[71] Pour ce qui est de la procédure, il y a risque de chevauchements des compétences entre la Cour africaine et les juridictions des communautés économiques régionales,[72] cette consécration des recours individuels direct doit être comprise comme une avancée dans la protection des droits de l'homme.

3.2. La simplification des procédures d'accès à la justice aux requérants non étatiques et le risque de concurrence avec la Cour africaine

Comme le souligne Onoria, l'accès des individus devant les juridictions des communautés économiques régionales constitue un fait nouveau qui s'est développé depuis le début du troisième millénaire.[73] Toutes ces juridictions spécialisées ont pour point commun de ne pas requérir

68 *Louis Fick William Campbell et autres c. Zimbabwe,* (28 novembre 2008) & (5 juin 2009) Case SADC (T) 01/2010, 143.

69 Acte de la Conférence des Chefs d'États et de gouvernement (2010/2011) *Campbell et autres c. Zimbabwe,* Case SADC (T) 01/2010.

70 Voir Olinga (n 67) 115-128. Voir aussi Bahati Bahalaokwibuye (n 53).

71 L'article 9(4) du Protocole additionnel et l'article 4(g) du Traité révisé de 1993 donnent à la Cour de justice de la CEDEAO compétence explicite pour connaître des cas de violations des droits de l'Homme commises par un État Partie. Depuis 2005, la Cour de justice de la CEDEAO traite une vingtaine de plaintes annuellement. Le Tribunal de l'EAC a également une compétence implicite pour connaître des cas relatifs à l'interprétation et l'application du Traité (art 23 du Traité) qui engage (art 6(d)) les États à respecter les principes fondamentaux, parmi lesquels les droits garantis par la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. L'Article 27(2) prévoit qu'un Protocole pourrait être adopté pour donner une plus large compétence à la Cour, notamment en matière de droits de l'Homme.

72 CA Odinkalu 'Complémentarité, compétition ou contradiction: la relation entre la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et les Cours Économiques Régionales en Afrique Australe et de l'Est' *Communication présentée à la Conférence des États d'Afrique Australe et de l'Est sur le Protocole établissant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, Gaborone, Botswana, 9-10 décembre 2003, inédit, l http:/www.africancourtcoalition.org/content files/files/chidiSurlaComplementarite.doc 1- 9.

73 H Onoria 'Lucus standi of individuals and non state entities before régional economic integration judicial bodies' (2010) *African Journal of International ad Comparative Law* 143-169.

le consentement préalable de l'État défendeur pour l'examen des requêtes individuelles.[74] Par conséquent, les juridictions communautaires constituent aujourd'hui un instrument par lequel les États africains acceptent et participent plus activement à la justice internationale.[75] Le défaut d'exigence préalable de la déclaration offre plus de chance quant à l'issue des requêtes des particuliers, car ces juridictions pourraient, par le biais de l'interprétation large de certaines dispositions conventionnelles, étendre leur compétence.[76]

L'accès des justiciables individuels au prétoire de la Cour africaine est plus difficile et plus ouvert pour les Cours communautaires. Pour Olinga, cette donnée est de nature à faire du juge généraliste sous régional le spécialiste des droits de l'homme à la longue, au regard de la pratique, puisque le juge spécialisé *a priori* n'aura pas en principe l'occasion fréquente de faire preuve de son expertise, du fait de la difficulté pour les individus d'accéder à son prétoire.[77] Cette organisation différente du *jus standi* devra particulièrement être observée dans le jeu des rapports entre les juridictions africaines, au vu de son impact sur le travail procédural de la Cour africaine et sur la garantie concrète des droits.

L'importante jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO atteste à suffisance l'ouverture de l'accès au prétoire du juge communautaire par des particuliers en cas de violation des droits de l'homme.[78] En vertu des articles 9(4) et 10(d) du Protocole additionnel, la Cour de justice de la CEDEAO a compétence pour entendre les affaires de droits de l'homme déposées par les victimes de violations des droits de l'homme dans un État membre de la CEDEAO à condition que cette demande ne soit pas anonyme et ne soit pas portée devant la Cour alors qu'une affaire sur la même question est pendante devant un autre tribunal international pour arbitrage. L'épuisement des voies de recours internes n'est pas une exigence. La Cour de justice de la CEDEAO s'est également émancipé des conditions de recevabilité exigeantes fixées par la Charte. Les requérants n'ont plus besoin de satisfaire aux conditions cumulatives de l'article 56 de la Charte pour

74 Hoeffner (n 4) 839.

75 El Hadji Omar Diop 'L'ordre juridique interne des organisations d'intégration africaine' (2017) *Afrilex*.

76 Kazadi Mpiana (n 24) 352.

77 Olinga (n 67) 121.

78 La première affaire traitée par la Cour date de 2004. Cet arrêt, *Olajide Afolabi c. Federal Republic of Nigeria* a mis en exergue la nécessité d'élargir la saisine de la Cour aux requérants individuels. La Cour peut donc être saisie depuis 2005 par tout ressortissant d'un des États-membres, en cas de violation des protocoles, décisions, traités ou conventions adoptés par la CEDEAO. Voir D D'Allivy Kelly 'Le juge africain est entré dans l'Histoire (Cour de justice de la CEDEAO, 27 octobre 2008, *Hadijatou Mani Koraou c. Niger*)' (2009) *CPDH* http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2009/05/10/le-juge-africain-est-entre-dans-lhistoire-cour-de-justice-de-la-cedeao-par-delphine-dallivy-kelly/ (consulté 1 octobre 2016), voir aussi Horace S. Adjolohoun 'The ECOWAS court as a human rights promoter? Assessing five years' impact of the Koraou slavery judgment' (2013) 31 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 342.

accéder à son prétoire comme elle a démontré dans l'affaire *Hadijatou Mani Koraou*.[79] Par ces dispositions, les États de l'Afrique de l'Ouest intègrent *expressis verbis* la Charte dans son droit originaire. Et depuis 2005, plus d'une dizaine de décisions de cette Cour ont eu à traiter de l'application de la Charte.[80]

Il importe de souligner que la Cour africaine est concurrencée par l'incursion de plusieurs autres Cours communautaires sous régionales sur le terrain de la protection des droits de l'homme[81] que Abdou-Khadre Diop qualifie d' « embouteillage interinstitutionnel ».[82] Ce découle de l'accès libéral devant certains de ces organes juridictionnel et de la saisine récurrentes en matière de la garantie des droits de l'homme en Afrique à partir du moment où elles presque statuent toutes[83] conformément à la Charte africaine. Comme le souligne Bahati Bahalaokwibuye, il se posera inévitablement le problème de comptabilité de leurs procédures et jurisprudences respectives avec celles de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.[84] C'est notamment le cas avec l'affaire Habré qui était pendante à la fois devant la Cour africaine et devant la Cour de justice de la CEDAO.

Bien que certains auteurs pensent que l'utilisation de la Charte africaine par les organes constitue un lien entre la Cour africaine et les organes judiciaires des communautés économiques régionales,[85] il faut dire que ces dernières ne pas crées auprès de l'Union Africaine et par conséquent, elles ne font pas partie, en droit écrit, de l'ordre juridique institutionnel de l'Union Africaine, dans un rapport hiérarchique organique ou fonctionnel avec les instances de celle-ci. Elles se présentent plutôt comme un complément utile à l'œuvre des instances spécifiques affectées à la protection des droits humains sur le continent africain.[86] Comme le souligne Mubiala, la Cour africaine a engagé un « dialogue judiciaire » avec ces Cours afin de contribuer à la cohérence

79 Cour de Justice de la CEDEAO, *Hadijatou Mani Koraou c. République du Niger*, requête ECW/CCJ/APP/0808, arrêt ECW/CCJ/JUD/06/08, 27 octobre 2008, (2008) African Human Rights Law Reports 182 (2008, ECOWAS) at 186-188, para 36-45.

80 Voir par exemple *Dame Hadijatou Mani Koraou c. la République du Niger*, Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, ECW/CCJ/JUD/06/08; *Hissein Habré c. République du Sénégal*, Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, ECW/CCJ/JUD/06/10 *Simone Ehivetet Michel Gbagbo c. République de Côte d'Ivoire*, Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, ECW/CCJ/JUD/03/13.

81 M Mubiala 'Vers la création d'une Cour mondiale des droits de l'homme?' (2013) 96 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 801.

82 A-K Diop 'La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ou le miroir stendhalien du système africain de protection des droits de l'homme' (2014) 55 *Les Cahiers de droit* 552.

83 À l'exception du Tribunal de la SADC.

84 C Bahati Bahalaokwibuye (n 53).

85 Ebobrah (n 57) 75.

86 A D Olinga 'Les droits de l'homme peuvent –ils soustraire un ex-dictateur à la justice? L'affaire Hissène Habré devant la CEDEAO. Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, *Hissène Habré c. Sénégal,* 18 novembre 2010' (2011) 87 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 736.

jurisprudentielle étant donné qu'elles mettent toutes en application la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.[87]

Mais il faut dire que les organes judiciaires des communautés économiques régionales sont tenus d'assurer la cohérence et l'uniformité du système juridique africain des droits de l'homme[88]. Étant donné que les juridictions internationales ont l'obligation inhérente de « contribuer à une interprétation et une application uniforme du droit international ».[89] Pour éviter des chevauchements de compétences, un dialogue en amont doit exister entre ces juridictions afin d'éviter des interprétations et des applications dissonantes des droits protégés par la Charte africaine. Au-delà de la question du *forum shopping* existante au plan régional africain, il faudrait qu'il y ait une coexistence matérielle des instruments que protègent ces différentes juridictions dans le but de prévenir la fragmentation du droit africain des droits de l'homme en construction.[90]

Même s'il est établi que la décision de la Cour de justice de la CEDEAO rendue en l'affaire *Hissène Habré c.* Sénégal, le 18 novembre 2010 a posé le problème de l'aptitude des juridictions non spécialisées à appliquer et interpréter correctement le droit international des droits de l'homme,[91] l'on doit féliciter sa contribution dans la protection des droits de l'homme en Afrique. Elle doit simplement s'inscrire dans la logique d'une interprétation dynamique et cohérente du droit de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

4 CONCLUSION

Dans le cadre de la présente étude, il ressort clairement que les États africains sont encore enclins à garantir effectivement et même efficacement le contrôle juridictionnel des droits de l'homme au plan continental. L'un des principaux défis auxquels est actuellement confrontée la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est sans nul doute la restriction de l'accès à la Cour imposée aux requérants non étatiques par la clause de l'article 34(6) du Protocole. Cette clause constitue une atteinte grave aux d'accès des particuliers. Comme le relevait Mubiala, les rédacteurs du Protocole auraient amorcé une solution notable du droit procédural international des droits de l'homme s'ils avaient pu rendre le système africain progressiste en ce

87 M Mubiala 'Vers la création d'une Cour mondiale des droits de l'homme?' (2013) 96 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 801.

88 Ebobrah (n 57) 66.

89 N Lavranos 'Regulating competing jurisdiction among international and tribunal' (2008) 68 Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkerrecht 575 (www.zaoerv.de)

90 Bahati Bahalaokwibuye *(*n 53).

91 Olinga (n 88) 736.

sens.[92] Mais malheureusement, la mise en œuvre de la clause de l'article 34(6) handicape sérieusement l'exercice de la fonction juridictionnelle de la Cour dans la mesure où très peu d'États ont souscrit à ladite clause, et par conséquent, seule une petite poignée d'États parties à la Charte peuvent être attraits devant la Cour par les particuliers. Cet article institue un système africain largement dépendant de la volonté des *États*. Il témoigne le grand fossé qui existe entre l'énoncé de la règle et la garantie judiciaire.[93] Cette disposition peut être considérée comme un 'testeur' ou 'une unité de mesure' qui permet d'expérimenter la dynamique de l'État de droit[94] dans le contexte africain de protection des droits de l'homme. Elle est un véritable référentiel qui permet de juger l'effectivité et l'efficacité d'un mécanisme de protection des droits de l'homme.[95] Il constitue de ce fait un instrument dont la valeur est reconnue de par le monde pour la vitalité d'un régime de droit au plan interne.[96] La présente analyse permet de mieux saisir les raisons de la prudence, voire du scepticisme des États quant à l'avenir, et surtout de voir les défis qui restent à relever afin que la protection des droits de l'homme devienne une réalité dans le contexte africain. La politique juridique extérieure des États en matière de déclarations d'acception de la compétence de la Cour se caractérise par un certain désengagement[97] au plan régional. Ainsi, on constate que les organes judiciaires des communautés économiques régionales volent la vedette à la Cour africaine à travers leur œuvre considérable en matière de protection des droits de l'homme. Cette situation est de nature à créer une perturbation dans l'ordre juridique africain où c'est la Cour africaine qui est censée être la plus haute instance en matière de protection des droits humains en Afrique. Plus précisément, l'accès libéral dans ce contexte sous régional aura un impact négatif sur l'effectivité de la Cour africaine mise à dure épreuve par les nombreuses requêtes des individus et des ONG insusceptibles de franchir le cap de ladite Cour.[98] En vue de la pleine démocratisation de l'accès direct à la Cour d'Arusha, celle-ci devrait s'inspirer du modèle européen et de celui des organes judiciaires des communautés économiques régionales africaines.

92 M Mubiala 'Contribution à l'étude comparative des mécanismes régionaux africain, américain et européen de protection des droits de l'homme' (1997) 9 *Revue africaine de droit international det comparé* 49-50.

93 G Niyungeko 'La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: défis et perspectives' (2009) 79 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 734.

94 Voir Nouazi Kemkeng (n 6) 406.

95 Idem.

96 A D Olinga 'Le Cameroun et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' in J-L Atangana Amougou (dir) *Le Cameroun et le droit international. Colloque des cinquantenaires de l'indépendance et de la réunification du Cameroun* (2014) 82.

97 Gharbi (n 34) 483.

98 Kazadi Mpiana (n 13) 352.

Follow-up as a 'choice-less choice': towards improving the implementation of decisions on communications of the African Children's Committee

Benyam Dawit Mezmur and Mbuton Ulrike Kahbila***

ABSTRACT: A fundamental component of the protective mandate of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child (the African Children's Committee) is the communications procedure, which allows the Committee to receive and consider complaints on issues that fall within the scope of the African Children's Charter. In its early years, the African Children's Committee did not have a smooth take-off, especially in relation to its communications procedure. In the last decade, however, it has managed to rise above the challenges that affected its communications procedure in its early years. It has since then made significant strides by considering the communications submitted to it and rendering decisions on the merits of these communications. It has also resolved one communication through an amicable settlement. This indeed offers an opportunity to interrogate the efforts made by the African Children's Committee to follow up on the implementation of these decisions. The follow-up is crucial to ensure that these decisions have an impact on the lived realities of children at national levels. The article argues that, despite the fact that the African Children's Committee recognises the importance of the follow-up process and has undertaken a broad range of measures to this effect, there is still a great need for improvement in this regard. The article proposes some possible additional approaches that the African Children's Committee could explore in order to improve its follow-up procedure to facilitate the implementation of its decisions on communications.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

'Suivi' en tant qu'un choice-less choice: vers l'amélioration de la mise œuvre des décisions du Comité africain sur le droit et le bien-être de l'enfant sur les communications

RÉSUMÉ: Un élément fondamental du mandat de protection du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant est la procédure de communication qui permet au Comité de recevoir et d'examiner des plaintes sur les droits des enfants africains. Dans ses premières années, le Comité a eu quelques défis, notamment en ce qui concerne sa procédure de communication. Au cours de la dernière décennie, le Comité a réussi à surmonter les difficultés qui ont affecté sa procédure de communication dans ses premières années. Depuis ce temps, il a fait de grands progrès en examinant les communications qui lui ont été soumises et en rendant des décisions sur ces communications. Il a également résolu une communication par un règlement à l'amiable. Cela offre en effet l'occasion d'interroger les efforts déployés

* LLD (University of Western Cape); LLM HRDA (University of Pretoria) LLB (Addis Ababa University); Associate Professor of Law at the Dullah Omar Institute for Constitutional Law, Governance and Human Rights of the University of Western Cape (UWC), South Africa; benyam.mezmur@gmail.com

** LLM HRDA (University of Pretoria); Masters (Pan African university – Institute of Governance, Humanities and Social Science); LLB (University of Buea); Human Rights Officer at the African Union Mission in Somalia (AMISOM); mbutonulrike@gmail.com

BD Mezmur & MU Kahbila 'Follow-up as a 'choice-less choice': towards improving the implementation of decisions on communications of the African Children's Committee' (2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 200-221
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a9

par le Comité pour faire un suivi de la mise en œuvre de ces décisions. Le suivi est crucial pour garantir que ces décisions ont un impact sur les réalités vécues par des enfants aux niveaux nationaux. Malgré le fait que le Comité reconnaisse l'importance du processus de suivi et qu'il a pris toute une série de mesures à cet effet, il reste encore beaucoup à faire à cet égard. Cet article propose également des approches supplémentaires possibles que le Comité africain des enfants pourrait explorer afin d'améliorer son suivi.

KEY WORDS: African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, Children, Africa, communications procedure, follow-up, implementation

CONTENT:

1 Introduction 201
2 The communications procedure of the African Children's Committee: A brief overview 204
3 Summary of the communications 207
4 Framework for the African Children's Committee's follow-up on its decisions on communications 211
5 Conclusion 220

1 INTRODUCTION

The African Union (AU) has established a robust legislative framework for the promotion and protection of children's rights in Africa.[1] This was achieved in 1990 with the adoption of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (African Children's Charter),[2] which entered into force on 29 November 1999. The African human rights system is the only regional system that has a separate child rights instrument. As Sloth-Nielsen puts it, the African Children's Charter is the 'principal framework' for addressing child protection in the African regional context.[3] As a continent-specific instrument, the African Children's Charter addresses a number of issues that are very relevant

1 The African Charter on the Rights and Welfare of the Child. For a detailed discussion of the Charter, see: A Lloyd 'Evolution of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child and the African Committee of Experts: Raising the gauntlet' 2002 (10) *International Journal on Children's Rights* 179; D Chirwa 'The merits and demerits of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child' (2002) 10 *International Journal on Children's Rights* 157; D Olowu 'Protecting children's rights in Africa: A critique of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child' (2002) 10 *International Journal of Children's Rights* 127; J Sloth-Nielsen 'Regional framework for safeguarding children: The role of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child' (2014) 3 *Social Sciences* 951; M Gose 'The African Charter on the Rights and Welfare of the Child' (Community Law Centre, University of the Western Cape) (2002).

2 African Union Commission 'African Charter on the rights and Welfare of the Child, https://www.au.int/web/en/treaties/african-charter-rights-and-welfare-child/ (accessed 7 May 2017).

3 J Sloth-Nielsen 'Regional framework for safeguarding children: the role of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child' (2014) 3 *Social Sciences* 951.

to the situation of children in Africa.[4]

The background to the African Children's Charter has been traced as far back as 1979 when the Organisation for African Unity (OAU) adopted the Declaration on the Rights and Welfare of the Child,[5] which is considered the 'precursor' to the African Children's Charter.[6] A relatively short period of two years elapsed between the drafting and adoption of the African Children's Charter, as opposed to the nine year-period between its drafting and entry into force. The African Children's Charter was first ratified by Seychelles in 1992,[7] and the 15th ratification, which was needed for its entry into force only came in 1999, seven years after the first ratification.[8] As at August 2018, the African Children's Charter has 48 state parties, leaving seven AU members yet to ratify it.[9]

It has been argued that 'a human rights guarantee is only as good as its supervision.'[10] This explains why the African Children's Committee is established under the African Children's Charter as an elected oversight body charged with supervising the implementation of the African Children's Charter. The African Children's Committee consists of 11 independent experts elected by the Assembly of Heads of State of the African Union.[11] The experts serve on the Committee in their individual capacities.[12] The Committee generally meets in an ordinary session twice a calendar year, but also holds extraordinary sessions as required. So far, the African Children's Committee has held only one extraordinary session.[13] The African Children's Committee has both a promotional and protective mandate. Under its protective mandate, it receives, considers and issues decisions on communications relation to

4 A Lloyd 'Evolution of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child and the African Committee of Experts: raising the gauntlet' (2002) 10 *International Journal of Children's Rights* 180.

5 www.chr.up.ac.za/chr_old/hr_docs/african/docs/ahsg/ahsg36.doc.

6 BD Mezmur 'Happy 18th birthday to the African Children's Rights Charter: not counting its days but making its days count' (2017) 1 *African Human Rights Yearbook* 127.

7 Seychelles ratified the African Children's Charter on 13 February 1992.

8 In accordance with art 47(3) of the Charter which states that '[t]he present Charter shall come into force 30 days after the reception by the Secretary-General of the Organization of African Unity of the instruments of ratification or adherence of 15 member states of the Organization of African Unity'.

9 These countries are: the Democratic Republic of Congo (DRC), Saharawi Republic, São Tome and Principe, Somalia, South Sudan, Tunisia and Morocco. Initially there were six countries that had not ratified the African Children's Charter, but with the re-admission of Morocco into the AU, the number increased to seven.

10 GM Wachira & A Ayinla 'Twenty years of elusive enforcement of the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights: a possible remedy' (2006) 6 *African Human Rights Law Journal* 466.

11 The 11 elected experts serve on the African Children's Committee for a five-year term, renewable only once. They are supported by a Secretariat, which currently operates within the Department of Social Affairs of the African Union Commission in Addis Ababa, Ethiopia.

12 Art 3(2) African Children's Rights Charter.

13 The African Children's Committee held its first extraordinary session on 7 October 2014 at the African Union Commission Headquarters, Addis Ababa, Ethiopia.

violations of the provisions of the African Children's Charter. As of March 2018, the African Children's Committee had issued decisions on the merits of four communications and also had one amicable settlement agreement negotiated under its auspices.[14]

This article offers a brief description of the communications procedure of the African Children's Committee, as well as a summary of three communications decided and one amicable settlement agreement.[15] The Communications Guidelines require that the African Children's Committee allow the state party a period of six months to implement the decision, following which it should submit a report on the measures taken to implement the decision.[16] Therefore, the African Children's Committee does not consider its task completed by simply issuing decisions on communications, but undertakes follow-up measures with a view to facilitate a prompt and effective implementation of its decisions.

Murray and Long describe follow-up as the

> process by which a treaty body, political body or other actor monitors and seeks information on what steps have been taken by the state following the delivery of a finding.'[17] The implementation of decisions is considered the 'process by which states take measures at the national level to address issues of concern raised by the human rights treaty bodies in their decisions.[18]

The premise for this article is that an effective follow-up on communication decisions by the African Children's Committee can significantly contribute to compliance by state parties. Since children often not form advocacy groups, or organize themselves to promote their own causes, follow-up in the context of children's rights is even more important. Nonetheless, the African Children's Committee's follow-up on the implementation of its decisions is still faced with a number of challenges. This article therefore examines the legal framework for the African Children's Committee follow-up on its decisions on communications. The article also examines the practical role played by the African Children's Committee in the follow-up of its decisions on communications, as well as some of the key challenges it is

This extra-ordinary session focused on the consideration of state party reports on the implementation of the African Children's Charter. The state party reports considered during this extraordinary session had been submitted by: Ethiopia; Guinea; Kenya; Mozambique and South Africa.

14 The four communications decided by the African Children's Committee were against Kenya, Uganda, Senegal and Mauritania. The lone amicable settlement agreement involved Malawi.

15 The discussion will not include the African Children's Committee's decision on the communication against Mauritania, issued during the 30th ordinary session of the African Children's Committee, which was held from 6 to 16 December 2017 in Khartoum, Sudan.

16 Less than a year after the issuance and publication of the decision against Mauritania, it is too early to make any real assessment of the efforts made by the African Children's Committee to follow up on the decision's implementation. The discussion is therefore limited to the other three decisions on communications and the amicable settlement.

17 R Murray & D Long *The implementation of the findings of the African Commission on Human and Peoples' Rights* (2015) 30.

18 Murray & Long (n 17) 27.

facing in doing so. The article draws some examples from other treaty bodies especially the UN treaty bodies. Finally, this article contends that not undertaking a systemic follow-up is not a cost neutral exercise, and as a result it explores possible approaches and proposes some recommendations with a view to improving the African Children's Committee's follow-up on its decisions on communications.

2 THE COMMUNICATIONS PROCEDURE OF THE AFRICAN CHILDREN'S COMMITTEE: A BRIEF OVERVIEW

A fundamental component of the protective mandate of the African Children's Committee is the communications procedure,[19] which allows it to receive and consider complaints and make decisions on issues that fall within the scope of the African Children's Charter.[20] In fact, the communications procedure is so fundamental to the object and purpose of the Charter itself that the African Children's Committee has taken exception to the reservation that the Government of Egypt entered in relation to article 44.[21] In two communications, *Dalia Lofty on behalf of Ahmed Bassiouny v Egypt*[22] and *Dalia Lofty on behalf of Emad v Egypt,*[23] the African Children's Committee did not dismiss the communications by declaring that it does not have jurisdiction to deal with them because the state party against whom they had been lodged entered a reservation to article 44. Rather, the Committee found this reservation to be incompatible with the object and purpose of the Charter,[24] thereby considering itself as having the mandate to entertain the two communications.[25]

19 Communications are submitted to the African Children's Committee in terms of article 44 of the African Children's Rights Charter.

20 The decisions from the African Children's Committee are not binding and they are 'decisions' as compared to 'judgments', however, the Committee has so far seen a lot of good will on the part of states to comply with its decisions. This is also manifested in the fact that to date, all state parties that have been approached for investigative missions have accepted and some states actually invite the African Children's Committee and facilitate its missions.

21 The current reservations to the African Children's Charter are those entered by Botswana, Egypt, Mauritania, and Sudan. See, for more details on these, Mezmur (n 6) 131.

22 Decision 8/Com/001/2016, African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child.

23 Decision 9/Com/002/2009, African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child.

24 See art 19(c) Vienna Convention on the Law of Treaties.

25 Ultimately, the Committee declared the communications to be inadmissible. Fortunately, the AU Executive Council has recognised the far-reaching consequences of reservations, and in 2014, and 2016, it called on states parties to withdraw their reservations to the African Children's Charter. AU Executive Council EX.CL/Dec.843(XXV) Decision on the Report of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child) para 3; AU Executive Council EX.CL/Dec.923(XXIX) Decision on the Report of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child Doc. EX.CL/977(XXIX) para 3.

The provisions of the African Children's Charter regarding who can lodge a complaint are very generous. Communications can be submitted by: specialised organs or agencies of the African Union (AU) or United Nations (UN); intergovernmental or non-governmental organisations; state parties to the African Children's Charter and any individual or group of natural or legal persons including children.[26] It is mandatory for communications submitted to the African Children's' Committee to first satisfy the admissibility requirements with respect to form and content. Based on strict admissibility requirements, communications received by the African Children's Committee could be declared either admissible or inadmissible.[27] Unless the African Children's Committee decides otherwise,[28] it is only after a communication has been declared admissible that it proceeds to consider the merits thereof.

At the conclusion of deliberations on the merits of a communication, the African Children's Committee issues a decision based on its findings. Where the African Children's Committee finds that provisions of the African Children's Charter have been violated, it ensures that its decision includes recommendations on actions to be taken in order to remedy the violations.

The African Children's Committee has so far declared three communications inadmissible, while four communications have been decided on their merits, and violations were found. Of the three communications the Committee declared inadmissible, two were against the Government of Egypt,[29] and one was against the Government of Cameroon.[30] The cases declared inadmissible do not contain any recommendations hence there is no follow-up that needs to be undertaken. This article therefore focuses only on the communications that were decided on their merits, they actually require follow-up measures.

The initial years of the African Children's Committee and its work on communications did not have a smooth take-off. Some of these challenges were due particularly to the delay in establishing the secretariat of the African Children's Committee, developing its communications Guidelines and eventually issuing the first decision on a communication. By 2005, a secretary for the African Children's

26 Art 44 African Charter on the Rights and Welfare of the Child.

27 Section IX(1) African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child Revised Guidelines for the Consideration of communications.

28 The African Children's Committee may decide to defer its decision on admissibility until the final determination of the merits of the communication. In such a case, the African Children's Committee sends a formal notification to the parties informing them of its decision to defer its decision on admissibility until the final determination of the merits.

29 *Ahmed Bassiouny* (n 22 above); *Emad* (n 22 above).

30 *Etoungou Nko'o on behalf of Mr and Mrs. Elogo Menye and Rev Daniel Ezo'o Ayo v The Government of Cameroon* Com/003/2016, African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child.

Committee had still not been recruited and this greatly delayed its work.[31] This caught the attention of the Executive Council, and the AU Commission was urged to strengthen the African Children's Committee by urgently ensuring a secretariat that functioned fully and effectively.[32]

The first communication was submitted to the African Children's Committee in 2005. At that time, the Communications Guidelines had not been developed, and so the consideration of this communication was deferred to a future date, and a decision on it was only issued in 2013.[33] It therefore took the African Children's Committee about eight years to finally issue a decision on the first ever communication that was submitted to it.

While on the topic of the time-lapse between submission of, and the issuance of decisions on communications, it is necessary to mention, the peculiar working methods that the Committee has implemented. Prime among these, is the practice of undertaking field visits before deciding on the merits of a communication. The two good examples in respect of this practice are the *Northern Uganda case*[34] and the *Mauritania* case,[35] where members of the Committee spent a number of days in the two countries and engaged with not only the complainants and the Government, but also various other stakeholders, including children.

While the African Children's Committee experienced a 'slow start',[36] over the years it has been able to gather the necessary momentum to enable it to make its mark on the child rights landscape of the African continent. According to Viljoen, 'the Committee has clearly taken significant strides forward ... and overcome some of the challenges it seemingly faced at the outset'.[37] In the last few years, the African Children's Committee has undoubtedly made progress, particularly with respect to its protective mandate. This is clearly reflected in the progressive decisions that the African Children's Committee has issued following its consideration of a number of communications, as well as the efforts made to follow up on the implementation of these decisions.

31 BD Mezmur 'The African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child: an update' (2006) 6 *African Human Rights Law Journal* 557.

32 AU Executive Council Decision on the Report of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, EX CL/Dec 233 (VII), para 9.

33 *Michelo Hansungule & Others (on behalf of children in Northern Uganda) v The Government of Uganda* (*Northern Uganda*) Com/1/2005, African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child para 13.

34 See 3.2 below for the summary of the communication.

35 http://www.acerwc.org/the-committee-has-ruled-on-the-communication-against-mauritania/

36 Mezmur (n 6) 127.

37 F Viljoen *International human rights law in Africa* (2012) 408.

3 SUMMARY OF THE COMMUNICATIONS

The communications that form the basis for this article are: *Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) and Open Society Justice Initiative on behalf of children of Nubian descent in Kenya v The Government of Kenya*;[38] *Michelo Hansungule & Others (on behalf of children in Northern Uganda) v The Government of Uganda*[39] and *Centre for Human Rights (University of Pretoria) and la Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme (Senegal) v Government of Senegal*.[40] As mentioned above, the African Children's Committee has also dealt with *Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v The Republic of* Malawi, which led to an amicable settlement,[41] that was reached between the parties under the auspices of the African Children's Committee.[42] This section of the discussion will provide summaries on the decided communications.

3.1 Children of Nubian descent in Kenya case

The case of the children of Nubian descent in Kenya is the second communication that was submitted to the African Children's Committee. It was jointly submitted by the Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) and the Open Society Justice Initiative (OSJI) on behalf of children of Nubian descent in Kenya against the government of Kenya. The Nubians in Kenya came from the Nuba Mountains, which are current part of Sudan, but find themselves in Kenya as the British colonial administration that used their services as part of the Queen's Army did not return them at the time of decolonization. The IHRDA and OSJI, in their complaint to the African Children's Committee, alleged that the British colonial authorities allocated the *Kibera* area in Kenya to be settled by the Nubian descendants but this was not accompanied by the grant of Kenyan citizenship. Subsequent Kenyan Governments have followed this same path by denying Kenyan citizenship to Nubian descendants in Kenya. A major difficulty arising out of this situation has been the inability of the

38 *Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) and Open Society Justice Initiative on behalf of children of Nubian descent in Kenya v Kenya* Com/002/2009, African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child.

39 *Northern Uganda* (n 33).

40 *Centre for Human Rights (University of Pretoria) and la Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme (Senegal) v Senegal* Com/001/2012, African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child.

41 *Institute for Human Rights and Development in Africa v Malawi* Com/001/2014, African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child.

42 Report on the consideration of an amicable settlement under the auspices of the Committee in *Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v The Government of Malawi* Com/001/2014, African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child http://www.acerwc.org/amicable-settlement-on-commu nication-no-004/# (accessed 15 November 2017).

Nubian descendants in Kenya to register the birth of their children, as well as to have access to education and health care services as they are stateless. Discrimination against children of Nubian descent permeated almost all aspects of life, depriving them of the basic and legitimate expectations that many Kenyans take for granted, including obtaining an identity card at the age of 18 years.

With this as the backdrop, the IHRDA and OSJI specifically alleged that the Government of Kenya had violated the right to freedom from discrimination;[43] the right to birth registration, and to acquire a nationality at birth;[44] the right to equal access to education;[45] and the right to equal access to health care and services.[46] Issued on 11 March 2011, the decision on the merits found the Government of Kenya to be in violation of the provisions of the African Children's Charter. The African Children's Committee did not stop at finding that the Kenyan Government had violated article 3; articles 6(2) - (4); article 11(3) and articles 14(2)(b), (c) and (g) of the African Children's Charter, but it also issued recommendations to the Government of Kenya.[47] In the recommendations, it asked the Government to report to the Committee on the measures it had taken to comply with the decision, and also explicitly indicated in the decision that it would appoint one of its members to do a follow up on the decision. It needs to be noted that the Government of Kenya did not cooperate - either by making written submissions or sending a delegation during the consideration of the case.

3.2 Northern Uganda case

This communication was submitted in 2005 by the Centre for Human Rights, University of Pretoria, and is based on the violations suffered by children in Northern Uganda during the long-standing armed conflict that took place in the area.[48] From 1986, the northern part of Uganda was plagued by insurrection, which brought great suffering to the people in the area. It also led to gross violations of human rights, especially against children, as they were often victims of abduction, sexual violence, displacement, and recruitment and use by rebel groups and the armed forces. On the strength of these, the complainants submitted a communication to the African Children's Committee alleging that the Government of Uganda had violated a number of provisions of the African Children's Charter. The rights that were alleged to have been violated included: the right of children to be protected from being involved in armed conflict;[49] the right to education;[50] the right to life, survival and development;[51] the right to

43 Art 3 African Children's Charter.

44 Art 6(2)-(4) African Children's Rights Charter.

45 Art 11(3) African Children's Rights Charter.

46 Art 14 African Children's Rights Charter.

47 *IHRDA* (n 42) paras 69(1)-(5) http://www.acerwc.org/communications/# (accessed 28 November 2017).

48 *Northern Uganda* (n 33) para 13.

enjoy the best attainable state of physical, mental and spiritual health;[52] and the right to be protected from sexual abuse and violence.[53]

By the time the African Children's Committee was issuing its decision on this communication, the situation, including the child rights violations, in the northern part of Uganda had improved. The African Children's Committee did not pretend to be oblivious of these developments, and took them into consideration while deciding on the merits of the communication. After all, the Committee had undertaken a field visit to the affected area before deciding on the merits of the case. In its decision on the merits, the African Children's Committee only found a violation of article 22 (the right of the child to be protected from being involved in armed conflict) and a violation of article 1(1)) of the African Children's Charter. The African Children's Committee did not find that there had been any other of the violations which the complainants alleged. Consequently, the African Children's Committee made six main recommendations to be implemented by the government of Uganda in order to address the violations of children's rights and to prevent any recurrence.[54]

3.3 Talibé in Senegal case

In July 2012, the Centre for Human Rights and la Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme (RADDHO), Senegal jointly submitted a communication to the African Children's Committee against the Government of Senegal. The complainants alleged that in the urban centres of Senegal, instructors – *marabouts* – at the Qur'anic schools – *daaras* – had been forcing and still continued to force their students, *Talibé* children aged 4 to 14, to work as beggars on the streets. In spite of the fact that begging on the street is criminalised under Senegalese law, the *marabouts* set daily quotas for begging. These quotas were expected to be met by all the children in the *daaras*. On occasions when the *Talibé* children failed to meet the said quotas they were beaten and punished by the *marabouts*. The complainants further alleged that the Government of Senegal had failed to address this issue and protect the *Talibé* children. The right to freedom of religion and religious education, on the one hand, and the right to protection on the other, are the main competing rights covered in the case. The complainants alleged that the government of Senegal had violated articles 4, 5, 11, 12, 14, 15, 16, 21 and 29 of the African Children's Charter.

49 Art 6(2)-(4) of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child 1990 African Children's Charter, art 22.

50 Art 11 African Children's Rights Charter.

51 Art 5 African Children's Rights Charter.

52 Art 14 African Children's Rights Charter.

53 Art 16 & 27 African Children's Rights Charter.

54 *Northern Uganda* (n 33) para 81.

On 15 April 2014, the African Children's Committee issued its decision on the merits of the communication and found multiple violations of the African Children's Charter. The specific provisions of the African Children's Charter that had been violated were articles 4, 5, 11, 14, 15, 16, 21 and 29. The African Children' Committee also made some extensive recommendations aimed at addressing the violations suffered by the *Talibé* children and preventing the recurrence of such violations. This decision makes no reference to article 12, which was specifically pleaded by the complainants in their communication.[55]

In its finding, the African Children's Committee held the government of Senegal responsible for the activities of the *marabouts* in the *daaras*. This decision also signals that even in the instances where non-state actors within the territory of a state party violate the rights protected under the African Children's Charter, the state party still has the responsibility to protect. The recommendations also emphasize the need to bridge the gap between norms and practice.

3.4 The Malawian definition of a child case

The case of the *Malawian constitutional definition of a child* distinguishes itself as one of the African Children's Committee's most unique experiences with the communications procedure. This is due to the fact that although this communication was submitted to the African Children's Committee in accordance with article 44(1) of the African Children's Charter, it did not go through the 'usual communications procedure' which had been followed in the other three communications that had previously been considered by the African Children's Committee. Like other previously decided communications, the African Children's Committee considered the admissibility of the case of the *Malawian constitutional definition of a child,* and it was declared admissible.

This communication was initiated in 2014 by the IHRDA against the Republic of Malawi based on the fact that the definition of a child under the Malawian Constitution contrasted with the definition of a Child under the African Children's Charter.[56] The Malawian Constitution defined a child as any person under the age of 16, whereas the African Children's Charter considers a child to be a person below the age of 18. The complainant alleged that the respondent state had violated article 2 as well as articles 1 and 3 of the African Children's Charter, especially due to the exclusion of children in Malawi between the ages of 16 and 18 years from the protection to which they are entitled under the African Children's Charter.

55 It, however, comes as a surprise, arguably, that the African Children's Committee failed to adopt a gender sensitive approach in its decision on the merits of the *Talibé* case, as the forced begging by children on the streets, as well as issues of health, education, trafficking and abduction do not necessarily affect girl children in exactly the same manner as they affect boys.

56 Sec 23(5) Constitution of Malawi.

In conformity with section IX of its Revised Guidelines on the Consideration of Communications (Revised Communications Guidelines), the African Children's Committee considered the admissibility of the communication, and set a date to hear both parties on the merits of the case. However, before considering the merits of the communication, the African Children's Committee received a request for an amicable settlement from the parties to this communication. The African Children's Committee, in line with section 13 of its Revised communications Guidelines, granted the parties' request. Subsequently, the parties agreed on the terms of the amicable settlement and this was presented to the African Children's Committee, which adopted it.[57]

The amicable settlement approach taken by the African Children's Committee is commendable as it helps to reduce potential tensions that may arise during contentious proceedings. It also eases follow-up since both parties willingly agreed to the terms of the amicable settlement. This approach also allows more room for constructive dialogue between the parties and contributes to the creation of an environment for mutual respect and understanding between the parties. This also paves the way for stronger collaboration at the follow-up and implementation phase. Following the adoption of this amicable settlement, Malawi amended its Constitution to raise the definition of a child to 18 years of age.

4 FRAMEWORK FOR THE AFRICAN CHILDREN'S COMMITTEE'S FOLLOW-UP ON ITS DECISIONS ON COMMUNICATIONS

The ratification of human rights treaties does not necessarily guarantee respect for human rights and the implementation of the decisions of human rights treaty bodies. There are a variety of reasons that explain states' failure to implement or comply with the decisions of international human rights treaty bodies, including: the lack of political will; resource constraints, the binding and non-binding nature of human rights treaty bodies' recommendations; as well as other competing national interests.[58] It has been argued that one of the major reasons for non-compliance in the case of the African Commission on

57 Pursuant to the provisions of section XIII(2) of the Revised Communications Guidelines, the African Children's Committee adopted this amicable settlement. Although the amicable settlement had been reached under the auspices of the African Children's Committee, it was maintained that the African Children's Committee continued to be seized of this communication.

58 F Viljoen & L Louw 'The status of the findings of the African Commission: From moral persuasion to legal obligation' (2004) 48 *Journal of African Law* 2.

Human and Peoples' Rights (African Commission) is 'political unwillingness' on the part of state parties.[59] Wachira and Ayinla also lay emphasis on the fact that political will is crucial to the implementation of the decisions of human rights treaty bodies, and that without it compliance can hardly be guaranteed.[60]

In spite of the fact that the political will of state parties has been found to be a decisive factor in the implementation of and compliance with, the decisions of human rights treaty bodies, it is not a 'magic wand'.[61] Implementation of decisions does not depend exclusively on the political will of state parties. There are other aspects that need to be addressed in order to enhance human rights implementation and compliance, one of these is the issue of follow-up.

Previous research on the implementation of decisions issued by the Commission reveals the need for follow-up by treaty bodies in order to improve implementation and compliance.[62] Follow-up has been found to be important, because it has a huge potential to influence implementation and also nurture the much needed political will.[63] It has been argued that follow-up and implementation require a 'multi-tiered approach and a coalition of actors' at both national and international levels.[64] While follow-up could be undertaken by both state and non-state actors, the role played by human rights treaty bodies is crucial to improving states' compliance with decisions on communications. This can be achieved through various means and more importantly through the 'carrot and stick' approach, as well as constructive dialogue between the treaty body mechanisms and state party concerned.[65]

Human rights treaty bodies, through their follow-up procedures, have huge potential to enhance states' compliance with their decisions on communications.[66] The absence of such follow-up by human rights treaty bodies is often associated with greater uncertainty about

59 Viljoen & Louw (n 58) 3.

60 Wachira & Ayinla (n 10).

61 Human Rights Implementation Centre, University of Bristol 'Follow-up and implementation of decisions by human rights treaty bodies' http://www.bristol.ac.uk/law/research/centres-themes/hric/hricdocs/semrep2009.pdf (accessed 20 May 2017).

62 F Viljoen & L Louw 'State compliance with the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 1994-2004' (2007) 101 *American Journal of International Law* 1.

63 R Eno 'The place of the African Commission in the new African dispensation' (2002) 11 *African Security Studies* 63, 67.

64 R Murray & D Long *The implementation of the findings of the African Commission on Human and Peoples' Rights* (2015) 35.

65 As above.

66 To achieve this, various follow-up measures have been used by different UN treaty bodies including the UN Human Rights Committee (CCPR Committee), the Committee against Torture (CAT), the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), and the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW).

compliance with human rights treaty bodies' decisions on communications.[67] In the case of the UN Human Rights Committee (CCPR Committee), for instance, the 'Special Rapporteur for Follow-up on Views' (Special Rapporteur on Views) was established by the CCPR Committee as early as July 1990.[68]

The African Children's Committee, like the African Commission, lacks an institutionalised follow-up mechanism. This notwithstanding, the Guidelines for Periodic Reports of states parties, as well as the Revised Communications Guidelines of the African Children's Committee make reference to issues relating to follow-up on the implementation of decisions on communications. The African Children's Committee has also undertaken other follow-up measures: country visits, implementation hearings, and reporting under amicable settlement agreements. It has also used its reporting opportunity to AU political organs to solicit positive political pressure for compliance with decisions on communications by states concerned. The article now turns to these issues.

4.1 State party reporting as a tool for follow-up

The Guidelines for Periodic Reports of state parties clearly lay down the form and content of such reports. According to these Guidelines, among others, state parties to the African Children's Charter are required to provide information on the implementation of and compliance with decisions of the African Children's Committee.[69]

It is important for the Committee to be proactive, and for instance, at the time of drafting the List of Issues, to include a question on follow-up on decisions on communications.[70] This could assist to receive a written response, but also to send advance notice to the state party that one of the issues on which the Committee plans to engage with the state party is in relation to implementation of decisions. Also, the African Children's Committee, similarly to many other treaty bodies, undertakes to implement the practice that if an issue is not raised either in the List of Issues, or during the constructive dialogue with the state report, it cannot be included in the Concluding Observations that

67 R Murray 'The African Charter on Human and Peoples' Rights 1987 – 2000: An overview of its progress and problems' (2001) 1 *African Human Rights Law Journal* 10.

68 Rule 101(1) of the UN Human Rights Committee Rules of Procedure CCPR/C/3/Rev.10 (2012).

69 Guidelines on the Form and Content of Periodic state party Reports Submitted Pursuant to article 43(1)(b) of the ACRWC sec D(12) http://www.acerwc.org/download/acerwc-state-parties-reporting-guidelines/?wpdmdl=8694 (accessed 7 September 2018).

70 It is to be noted that Kenya, Uganda, Senegal and Malawi – countries that have been a subject of a communication under the African Children's Charter and been dealt with in this article, have submitted a state party report to the Committee.

recommend measures to the state.[71] As a result, the extent to which the Reporting Guidelines are explicit and detailed on follow-up on decisions could also chart the way forward on the nature of discussions held during the dialogue, and the extent to which specific recommendations on follow-up can be included in the Concluding Observations issued by the Committee.

4.2 Follow-up in the Revised Communication Guidelines

Section XXI(2)(i) – (iv) of the Revised Communication Guidelines of the African Children's Committee briefly address the issue of follow-up on the implementation of decisions on communications by providing as follows:

> (i) The Committee shall appoint a Rapporteur for each communication for the purpose of monitoring the implementation of the Committee's decision by the State Party concerned.
>
> (ii) The Rapporteur for a Communication shall monitor the measures taken by the State Party concerned to give effect to the Committee's recommendations made in its decision on the communication.
>
> (iii) The Rapporteur for a communication may make such contact as is necessary with the relevant persons and institutions in the State Party concerned and take such action as may be appropriate to ascertain the measures adopted by the State Party concerned in implementing the recommendations of the Committee made in its decision on the communication.
>
> (iv) At each ordinary session of the Committee, the Rapporteur for a Communication shall present a report during the public session on the progress of the State Party concerned in implementing the Committee's decision and make any necessary recommendations for improving the State's implementation of the decision.

The provisions of section XXI(2) of the Revised Communications Guidelines appear to provide adequate room for proactive measures by a designated rapporteur for a communication. For instance, on the basis of section XXI(2)(iii), the rapporteur could request the development of compliance plans[72] by the state concerned, which could include timetables for implementation of specific decisions, as well as precisely defined levels of compliance. This facilitates monitoring the progress on implementation and provides clarity in terms of the specific steps required to achieve full compliance. The CCPR Committee traditionally distinguished between three different levels of compliance with its recommendations. These grades correspond

71 This approach is intended to guarantee that a state party has an opportunity to have its views heard on a matter either through the state party Report, its response to the list of issues, or during the constructive dialogue.

72 ESCR-Net 'Discussion paper on key proposals regarding the follow-up on views issued by UN human rights treaty bodies' https://www.escr-net.org/sites/default/files/attachments/key_proposals_regarding_the_follow-up_on_views_issued_by_un_hum an_rights_treaty_bodies_0.pdf (accessed 7 September 2018).

with two broad categories of compliance, namely; cases where compliance has been 'satisfactory',[73] and cases where compliance is deemed not to be satisfactory.[74]

Moreover, the extent to which section XXI(2)(iv) is utilised by the African Children's Committee is questionable. Do all decisions designate a rapporteur for follow-up? When was the last time a designated rapporteur presented a report to the plenary in open session? If this is done, is it done at 'each ordinary session' in terms of section XXI(2)iv? These questions need reflection within and outside the African Children's Committee.

4.3 Country visits

As reflected in the report of the 19th ordinary session of the African Children's Committee, it is its practice to set up different teams to follow up on the implementation of its decisions on communications.[75]

Three members were designated for the children of Nubian descent in Kenya case and two members for the *Talibé* children in Senegal case.[76] During these follow-up missions, the members of the African Children's Committee are accompanied by members of its secretariat. The mandate of members designated to follow up on the communications typically involved on-site visits to the relevant countries and engaging the various stakeholders, and reporting back on their findings to the African Children's Committee.

In January 2013, the African Children's Committee undertook a mission to Kenya to follow up on the implementation of its decision on the case of the children on Nubian descent in Kenya.[77] During this follow-up mission, the African Children's Committee engaged with a range of stakeholders on the situation of children of Nubian descent in Kenya. The government entities with which the African Children's Committee engaged while in Kenya included the Attorney General's Office; the Department of Civil Registration; the Ministry of Education; the Ministry of Gender, Children and Social Development; the Ministry of Justice, National Cohesion and Constitutional Affairs; the Ministry

73 This is defined as 'the willingness of a state party to implement the Committee's recommendations or offer the complainant an appropriate remedy'.

74 This usually refers to instances where state parties do not respond to the Committee's finding or do respond, but 'do not address the Committee's Views at all or relate only to aspect of them (sic)'. Further to this, the CCPR Committee developed even more complex compliance categories, which include different levels- A, B, C, D and E. See, CCPR Committee 'Follow-up progress report on individual communications received and processed between June 2014 and January 2015' CCPR/C/113/3, 29 June 2015.

75 Report on the 19th Session of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, held in Addis-Ababa, Ethiopia, from 26-30 March 2012 ACERWC/Rpt (XIX).

76 As above.

77 Report on the 21st Session of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, held in Addis-Ababa, Ethiopia, from 15-19 April 2013 ACERWC/Rpt (XXI) para 56.

of Medical Services; the Nairobi City Council; the National Assembly; the National Gender and Equality Commission and the State Law Office. The African Children's Committee equally engaged with the country offices of UN agencies in Kenya such as the United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF) and the World Health Organisation (WHO), and with NGOs in Kenya. At the community level the African Children's Committee also met with the Nubian Council of Elders. The African Children's Committee concluded this follow-up mission by calling on the Kenyan government to expand and accelerate its efforts to fully implement the decision on the case of the children on Nubian descent in Kenya.[78]

In 2015, the African Children's Committee undertook an on-site visit to Senegal with a view to follow up on the implementation of its decision on the *Talibé* case. During this follow-up mission the African Children's Committee engaged in constructive dialogue with the government of Senegal and also facilitated dialogue between the parties to the case. This visit to Senegal also laid the foundation for eventual follow-up, such as the African Children's Committee's first implementation hearing, which brought together representatives of the government of Senegal and the complainants, RADDHO and the Centre for Human Rights.

Regarding the Northern Uganda case, the African Children's Committee is yet to undertake a follow-up mission to the country. It is important to note that the mission undertaken in February 2013 by the African Children's Committee to Uganda at the time the communication was being considered, although not a follow-up measure in itself, laid a good foundation for subsequent follow-up.[79] This is because the African Children's Committee had already engaged with the Government of Uganda during the investigative stage and that it is more likely to be easier to resume discussions on this issue when the follow-up eventually begins.

Undertaking a country visit as a follow-up on the implementation of decisions is not without its limitations. For instance, it is usually expensive. So questions arise around who pays. Can the complainant contribute? What about the respondent state? If any of the parties were to contribute to the costs associated with the country visit, does that not affect the independence as well as credibility of the visit, and the findings? What alternate plans can be put in place if the state concerned refuses to allow a visit? And even worse, what if the state concerned changes its mind and withdraws the permission for the visit once the Committee members and secretariat have arrived in the state? Among others, the well-established experience of Special Rapporteurs of the UN human rights system as well as those of the African Commission could offer some guidance on the answers to some of these questions.

78 As above.

79 See *Northern Uganda* (n 33) para 17.

4.4 Implementation hearings

While the African Children's Committee carries out follow-up during on-site visits to the relevant states, it also acknowledges that a more detailed appraisal of the progress made by a respondent state towards implementing its decision is crucial to the follow-up process. According to its Revised Communications Guidelines, state parties to communications are required to report to the African Children's Committee on the measures taken towards the implementation of its decisions on communications.[80] Typically, a state party to a communication is required to provide the African Children's Committee with information on implementation within 180 days from the date of receipt of a decision on a communication. As is the practice of the African Children's Committee, the requirement to report on implementation within 180 days is always stated as one of the recommendations in the decision on a communication. Some of the states parties to the communications decided by the African Children's Committee have actually complied with this requirement by submitting their implementation reports, despite the delays that have been recorded.

As at August 2018, two state parties – Kenya and Senegal – have already submitted their reports on the implementation of the African Children's Committee's decisions on communications, and these reports were considered during an implementation hearing on each of the communications.[81] These implementation hearings were held during the 29th ordinary session of the African Children's Committee in May 2017.[82] The Centre for Human Rights and RADDHO, as complainants in the *Talibé* case, participated in the implementation hearing during which the African Children's Committee engaged with the government of Senegal and highlighted areas where further follow-up is still required in order to implement the decision.[83] This could be interpreted as an indication that the follow-up visits by the African Children's Committee to Kenya and Senegal yielded good results, which led to the participation of these countries in the implementation hearings.

80 Section XXI(2) of the Revised Communications Guidelines.

81 Centre for Human Rights 'Centre for Human Rights takes part in African Children's Rights Committee hearing on implementation' http://www.chr.up.ac.za/index.php/centre-news-a-events-2017/1813-centre-for-human-rights-takes-part-in-african-childrens-rights-committee-hearing-on-implementation.html (accessed 30 November 2017). Although the Revised Communications Guidelines provide that a state party to communication must provide the African Children's Committee with information on the measures taken to implement its decision, there is no provision that lays down the procedure for the consideration of implementation reports.

82 Centre for Human Rights 'Centre for Human Rights takes part in African Children's Rights Committee hearing on implementation' http://www.chr.up.ac.za/index.php/centre-news-a-events-2017/1813-centre-for-human-rights-takes-part-in-african-childrens-rights-committee-hearing-on-implementation.html (accessed 10 December 2017).

83 As above.

It is commendable that the African Children's Committee does not confine implementation hearings to closed sessions, which are only attended by its members. The implementation hearings have been held as open sessions where parties to a communication, as well as civil society organisations and other stakeholders can attend. However, only parties to a particular communication have been allowed to engage with the African Children's Committee during its implementation hearings and others merely observe the process. This prevents the broader civil society and other stakeholders, as well as national human rights institutions (NHRIs) from directly engaging and sharing information that could facilitate the follow-up process. Although the African Children's Committee has already conducted implementation hearings for two of its decisions, these were done without any laid down procedure. This is due to the absence of any text or approved standards to guide the process. There is therefore a need to address this gap by developing guidelines on how the implementation hearings should be conducted.

4.5 Reporting under amicable settlement agreement

In the course of the communications procedure, parties are allowed to amicably settle their dispute at any time before the African Children's Committee passes its decision on the merits of a communication.[84] Once an amicable settlement is reached, the Secretariat of the African Children's Committee prepares an initial report and submits it to the parties for endorsement.[85] The Secretariat then submits the final report to the African Children's Committee for adoption.[86] The African Children's Committee then follows up and supervises the implementation of the terms of the amicable settlement agreement. This is done through a reporting system that requires the state party to report to the African Children's Committee on the progress with respect to the implementation of the amicable settlement agreement.

In *Institute for Human Rights and Development in Africa v The Government of Malawi*,[87] the African Children's Committee noted that it remains seized of the communication, whereas the state party should comply with the elements of the agreement.[88] One of the obligations of the state party under this amicable settlement agreement is to report to the African Children's Committee on the implementation of the terms of the agreement. In this regard, the African Children's Committee has so far received three implementation reports from the government of

84 Sec XIII(1)(i) of the Revised Communications Guidelines.

85 Sec XIII(2) of the Revised Communications Guidelines.

86 As above.

87 *IHRDA* (n 42 above).

88 Report on the consideration of an amicable settlement under the auspices of the Committee in Communication No 004/Com/001/2014 - *Institute for Human Rights and Development in Africa v The Government of Malawi* http://www.acerwc.org/amicable-settlement-on-communication-no-004/# (accessed 15 December 2017).

Malawi in line with the amicable settlement agreement entered into with the IHRDA on 29 October 2016. The reporting under the amicable settlement agreements allows the African Children's Committee to keep track of the progress on implementation, and also to intervene if necessary.

4.6 Reporting to the AU political organs

It is argued that the lack of political will is one of the key challenges to the implementation of decisions of international human rights bodies.[89] Equally, emphasis has been placed on the fact that political will is crucial to the implementation of the decisions of human rights treaty bodies, and that without the requisite political will, compliance can hardly be guaranteed.[90]

Considering that political will is of vital importance to implementation, the African Children's Committee has engaged the political organs of the AU to assist in influencing states to develop the requisite political will to implement its decisions on communications. For instance, in its reporting responsibility to the Executive Council of the AU, the African Children's Committee has engaged in efforts to bring issues of children's rights that it is dealing with in the context of the communications framework to the fore of the political agenda of the Union.[91]

During the 27th ordinary session of the AU Executive Council, the African Children's Committee presented its report, which also made reference to the *Talibé* decision. In its decision on this report, the AU Executive Council urged the government of Senegal to implement the *Talibé* decision.[92] In its July 2012 decision, too, the Executive Council requested the Peace and Security Council to take into account the rights of the child in its work and also cooperate with the African Children's Committee.[93] This recommendation seems to have been triggered, at least in part, as a result of the communication against Uganda that the African Children's Committee was considering. As a result, in the same decision of the Executive Council, the Government of Uganda's invitation to the Committee to undertake a mission to the country to

89 Viljoen & Louw (n 62) 2.

90 Wachira & Ayinla (n 10) 490.

91 AU Executive Council EX CL/Dec 889 (XXVII) Decision on the Report of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child – Doc. EX.CL/923(XXVII) para 7(ii) https://au.int/sites/default/files/decisions/31762-ex_cl_dec_873_-_898 _xxvii_e.pdf (accessed 17 December 2017).

92 AU Executive Council EX CL/Dec 889 (XXVII) Decision on the Report of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child – Doc. EX.CL/923(XXVII) para 7(ii).

93 AU Executive Council EX.CL/Dec 712(XXI) Decision on the Report of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child – Doc EX.CL/744(XXI) para 7.

engage with stakeholders on the issue of children and armed conflict was also welcomed by the Council.[94]

While the actual impact of such decisions by AU political organs needs further research, at face value they serve as an entry point for engagement with the concerned state by the African Children's Committee. In future, it might be useful if the content of such decisions is refined, for instance, to include the time frame with which compliance by the state concerned is expected. Also, in so far as the African Children's Committee is concerned, with a view to improve consistency and regularity, a leaf could be taken from the CCPR Committee, which in its annual report to the UN General Assembly also includes a chapter on follow-up.[95]

5 CONCLUSION

This article canvassed the advantages as well as limitations of the current practice of follow-up on communications of the African Children's Committee. What is in part evident from the article is that no specific follow-up mechanism is probably fully effective in its own right. A combination of the various options for follow-up is relevant, and this needs to be decided on a case-by-case basis.

The African Children's Committee needs to develop an institutionalised follow-up mechanism to replace all ad-hoc follow-up procedures. As part of this process it should consider to develop comprehensive guidelines on follow-up that should clearly define issues such as: child participation; procedure to be followed before, during and after implementation hearings and collaboration with civil society organizations (CSOs), NHRIs and national follow-up mechanisms. The African Children's Committee equally needs to put in place a strong data collection and analysis system for its follow-ups, and also fully operationalise sections XXI(2)(i) – (iv) of the Revised Communication Guidelines, and for instance, appoint a rapporteur on follow-up, with a clear mandate to oversee and report on all follow-up of decisions on communications. The need to ensure that high-level state authorities with decision-making powers and appropriate expertise on child rights issues participate in implementation hearings is also critical.

While reporting to the AU political organs and its potential role in an effective follow-up on the implementation of decisions on a communication were rightly given due emphasis, what should not be lost sight of is the role of the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court). In 2013, sensing the benefit that direct access to the African Court could herald for the protection of children's rights in

94 AU Executive Council EX.CL/Dec 712(XXI) Decision on the Report of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child – Doc EX.CL/744(XXI) para 9.

95 Rule 101(1) of the UN Human Rights Committee Rules of procedure CCPR/C/3/Rev.10 (2012).

Africa, the African Children's Committee made an application for an advisory opinion from the Court. The submission requested the Court to declare the African Children's Committee as one of the bodies that is entitled to directly bring cases to the Court. Article 4(1) of the Protocol and Rule of Court 68(1), which allows a member state, the AU, or any African organisation recognised by the AU to access the Court directly, was invoked as a basis for seeking the advisory opinion. The African Court issued the advisory opinion[96] indicating that while the African Children's Committee was an organ of the AU,[97] it was not an 'intergovernmental organisation' and consequently lacked direct access to the Court.[98] Against this background, the Court advised that it was 'highly desirable' for the African Children's Committee to have direct access to it as a way of complementing its mandate in the protection and promotion of the rights of a child in Africa.[99] Subsequent to this advisory opinion, a process to amend the Court Protocol to give direct access to the African Children's Committee has been initiated, and this needs to be expedited in earnest, as, it will facilitate efforts to follow-up on decisions on communications.

Currently the number of communications that are decided on their merits by the African Children's Committee is quite limited. This also means that the human as well as financial resources required to undertake a meaningful follow-up on these decisions are more manageable now than they would probably be in the future, when the number of cases grows. As a result, now is the more opportune time to develop a more structured and effective follow-up procedure.

It is evident that this article is an initial attempt to explore the various issues that arise in the context of an effective follow-up of decisions on communications made by the African Children's Committee. A long list of questions not explored in this article can be raised. For example, what is the extent to which the wording used in a decision [for instance, very specific and demanding, on the one hand, and general and giving more leverage to the state party concerned, on the other] plays a role in the potential success of follow-up measures? How does the participation or lack of it by a state concerned in the consideration of a communication affect future follow-up on a decision? What should be the role of child participation in follow-up? How about the role of CSOs, NHRIs and the media? Also does an offer of technical cooperation from stakeholders such as UNICEF to a state concerned to implement a decision facilitate follow-up? Should the African Children's Committee be proactive in facilitating amicable

96 Advisory Opinion, Request 2/2013, 5 December 2014, https://afchpr-commentary.uwazi.io/en/document/gvsqkyeyjtm4pldi?page=1 (accessed 19 December 2017); Report on the 27th Session of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, held in Addis-Ababa, Ethiopia, from 2-6 May 2016 ACERWC/Rpt (XXVII) para 93 http://www.acerwc.org/download/27th-ordinary-session-report/?wpdmdl=9811 (accessed 19 December 2017); See also M Killander 'Human rights developments in the African Union during 2014' (2015) 15 *African Human Rights Law Journal* 552.

97 Advisory Opinion, Request 2/2013 paras 47 & 48.

98 Advisory Opinion, Request 2/2013 paras 66-74.

99 Advisory Opinion, Request 2/2013 paras 75.

settlements in relation to, most of its communications, with the assumption that follow-up on amicable settlement agreements is less difficult and more effective?

The answers to these and other related questions are not clear, and require further research. What is clear, however, is that an effective follow-up mechanism on the implementation of decisions on communications should be a choice-less choice that is high on the agenda of the African Children's Committee.

The interpretation of the right to mental health in the Africa and American systems

Miriam Wachira and Doug Cassell***

ABSTRACT: The right to health is now justiciable in both the African and Inter-American human rights systems. In Africa, the right to mental health however is still not given priority, leaving persons with mental disabilities marginalised and discriminated against in the allocation of resources. The Lunatics Detention Act of The Gambia has not been amended to comply with the recommendations of the Commission on Human and Peoples' Rights and this reflects how the state views the right to mental health and the weight it attaches to the Commission's recommendations in the *Purohit* case. By comparison, when the *Ximenes-Lopes* case to the American system was still ongoing, the state had already started reforms and has since complied with all the recommendations. The African Commission held that mental health patients had a right to decide their treatment and viewed involuntary detention under mental health legislation as a violation of the right to liberty and security of the person and the prohibition against arbitrary detention. The Inter-American system held that the right to personal liberty established in article 7 of the American Convention on Human Rights also protects people with mental disabilities from institutionalisation. Based on the analysis of the two cases, the article concludes that there is a need for policy change and resource allocation for mental health patients by African states to ensure that they enjoy their right to health.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

L'interprétation du droit à la santé mentale dans les systèmes africain et américain de droits de l'homme

RÉSUMÉ: Le droit à la santé est désormais justiciable dans les systèmes africain et interaméricain des droits de l'homme. Cependant, ce droit n'est toujours pas une priorité en Afrique, laissant les personnes handicapées mentales marginalisées et discriminées dans l'allocation des ressources. La loi gambienne sur la détention des personnes handicapées mentales n'a pas été modifiée pour se conformer aux recommandations de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Cette absence de conformité aux recommandations reflète la manière dont l'État considère le droit à la santé mentale et la valeur qu'il accorde aux recommandations de la Commission africaine dans l'affaire purohit. Comparativement à l'affaire *Purohit*, l'Etat, alors que l'affaire *Ximenes-Lopes* dans le système américain était toujours pendante, avait déjà entamé des réformes et s'était depuis lors conformé à toutes les recommandations. Dans sa décision, la Commission africaine avait estimé que les patients souffrant de troubles mentaux avaient le droit de décider de leur traitement et considérait la détention involontaire au sens de la législation relative à la santé mentale comme une violation du droit à la liberté et à la sécurité de la

* LLM (Notre Dame), MBA (East London), LLB (Nairobi), Dip. Law (KSL), Advocate of the High Court of Kenya; wangariwachira7@gmail.com

** JD (Harvard); Emeritus Professor of Law; Notre Dame Presidential Fellow; Notre Dame Law School; Doug.Cassel@nd.edu

M Wachira & D Cassell 'The interpretation of the right to mental health in the Africa and American systems' (2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 223-242
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a10

personne et de l'interdiction de la détention arbitraire. Le système interaméricain a estimé que le droit à la liberté individuelle énoncé à l'article 7 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme protège également les personnes handicapées mentales du placement en établissement. Sur la base de l'analyse des deux cas, l'article conclut qu'il est nécessaire que les États africains modifient leurs politiques et affectent des ressources aux patients atteints de maladies mentales, afin de leur assurer la jouissance de leur droit à la santé.

KEY WORDS: right to health, mental health, African Commission, Inter-American Court

CONTENT:

1 Introduction 224
2 The right to mental health in international law 226
2.1 Policy and resources for mental health 228
2.2 Dignity of mental health patients 230
2.3 Participation and consent of mental health patients in their treatment and institutionalisation
3 The right to mental health in the African system 231
4 The right to mental health in the Inter-American system 235
5 Comparison of the Africa and Inter-American systems 240
6 Conclusion 242

1 INTRODUCTION

The rights of persons with mental illness[1] are frequently violated during their treatment despite legal protection of the right to mental health. [2] The right to mental health is mostly seen as encompassed within the right to health, as captured by Dainius Pūras, the Special Rapporteur on Right to Health: 'Firstly, there is no health without mental health. Secondly, good mental health means much more than absence of a mental impairment.'[3] Mental health patients are faced with a myriad of challenges stemming from inadequate resources to facilitating their treatment to society stigmatisation and segregation. The call on the society and all duty bearers is, in words of Brundtland, 'to ensure that ours will be the last generation that allows shame and stigma to rule

1 According to the World Health Organisation (WHO), people with mental disabilities have mental disorders that 'comprise a broad range of problems, with different symptoms. However, they are generally characterized by some combination of abnormal thoughts, emotions, behaviour and relationships with others. Examples are schizophrenia, depression, mental retardation and disorders due to drug abuse'. WHO 'Health topics – mental disorders' 2 November 2017 http://www.who.int/mental_health/management/en/ (accessed 21 January 2019).

2 UN General Assembly 'Standard rules on the equalisation of opportunities for persons with disabilities' UNGA Res 48/96 20 December 1993 A/RES/48/96 para 17 provides that 'the term 'disability' summarises a great number of different functional limitations ... [p]eople may be disabled by physical, intellectual or sensory impairment, medical conditions or mental illness ...' http://www.un.org/esa/socdev/enable/dissre01.htm (accessed 21 January 2019).

3 D Pūras 'Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health' A/HRC/29/33 para 76 http://www.ohchr.org/EN/Issues/Health/Pages/AnnualReports.aspx (accessed 21 January 2019).

over science and reason'.[4] Marginalisation and stigmatisation are fuelled by the historical divide, both in policies and practices, between mental and physical health, a fact that resulted in the political, professional and geographical isolation of mental health care.[5] People with mental disability rarely get a chance to participate in decisions on their treatment.[6] States have also allocated minimal resources to mental health treatment and have not updated their policies despite the widespread mental illness being experienced.[7] Persons with mental health issues are often seen as not being capable of making decisions and are sometimes institutionalised without their consent.[8] They are frequently forced to take medication and at times they are treated inhumanely, often being chained to soiled beds for long periods of time, subjected to violence and torture, the administration of treatment without informed consent, unmodified use of electro-convulsive therapy (ECT),[9] grossly inadequate sanitation, and inadequate nutrition.[10] Persons with mental disability are prone to systematic abuse especially in institutions since there is no monitoring and accountability structures.[11]

This paper examines and compares how the right to mental health has been interpreted in the African and Inter-American systems to protect and enforce the rights of people with mental disability by comparing the decisions in the case of *Purohit and Moore v Gambia,*[12] decided by the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) in 2013, and the case of *Ximenes-Lopes v Brazil,*[13] decided by the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court) in 2016. The article focuses on the provisions of the right to health rather than disability rights as they relate to mental health. It examines the aspects of policy and resources for mental health, dignity of mentally disabled persons, and their participation and consent in treatment and institutionalisation. The first part of the paper analyses the right to mental health and how its expression in international law. The paper then turns to the African system where it

4 WHO 'World Health Report 2001 - Mental health: New understanding, new hope' October 2001 www.who.int/whr/2001/ (accessed 13 November 2017).

5 Pūras (n 3) para 76.

6 *Purohit and Moore v The Gambia* (2003) AHRLR 96 (ACHPR 2003) (*Gambian Mental Health* case) para 83.

7 WHO (n 4) figure 4.2 85.

8 United Nations (UN) *From exclusion to equality. Realizing the rights of persons with disabilities* (2007) 5 www.ohchr.org/Documents/Publications/training14 en.pd (accessed 21 January 2019).

9 See eg American Psychiatric Association *Report of the Task Force on Electro-convulsive Therapy of the American Psychiatric Association* (1978) https:// www. psychiatry.org/File%20Library/Psychiatrists/Directories/Library-and-Archive/task-force-reports/tfr1978_ECT.pdf 14.

10 *Ximenes-Lopes v Brazil* (*Ximenes-Lopes* case) IACHR (4 July 2006) Ser C No 149 para 120.

11 P Hunt & J Mesquita 'Mental disabilities and the human right to the highest attainable standard of health' (2006) 28 *Human Rights Quarterly* 332, 333.

12 *Gambian Mental Health* case (n 6).

13 *Ximenes Lopes* case (n 10).

examines the case two cases cited above, and concludes with a comparison of the two systems.

2 RIGHT TO MENTAL HEALTH IN INTERNATIONAL LAW

The right to mental health cannot be discussed separately from the right to health. Since the adoption of the Constitution of the World Health Organisation in 1946, health has been understood as the object of the human right to the enjoy the highest attainable standard of health by the international community.[14] The preamble of the Constitution of the World Health Organisation (WHO) describes the right to health as 'a state of complete physical, mental and social well-being and not merely as the absence of disease or infirmity'. This definition was broadened by the 1978 Declaration of Alma-Ata on Primary Health Care, which calls it 'a fundamental human right' and adds that 'the attainment of the highest possible level of health is a most important world-wide social goal whose realisation requires the action of many other social and economic sectors in addition to the health sector'.[15] In Article 25 of the Universal Declaration of Human Rights (Universal Declaration), the right to health represents 'a standard of living adequate for the health and well-being of [an individual] and his family including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control'. The right to health falls under economic, social and cultural rights (ESCR),[16] and is provided for by International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). It imposes positive obligations on the state[17] that include implementation programmes with budgetary implications.[18] Article 12 of the ICESCR defines the right to health as 'the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health'. It obligates states to take all appropriate measures with respect to underlying preconditions of health including water, sanitation and nutrition, and occupational and environmental hygiene, as well as the 'conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness'. In 2000, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) – which monitors

14 Constitution of the World Health Organisation www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (accessed 21 January 2019).

15 Declaration 1 of the Declaration of Alma-Ata, adopted at the International Conference on Primary Health Care, Alma-Ata, USSR from 6-12 September 1978 www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf (accessed 21 January 2019).

16 The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights www.un-documents.net/a21r2200.htm (accessed 21 January 2019).

17 CESCR Committee 'General Comment 3: The nature of states parties obligations' 14 December 1990 UN Doc E/C.12/1990/8 (1990) http://www.refworld.org/docid/4538838e10.html (accessed 14 November 2017).

18 M S Giorgi (2012) *The human rights to equal access to health care* 2.

implementation of the ICESCR – published General Comment 14,[19] an extensive and authoritative interpretation of article 12 of the ICESCR. It states that detailed and regular monitoring is essential in the implementation of health rights. It requires that states adopt and implement a national health strategy addressing the needs of the whole population with regard to health care provision and the underlying determinants of health. In 2008, the UN General Assembly adopted an optional protocol to the CESCR allowing individuals and groups to bring complainants against states on the right to health.[20] So far, one complaint has been filed under the Optional Protocol on the right to health but the Committee ruled it was inadmissible because the basis of the complaint concerned events that had happened before the Optional Protocol came into force.[21] The most recent instrument dealing with people with disabilities is the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). [22] While the CRPD does not set out any 'new' rights, it clarifies the obligations of states parties to promote and ensure the rights of persons with disabilities and sets out the steps that should be taken to ensure equality of treatment. There are other non-binding instruments that provide for the rights of mentally disabled people. The UN in 1991 published the UN Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental illnesses and the improvement of mental health care (UN Principles).[23] The 25 UN Principles include wide-ranging commitments relating to standards of care and treatment, including the consent to treatment, right to the least restrictive environment; the right to medication; the review of involuntary admissions; access to information; as well as complaints, monitoring, and remedies. Further in 1993, the General Assembly adopted the Standard rules on the equalisation of opportunities for persons with disabilities containing a broad range of commitments to ensure equal opportunities are available to persons with disabilities in all fields. The rules contain principles regarding responsibility, action, and cooperation with respect to: healthcare, policymaking, rehabilitation, support services,

19 CESCR Committee 'General Comment 14: The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the Covenant)' 11 August 2000 UN Doc E/C.12/2000/4 http://www.refworld.org/docid/4538838d0.html (accessed 21 January 2019).

20 The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx (accessed 15 November 2017).

21 *Merino Sierra and Others v Spain*, Communication 4/2014, CESCR Committee (29 September 2016), UN Doc E/C.12/59/D/4/2014 para 6.7, the event complained of happened in 2008/2009 and the optional protocol came into force on 5 May 2013.

22 The Convention on the rights of persons with disabilities and its optional protocol https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html (accessed 16 November 2017).

23 UN General Assembly 'Principles for the protection of persons with mental illnesses and the improvement of mental health care' UNGA Res 46/119 17 December 1991 A/46/49 http://hrlibrary.umn.edu/instree/t2pppmii.htm (accessed 21 January 2019).

raising awareness, employment, family life, education and legislation.[24]

The right to health contains both freedoms and entitlements. The freedoms include the right to control one's health and body and the right to be free from interference. Entitlements include the right to a system of health protection which provides equality of opportunity for people to enjoy the highest attainable level of health.[25] To achieve the right to health a just health system is needed. It has become clear that economic and social rights, including the right to health, can be and are increasingly being treated as justiciable under both international law[26] and national constitutional frameworks.[27] Interpreting the content of this right, the CESCR Committee in General Comment 14 on the right to health, the CESCR Committee identifies four elements: 'availability, accessibility, acceptability and quality', and imposes three types of obligations on states - to respect, fulfil and protect the right.[28] In terms of the duty to protect, the state must ensure that third parties (non-state actors) do not infringe on the enjoyment of the right to health. We now look into the aspects that affect provision of mental health before we compare the two systems.

2.1 Policy and resources for mental health

'Mental health is grossly neglected within health systems around the world. Where mental health systems exist, they are segregated from other healthcare and based on outdated practices that violate human rights.'[29] In some regions, resources allocated to mental health care are used ineffectively and predominantly for maintaining large segregated psychiatric long-term care institutions and separate psychiatric hospitals. In such institutions, psychotropic medications are too often overprescribed, including as a measure of chemical restraint or even as a punishment.[30] The WHO recommendations are very clear about the five obligatory components of community-based care for persons with severe psychosocial disabilities, which comprise access to psychotropic medications, psychotherapy, psychosocial rehabilitation, vocational

24 UN General Assembly (n 2).

25 CESCR Committee (n 19).

26 UN General Assembly (n 23).

27 *Soobramoney v the Minister of Health (KwaZulu-Natal)* 1998 (1) SA 765 (CC) (Constitutional Court of South Africa), http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html (accessed 12 December 2017), also see J Heymann et al 'Constitutional rights to health, public health and medical care: The status of health protections in 191 countries' (2013) 8 *Global Public Health* 639–653.

28 CESCR Committee (n 19 above) para 12.

29 Statement by Mr Dainius Pūras, Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health before the UN Human Rights Council at its 35th Session held in Geneva, Switzerland 6-23 June 2017 UN Doc A/HRC/35/21 socialprotection-human rights.org/wp-content/uploads/2017/06/Special-Rapporteur-report-on-mental-health-and-human-rights.pdf (accessed 21 January 2019).

30 B McSherry 'Protecting the integrity of the person: developing limitations on involuntary treatment' (2008) 26 *Law Context: A Socio-Legal Journal* 111, 119.

rehabilitation and employment and supported housing. However, in many countries, a number of those components are not being implemented.[31] In mixed systems, a person using one institution should have equal access to the same care to which they are legally entitled, as a person using another provider, whether public or private. Courts in Argentina[32] and India,[33] have found obligations of private institutions to provide uninterrupted care and to refrain from unilaterally terminating care. In these cases courts have reasoned that when private institutions act as instruments of the state in providing services, the state must nevertheless protect the right to health (and life) by ensuring they do so in a way that ensures fair access to entitlements that are guaranteed under law.[34]

Seemingly, the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter)[35] does not provide for qualification of progressive realisation and maximum available resources for the realisation of ESC rights.[36] As a result, some authors argue that the ESC rights in the African Charter have to be realized immediately.[37] However, given Africa's economic realities, these argument would have far-reaching implications for the very nature of ESC rights. In the African human rights system, ESC rights including the right to health are just as justiciable as civil and political rights. This follows from the fact that the main human rights instruments have incorporated the ESC rights alongside the civil and political rights into one document.[38] The Commission confirmed the justiciability of ESC rights' in the

31 WHO (n 4). Also see WHO *Comprehensive mental health action plan 2013–2020* (2013) http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/89966/9789241506021_eng.pdf;jsessionid=1746DD27C1912C19A82341A6D91CF9C1?sequence=1 (accessed 21 Jan-uary 2019).

32 *Campodónico de Beviacqua, AC v Ministerio de Salud y Acción Social* (Supreme Court of Argentina) 24 October 2000 (Argentina) (requiring a private entity that unilaterally sought to stop providing a specialized medication whose treatment could not be terminated without causing imminent danger of harm to continue to provide the medication, with the state the primary guarantor of the rights to health and life).

33 *All India Lawyers Union v Govt of Delhi and Others* (2009) WP(C) No. 5410/1997 (Delhi High Court), 30 (India) (after contracts with the state obliging it to provide free care, a corporation, Indraprastha Medical Corporation Limited 'had taken onto itself the mantle of a state instrumentality' and was required to provide free care).

34 *Campodónico de Beviacqua* (n 32); *All India Lawyers Union* (n 33).

35 African Charter on Human and Peoples' Rights http://www.achpr.org/instruments/achpr/ (accessed 21 January 2019).

36 Compare with article 2(1) of the ICESCR. See also CESCR Committee (n 17).

37 CA Odinkalu 'Analysis of paralysis or paralysis by analysis? Implementing economic, social, and cultural rights under the African Charter on Human and Peoples' Rights' (2001) 23 *Human Rights Quarterly* 349; F Ouguergouz *The African Charter on Human and Peoples' Rights: a comparative agenda for human dignity and sustainable democracy in Africa* (2003) 201.

38 See generally the African Charter on the Rights and Welfare of the Child and Protocol to the African Charter on the Rights of Women (which provide civil and political rights and ESC rights on equal footing). The Preamble of the Protocol to the African Charter on the Rights of Women in particular provides that 'civil and political rights cannot be dissociated from economic, social and cultural rights in their conception'.

Ogoniland case where it held that 'there is no right in the African Charter that cannot be made effective'.[39]

2.2 Dignity of mental health patients

Principle 1(2) of the UN Principles requires that 'all persons with mental illness, or who are being treated as such, shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person'.[40] Further, article 17 of the CRPD, which is entitled 'Protecting the Integrity of the Person', states that '[e]very person with disabilities has a right to respect for his or her physical and mental integrity on an equal basis with others'. Article 5 of the African Charter provides that '[e]very individual shall have the right to the respect of dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status. All forms of exploitation and degradation of man, particularly slavery, slave trade, torture, cruel, inhuman or degrading punishment and treatment shall be prohibited.' Human dignity is an inherent basic right to which all human beings, regardless of their mental capabilities or disabilities as the case may be, are entitled to without discrimination. It is therefore an inherent right which every human being is obliged to respect by all means possible and on the other hand it confers a duty on every human being to respect this right. To ensure that the dignity of mentally disabled people who are institutionalised is protected the state should have policies that provide for the inspection of mental health facilities, for the submission, investigation and resolution of complaints and for the institution of appropriate disciplinary or judicial proceedings for professional misconduct or violation of the rights of a patient.[41]

2.3 Participation and consent of mental health patients in their treatment and institutionalisation

People with mental disability are said to lack legal capacity to make decisions and hence they are often put through treatment and placed in institutions without their consent. This results in violation of their human rights. Their right to liberty is curtailed and they do not have effective access to courts to review decisions made on their behalf by their guardians or health providers. Article 14 of CRPD provides that 'states shall ensure that persons with mental disabilities, on an equal basis with others enjoy the right to liberty and security of person.' The right to liberty allows a person to choice where and how they live. Mandatory institutionalization of mental disabled people without their

39 Communication 155/196, *Social and Economic Rights Action Center and Another v Nigeria* (*Ogoniland* case) (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001) para 52.

40 UN General Assembly (n 23).

41 UN General Assembly (n 23).

consent and participation violates their right to liberty.[42] Article 16 of the UN Principles provides that a person may be admitted involuntarily to a mental health facility as a patient if a) because of that mental illness, there is a serious likelihood of immediate or imminent harm to that person or to other persons; or b) that, in the case of a person whose mental illness is severe and whose judgment is impaired, failure to admit or retain that person is likely to lead to a serious deterioration in his or her condition or will prevent the giving of appropriate treatment that can only be given by admission to a mental health facility in accordance with the principle of the least restrictive alternative. The Inter-American Commission approved emergency measures to protect the lives and physical integrity of persons detained in a psychiatric hospital in Paraguay.[43] The Commission also facilitated a friendly settlement between the applicants and the government of Paraguay that guarantees the rights of patients to live and receive mental healthcare in the community.[44]

3 THE RIGHT TO MENTAL HEALTH IN THE AFRICAN SYSTEM

The right to mental health is guaranteed in different instruments in the African system. Article 16 of African Charter states that '[e]very individual shall have the right to enjoy the best attainable state of physical and mental health and states parties to the present Charter shall take the necessary measures to protect the health of their people and to ensure that they receive medical attention when they are sick.'[45] Article 14 of the 1999 African Charter on the Rights and Welfare of the Child provides that 'every child shall have the right to enjoy the best attainable state of physical, mental and spiritual health'. States are obligated to create and maintain an environment where people enjoy the highest standard of both physical and mental health.[46] The right to mental health also entails the state not do anything to interfere with the

42 Art 19(a) of the Convention on the rights of persons with disabilities and its Optional Protocol.

43 *Enxet-Lamenxay and Kayleyphapopyet Indigenous Communities v Paraguay* (Friendly Settlement) (*Enxet-Lamenxay* case), Inter-American Commission of Human Rights, IAm Comm of HR (29 September 1999), Report 90/99.

44 Art 19(a) of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol

45 Art 16(2) of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

46 Communications 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, *Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah v Zaire*, Ninth Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights 1995-1996 where the Commission held that article 16 of the African Charter grants every individual the right to enjoy the best attainable state of physical and mental health, and that States Parties should take the necessary measures to protect the health of their people. The failure of the Government to provide basic services such as safe drinking water and electricity and the shortage of medicine as alleged in communication 100/93 constitute a violation of article 16.

health right of its people.[47] The obligation to protect therefore includes taking concrete and targeted steps towards the full realisation of the right, and adopting legislation or other measures to ensure equal access to health-related services and health care.[48] In the African system, the African Commission and the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) have not had the opportunity to determine many cases on mental health right. The one outstanding case in the region is the *Gambian Mental Health* case,[49] which illustrates how the African Commission interprets and applied the right to mental health.

Purohit and Moore v The Gambia was brought to the African Commission by mental health advocates, submitting the communication on behalf of patients detained at Campama, a Psychiatric Unit of the Royal Victoria Hospital, and existing and 'future' mental health patients detained under the Mental Health Acts of the The Gambia. The complaint was filed on 7 March 2001. The complainants alleged several violations including (i) that legislation governing mental health in The Gambia is outdated; (ii) that within the Lunatics Detention Act (LDA) there is no definition of who a 'lunatic' is; and (iii) that there are no provisions and requirements establishing safeguards during the diagnosis, certification and detention of the patient. The complainants further alleged that there was overcrowding in the psychiatric unit, that there is no requirement of consent to treatment or subsequent review of continued treatment of patients. The Complainants also stated that there is no independent examination of administration, management and living conditions within the unit itself. The complainants also complain that patients detained in the psychiatric unit are not even allowed to vote, and that there is no provision for legal aid and the Act does not make provision for a patient to seek compensation if his or her rights have been violated.[50]

One of the issues raised in this case is whether mentally ill people enjoy the same protection under the law. The complainants state that 'there are no review or appeal procedures against determination or certification of one's mental state for both involuntary and voluntary mental patients. Thus the legislation does not allow for the correction of an error assuming incorrect certification or diagnosis, which presents a problem in this particular case where the medical

47 Communication 379/09 *Monim Elgak, Osman Hummeida and Amir Suliman (represented by FIDH and OMCT) v Sudan* (AHRLR 2014) ACHPR 2015 paras 90, 132: The complainants submit that the right to health includes the right to be free from torture and a positive obligation to provide access to adequate medical treatment in detention. It is the Complainants' contention that the treatment to which they were subjected, which caused physical and psychological harm, violated their right to enjoy the best attainable standard of physical and mental health. The Commission observes that according to its Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter, the right to health includes the right to control one's health and body and the right to be free from interferences, such as the right to be free from torture and other forms of ill-treatment.

48 *Egyptian Initiative for Personal Rights and Interights v Egypt* (2006) AHRLR 1994 (ACHPR 2006).

49 *Gambian Mental Health* case (n 6).

50 *Gambian Mental Health* case (n 6) paras 1-8.

examination was performed by general practitioners and not psychiatrists. Therefore, if an error is made and there is no avenue to appeal or review the medical practitioners' assessment, there is a great likelihood that a person could be wrongfully detained in a mental institution. Furthermore, the LDA does not lay out fixed periods of detention for those persons found to be of unsound mind, which, coupled with the absence of review or appeal procedures could lead into a situation where a mental patient is detained indefinitely'.[51] In other words, are there domestic remedies available to the victims in this instance? In considering this issue, the Commission examined the conditions and place of mental ill persons in society and held that they were vulnerable and without legal aid they could not access justice to defend their rights and hence the state must take all necessary measures to ensure that they decisions made on their behalf go through checks and balances and where they have issues legal aid is availed to them. The Commission found the communication admissible since there was no national avenue for review or appeal of decisions made under LDA and the state admitted to this fact.[52]

On the policy and resources for mental health, the Commission indicated that 'it is clear that scheme of the LDA is lacking in terms of therapeutic objectives as well as provision of matching resources and programmes of treatment of persons with mental disabilities, a situation that the Respondent state does not deny but which nevertheless falls short of satisfying the requirements laid down in articles 16 and 18(4) of the African Charter'.[53] The Commission however noted that many African countries lack sufficient resources therefore, having due regard to 'this depressing but real state of affairs', the Commission held that the obligation under article 16 of the African Charter requires states party to 'take concrete and targeted steps, while taking full advantage of its available resources, to ensure that the right to health is fully realised in all its aspects without discrimination of any kind'.[54] The Commission recommended that the Gambian government replace the outdated law (Lunatics Detention Act) since it lacked in terms of therapeutic treatment, resource allocation and programmes for the treatment of persons with mental disabilities.

On the dignity and integrity of the mental patients the complainants argued that under the LDA, persons with mental illness have been branded as 'lunatics' and 'idiots'. These are terms that without any doubt dehumanise and deny them any form of dignity in contravention of article 5 of the African Charter. The Commission held: 'Clearly the situation presented above fails to meet the standards of anti-discrimination and equal protection of the law as laid down under the provisions of articles 2 and 3 of the African Charter and Principle 1(4) of the UN Principles. In coming to its conclusion, the African Commission drew inspiration from Principle 1(2) of the UN Principles.

51 *Gambian Mental Health* case (n 6) para 30.
52 *Gambian Mental Health* case (n 6) paras 26 & 27.
53 *Gambian Mental Health* case (n 6) para 83.
54 *Gambian Mental Health* case (n 6) para 84.

Principle 1(2) requires that 'all persons with mental illness, or who are being treated as such, shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person'.[55] More so, as a result of their condition and by virtue of their disabilities, mental health patients should be accorded special treatment which would enable them not only attain but also sustain their optimum level of independence and performance in keeping with article 18(4) of the African Charter and the standards applicable to the treatment of mentally ill persons as defined in the UN Principles.[56] However, the right to integrity was not discussed at all in this regard.

On consent and institutionalisation, the complainants alleged that institutionalisation of detainees under the LDA who are not afforded any opportunity of being heard or represented prior to or after their detention violates articles 7(1)(a) and 7(1)(c) of the African Charter.[57] Articles 7(1)(a) and 7(1)(c) of the African Charter provides that 'every individual shall have the right to have his cause heard. This comprises: (a) The right to an appeal to competent national organs against acts of violating his fundamental rights as recognised and guaranteed by conventions, laws, regulations and customs in force; (c) The right to defence, including the right to be defended by counsel of his choice.' The Commission held that the LDA does not contain any provisions for the review or appeal against an order of detention or any remedy for detention made in error or wrong diagnosis or treatment.[58] Neither do the patients have the legal right to challenge the two separate medical certificates, which constitute the legal basis of their detention. These omissions in the LDA clearly violate articles 7(1)(a) and 7(1)(c) of the African Charter. Article 7(1) necessitates that in circumstances where persons are to be detained, such persons should at the very least be presented with the opportunity to challenge the matter of their detention before the competent jurisdictions that should have ruled on their detention.[59] The entitlement of persons with mental illness or persons being treated as such to be heard and to be represented by counsel in determinations affecting their lives, livelihood, liberty, property or status, is particularly recognised in Principles 16, 17 and 18 of the UN Principles. The African Commission dismissed the argument that the 'automatic' detention of those considered being mentally ill or disabled violated the prohibition on arbitrary detention in article 6. In the Commission's view, those who had been institutionalised under mental health legislation did not fall within the protections offered by article 6 which sets out the right to liberty and security of the person. The Commission stated: Article 6 of the Charter was not intended to cater for situations where persons in need of medical assistance or help are institutionalised.[60] Thus, while there has not been any case directly on the meaning of the right to integrity under the African Charter, it

55 *Gambian Mental Health* case (n 6) para 60.
56 *Gambian Mental Health* case (n 6) para 81.
57 *Gambian Mental Health* case (n 6) para 69.
58 *Gambian Mental Health* case (n 6) para 70.
59 *Gambian Mental Health* case (n 6) para 71.
60 *Gambian Mental Health* case (n 6) para 68.

seems that, at least in relation to medical treatment, there may be an overlap with the right to respect for human dignity. What is revealing, however, is that the African Commission is prepared to view involuntary detention under mental health legislation as an exception to the right to liberty and security of the person and the prohibition against arbitrary detention. Where third parties are involved in medical treatment, and since health is a public interest the protection of which is a duty of the states, these must prevent third parties from unduly interfering with the enjoyment of the rights to life and personal integrity, which are particularly vulnerable when a person is undergoing health treatment. The Commission considers that the states must regulate and supervise all activities related to the health care given to the individuals under the jurisdiction thereof, as a special duty to protect life and personal integrity, regardless of the public or private nature of the entity giving such health care.[61] Further, 'Health is a right due to everyone and the state's duty, which is guaranteed through social and economic policies which have the purpose of reducing health risks and guaranteeing the universal and egalitarian access to health programs and services aimed at ensuring health promotion, protection, and recovery,' as provided for by article 196 of its Constitution. Furthermore, in accordance with article 197 thereof, it is 'the responsibility of the power of the state, according to law, to provide for the regulation, supervision and control of such health programs and services [... and their] implementation must be carried out either directly or through third parties, and by private natural or artificial persons.'[62]

The Commission made the following recommendations to the respondent state: It must repeal the LDA and replace it with a new legislative regime for mental health in line with the African Charter and international standards and norms for the protection of mentally ill or disabled persons as soon as possible. It must, pending this repeal, create an expert body to review the cases of all persons detained under the LDA and make appropriate recommendations for their treatment or release. Lastly, it must provide adequate medical and material care for persons suffering from mental health problems in the territory of The Gambia. Unfortunately, The Gambia has not implemented these recommendations, although it is in the initial stages of reviewing the LDA.[63]

4 THE RIGHT TO MENTAL HEALTH IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM

In the Inter-American system, the right to health is codified in the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in

61 *Gambian Mental Health* case (n 6) para 82.

62 *Gambian Mental Health* case (n 6) para 90.

63 WHO 'Stakeholders in The Gambia review draft mental health legislation' https://afro.who.int/news/stakeholders-gambia-review-draft-mental-health-legislation (accessed 21 January 2019).

the Area of Economic, Social, and Cultural Rights (Protocol of San Salvador).[64] Article 10 of the Protocol of San Salvador provides that everyone shall have the right to health, understood to mean the enjoyment of the highest level of physical, mental and social well-being. Similar to the CESCR and article 26 of the American Convention, the Protocol – with two exceptions[65] – merely calls for progressive realisation. The Protocol of San Salvador contains no mechanism for individual complaints under the right to health, and for a long time claims under the Protocol were held to be generally inadmissible, as they were considered by the Inter-American Commission to be beyond both the Commission's and the Inter-American Court's purview. However, in some recent cases, such as *Lluy v Ecuador* in Judge Macgregor's opinion (of 2015),[66] and *Llagos Del Campo v Peru*, delivered on 13 November 2017,[67] ESCR have been regarded as justiciable in the Inter-American system.[68]

When it comes to mental health, the Inter-American Commission on Human Rights has analysed the situation of institutionalisation of people with mental disabilities. Unlike the African Commission, it has stated that the right to personal liberty established in article 7 of the American Convention on Human Rights also protects people with mental disabilities from the institutionalisation.[69] It states that the mere existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty. Further, it acknowledges that the health systems of the states should apply a view to gradually de-institutionalise people with mental disability and implement community-based health care. Also in *Victor*

64 Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html (accessed 21 January 2019).

65 Under article 19(6) of the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social, and Cultural Rights, the Inter-American Commission and the Court can review alleged violations of article 8(a) (on trade union rights) and article 13 (on education).

66 *Gonzales Lluy and Others v Ecuador* (*Gonzales Lluy* case) IACHR (1 September 2015) Ser C No 289 http://www.corteIbidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_ ing.pdf (accessed 13 December 2017).

67 *Lagos del Campo v Peru* (31 August 2017) Ser C No 340 http://www.corte Ibidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf (in Spanish). According to the Court, the Peruvian State violated the right to work in relation to guarantees of labor stability and freedom of association of Mr Lagos del Campo due to the lack of protection for the arbitrary dismiss of which he was victim in 1989 as a result of his statements given to a media outlet about his employer, a private company, while acting in his capacity as worker representative. In terms of the rights protected by article 26 of the American Convention, the Inter-American Court stated that such rights are derived from the economic, social, educational, scientific, and cultural norms of the Charter of the Organisation of American States.

68 Organisation of American States (OAS) 'The Special Rapporteurship on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights welcomes the historic decision of the Inter-American Court of Human Rights on justiciability in matters of ESCER' http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2017/181.asp (accessed 21 January 2019).

69 *Rafael Ferrer-Mazorra et a. v United States* (*Mazorra* case), Inter-American Commission on Human Rights IAm Comm of HR (4 April 2011) case 9903, report 51/01 para 115.

Rosario Congo v Ecuador, which concerned a mentally ill prisoner at a rehabilitation center who had been denied psychiatric care, struck on the head, denied medical treatment, and left in isolation for forty days; and subsequently died, the Commission held that the victim's right to physical integrity, life, and judicial protection under the American Convention were violated.[70] To understand the Court's position on mental health, we now analyse the case of *Ximenes-Lopes v Brazil.*

It noteworthy that in the *Ximenes-Lopes* case, the right to mental health was not addressed directly but the Court looked at other rights as they relate to mentally disabled people because until 2017 the Court did not consider economic, social and cultural rights enforceable under article 26 of the American Convention.[71] The Commission filed the application for the Court to determine whether 'the State had violated the rights embodied in articles 4 (right to life), 5 (right to humane treatment), 8 (right to a fair trial) and 25 (right to judicial protection) of the American Convention in relation to the obligation set forth in article 1(1) (obligation to respect rights) of the Convention, to the detriment of Damião Ximenes-Lopes for the alleged inhuman and degrading hospitalisation conditions of Ximenes-Lopes, a person with mental illness; the alleged beating and attack against the personal integrity of the alleged victim as a result of the action of the Officers of Casa de Reposo Guararapes; his death while held under psychiatric treatment; and the alleged lack of investigation and respect for the right to a fair trial that derived in the impunity surrounding such case. [72]

Ximenes-Lopes was hospitalized on 1 October 1999 as part of a psychiatric treatment in Casa de Reposo Guararapes, which is a private psychiatric clinic that operated in the public health system of Brazil. On 3 October 1999, Ximenes-Lopes had an aggressive crisis and was disoriented. The alleged victim got into one of the bathrooms of Casa de Reposo Guararapes and refused to come out until he was overpowered and forced out by a nurse's aide, Mr Elías Coimbra, together with two other patients, and in the process he suffered an injury to his face, in the eye brow region. He was immediately subjected to physical restraint and the physician who was at Casa de Reposo Guararapes at the time decided to administer 'intramuscular fernagan and haldol' to the patient. In the evening of the same day, the alleged victim had another aggressive episode and was once again placed under physical restraint, to which he was subjected from Sunday night to Monday morning.[73] On Monday morning when the mother went to see him, she found him bleeding, with bruises, his clothes torn, dirty and smelling like excrement, with his hands tied backwards, having difficulty breathing, agonizing and shouting and calling out to the police for help. Ximenes-Lopes was still under physical restraint, which had been applied the night before. She requested the clinical director to attend to him, who,

70 *Rosario Congo v Ecuador* (*Rosario Congo* case) , Inter-American Commission on Human Rights, IAm Comm of HR (12 March 1997) OEA/ Ser.LJV/II.102 Doc 6 Rev 1.

71 OAS (n 68 above); *Mazorra* case (n 69); *Rosario Congo* case (n 70).

72 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 2-3.

73 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 112 (7 & 8).

without performing any physical examination of Ximenes-Lopes, prescribed some medications and then left the hospital. No doctor remained in charge of the institution at the time. Ximenes-Lopes died on 4 October 1999.[74]

The clinical director was called and upon examining the body of the alleged victim, declared him dead and included in the record that the body did not show any external injuries and that the cause of death had been a 'cardio respiratory arrest'. The doctor did not order an autopsy of the body of Ximenes-Lopes. The next of kin of Ximenes-Lopes upon learning of his death requested an autopsy which revealed physical bruises and indicated that the cause of death was unknown.[75] On the request of the Attorney General the Medico-Legal Institute elaborated on its conclusions and informed that 'the injuries described [in the post-mortem examination report] were caused by a blunt instrument (or by multiple bumps or falls) and that it was impossible to Identify the precise manner in which they were caused.'[76] In April 2002, Ximenes-Lopes' body was exhumed and another autopsy done but the cause of death was still unknown.[77] Criminal investigations were instituted and charges filed in court but proceeded at very slow pace. A civil action was also filed but a decision had not been made by the time of the current judgment.[78]

The state was found to have violated article 2 of the America Convention since it had failed to supervise and regulate the provision of mental health care resulting to violation of right to life and dignity of patients. The state has the obligation to ensure that all people enjoy their rights without individual or state interference.[79] On the issue of dignity and vulnerability of mental patients the Inter-American Court held that the hospital has an 'atmosphere of violence, aggression, and abuse where many in-patients frequently suffered injuries' at the hands of the facility's employees.[80] Hospital employees applied chokeholds and physically restrained patients without direction from physicians, and 'physical confrontations between patients were encouraged'. The Court characterized the hospital as 'inhumane and degrading', noting that medicine was lacking and, for a period of time, there was no examination room so that medical procedures had to be administered in the lobby in front of other patients as well as visitors.'[81] Other patients had died before Damido Ximenes-Lopes, which 'may have involved blows to the head with a blunt instrument, and where patients were admitted to the hospital in good physical condition and died during hospitalisation'.[82] The Court went ahead to quote the European

74 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 112 (10-11).
75 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 112 (14).
76 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 112 (15).
77 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 112 (16).
78 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 112.
79 *Ximenes-Lopes* case (n 10) paras 80 & 90.
80 As above.
81 As above.
82 As above.

Court of Human Rights to emphasize the special care needed to guarantee dignity of mental disability patients: '[r]egarding to persons in need of psychiatric treatment in particular, the Court observes that the state is under an obligation to secure to its citizens their right to physical integrity under article 8 of the Convention. For this purpose there are hospitals run by the state which coexist with private hospitals. The state cannot completely absolve itself of its responsibility by delegating its obligations in this sphere to private bodies or individuals. [...] The Court finds that, similarly, in the present case the state remained under a duty to exercise supervision and control over private psychiatric institutions. Such institutions, [...] need not only a license, but also competent supervision on a regular basis of whether the confinement and medical treatment is justified.'[83] The state has the obligation to provide special protection to vulnerable persons and must take positive steps to ensure their protection.[84]

The Inter-American Court has indicated that while the right to the recognition of juridical personality implies the capacity to be the holder of rights and obligations, the right to legal capacity is the right to exercise this rights and duties. In that sense, it acknowledged in *Ximenes-Lopes* that when people with mental disabilities cannot give their consent, their legal representatives will give the consent required as regards to the institutionalisation or a medical treatment. However, the Court did not say whether the institutionalisation of the victim in itself was a violation of the right to personal liberty of the victim because of his institutionalisation. As a matter of fact, Ximenes-Lopes was placed in a mental institution without his authorisation and only with the consent of his mother.[85] On institutionalisation and consent to treatment the Court found that the patients were under constant threat of physical attack by officials who were not trained to work with persons with mental illness and that physical containment and control techniques were frequently applied to patients when they were in crisis with the help of other.[86] Further, the Court found that the use of physical restraint would be in breach of article 5(1) unless it was used as a last resort by qualified staff and 'with the only purpose of protecting the patient, or else the medical staff or third persons.' [87] The Court criticised the tying of Ximenes-Lopes' hands, particularly for an excessively long period of time, and stated that 'health care staff should apply the least restrictive possible restraint techniques and only for such period of time as is absolutely necessary'.[88] Judge Sergio Garcia-Ramirez in a separate opinion stated that measures taken in relation to those with mental illness should be 'consistent with the characteristics

83 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 102: Also see *Storck v Germany* (2005) ECHR 406.

84 *Ximenes-Lopes* case (n 10), para 103.

85 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 3.

86 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 120.

87 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 134.

88 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 135.

of the suffering and the need for treatment', be 'reasonable and moderate' and 'aim at relieving pain and foster wellbeing.'[89]

5 COMPARISON OF THE AFRICA AND INTER-AMERICAN SYSTEM

The right to health has long been justiciable in the African system, but not until 2017 in Inter-American system. In the African system there are already a number of cases[90] focusing on the right to health though not mental health, while in the American system the right to health before 2017 had always been litigated under the right to life.[91] The new developments in the Inter-American system mean that all the rights under article 26 of the American Charter are now regarded as justiciable.[92]

Both the Inter-American Court and the African Commission have indicated that people with mental illness are a vulnerable group because they were historically subject to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion. The state is obligated to take positive measures to protect their dignity even as it provides medical treatment. The African Commission held that this class of persons are vulnerable and without legal aid they could not access justice to defend their rights. Hence, the state must take all necessary measures to ensure that decisions made on behalf of the mentally ill go through checks and balances and where issues arise, legal aid is availed to them. Both the right to life as interpreted by the Inter-American Court and the right to health impose positive obligations on states, both require governments to regulate private parties so that the conditions necessary for a dignified life are not denied to any individual. With regard to the relationship of the obligation to ensure rights (article 1(1) to article 5(1)) of the Convention, in a most recent case (*Gonzales Lluy* et al)[93] the Court established that 'the right to personal integrity is directly and immediately linked to health care, and that the lack of adequate medical treatment may result in a violation of article 5(1) of the Convention. Thus, the Court has affirmed that the protection of the right to personal integrity supposes the regulation of the health care services in the domestic sphere, as well as the implementation of a series of mechanisms designed to protect the effectiveness of this regulation.[94] The Inter-American Court of Human Rights has brought

89 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 25.

90 The African Commission has dealt with 16 cases relating to the right to health http://www.achpr.org/communications/decisions/?a=872 (accessed 13 December 2017).

91 *Mazorra* case (n 69); *Rosario Congo* case (n 70).

92 OAS (n 68); *Mazorra* case (n 69 above); *Rosario Congo* case (n 70 above).

93 *Mazorra* case (n 69).

94 *Ximenes-Lopes* case (n 10) para 171.

civil and political rights together with economic and social rights in a way that was always intuitive.[95]

On institutionalisation, the African Commission *in Purohit and Moore* dismissed the argument that the 'automatic' detention of those considered being mentally ill or disabled violated the prohibition on arbitrary detention in Article 6. In the Commission's view, those who had been institutionalised under mental health legislation did not fall within the protections offered by article 6 which sets out the right to liberty and security of the person. The Commission stated that '[a]rticle 6 of the Charter was not intended to cater for situations where persons in need of medical assistance or help are institutionalised'.[96] While as in Ximenes-Lopes' case the Court seem to suggest that the right to respect for physical and mental integrity operates to limit certain practices once a person with a serious mental illness has been detained. While not a central issue, it seems to have been assumed that the deprivation of liberty may be justified for the purpose of treatment by the Africa Commission. The African Commission viewed involuntary detention under mental health legislation as an exception to the right to liberty and security of the person and the prohibition against arbitrary detention.[97]

Both the African Commission and the Inter-American court upheld the right of mental health patients and implore upon states to formulate policies that protect the rights of mentally ill persons, focus on deinstitutionalisation, and monitor facilities offering mental health services. The African Commission recommended that the Lunatics Detention Act be amended to be aligned to international law and standards.

The recommendations that were made in the African case have never been acted upon and according to the WHO's Country Report on Mental Health the situation has not improved: 'The Campama Psychiatric Unit (Banjul), the only inpatient facility in the country, is isolated and difficult to access, custodial in nature and has poor living conditions.'[98] The WHO is however currently assisting the Gambia to review the LDA.[99] A mental health policy and strategic action plan were drafted in 2006,[100] outlining how to narrow the gap in mental health services but it lacks implementation. The African Commission should follow up with the state of Gambia to ensure that mentally disabled persons enjoy their right to mental health as per the Commission's latest Resolution on the Rights to Dignity and Freedom from Torture or

95 SR Keenern & J Vasquez 'A life worth living: Enforcement of the right to health through the right to life in the Inter-American Court of Human Rights' (2009) 40 *Columbia Human Rights Law Review* 595 624.

96 *Enxet-Lamenxay* case (n 43) para 68.

97 *Enxet-Lamenxay* case (n 43) para 25.

98 http://www.who.int/mental_health/policy/country/thegambia/en/ (accessed 21 January 2018).

99 *Gonzales Lluy* case (n 66).

100 http://www.nationalplanningcycles.org/sites/default/files/planning_cycle_repository/gambia/gambia_mental_health_strategic_plan_2007-2012.pdf (accessed on 20 December 2018).

Ill-Treatment of Persons with Psychosocial Disabilities in Africa.[101] The state of Gambia still lacks a budget for mental health patients and relies on grants from donors.[102] While the recommendation in the Inter-American system made to Brazil enjoyed strong support in 'efforts by domestic stakeholders including patients' relatives, health professionals, and local and national health Commissions [triggering] an on-going shift from an internment model of mental healthcare to a system focused on outpatient care and respect for patients' rights.'[103]

6 CONCLUSION

The rights to health is now justiciable in both the African and Inter-American systems, thereby opening up possibilities for more strategic litigation to improve the general health services. While many elements of the right to physical and mental health are subject to progressive realisation and resource availability, there is a great deal that countries can do, even within their limited resources. For example, even a country with limited resources can for example: include the recognition, care, and treatment (where appropriate) of mental disabilities in training curricula of all health personnel; promote public campaigns against stigma and discrimination of persons with mental disabilities; support the formation of civil society groups that are representative of mental healthcare users and their families; formulate modern policies and programmes on mental disabilities; downsize psychiatric hospitals and, as far as possible, extend community care; actively seek assistance and cooperation that benefits persons with mental disabilities from donors and international organisations. It is essential that persons with mental disabilities and their representative organisations are involved at all stages of the development, implementation, and monitoring of legislation, policies, programmes, and services relating to mental health and social support and to broader policies and programs, such as poverty reduction strategies, that affect them. States should affirmatively solicit their input. Litigation of the right to health in both systems has brought social changes, albeit quite slowly in the African system. As they fully take root, these changes will go a long way in improving the dignity, treatment and care of mental health patients.

101 Resolution 343: Resolution on the right to dignity and freedom from torture or ill-treatment of persons with psychosocial disabilities in Africa, adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights at its 58th Ordinary Session held in Banjul, the Gambia, from 6 to 20 April 2016 http://www.achpr.org/sessions/58th/resolutions/343/ (accessed 20 December 2018).

102 WHO 'Country profile' https://www.who.int/mental_health/policy/country/thegambia/en/

103 JL Cavallaro & SE Brewer 'The virtue of following: The role of Inter-American litigation in campaigns for social justice' (2008) 8 *SUR – International Journal on Human Rights* 85 at 92.

Assessing Rwexit: the impact and implications of Rwanda's withdrawal of its article 34(6)-declaration before the African Court on Human and Peoples' Rights

*Oliver Windridge**

ABSTRACT: This article reviews and analyses Rwanda's withdrawal of the declaration that allows individuals and NGOs direct access to the African Court of Human and Peoples' Rights, pursuant to article 34(6) of the African Court Protocol, which is a first in the young life of the preventing those accused of genocide minimisation or denial from accessing the African Court, thus seemingly attempting to deny certain Rwandans an avenue to assert their rights. The article further argues that, faced with the first prominent challenge to its authority, the African Court produced a well-reasoned decision that allows withdrawal but only after a 12-month cooling off period. What is of more concern is what appears to be a six-month delay in rendering the publicly available decision, which is unfortunate especially in the context of an envisaged 12-month cooling-off period. The article concludes by noting that any concerns of a flood of similar withdrawals has yet to occur, but adds that the decision puts the African Court in good stead to consider similar applications, as long as the African Court adheres to a stricter timeline for the publication of such decisions.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

Evaluation du Rwexit: impact et conséquences du retrait par le Rwanda de sa déclaration de reconnaissance de la juridiction de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples faite aux termes de l'article 34(6)

RÉSUMÉ: Cet article examine le retrait de la déclaration du Rwanda autorisant les individus et les Organisations Non Gouvernementales à saisir directement la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, conformément à l'article 34(6) du Protocole à la Cour africaine. Ce retrait est une première dans la vie de la jeune juridiction et qui aurait pour but d'empêcher les personnes accusées de minimisation ou de négation du génocide d'avoir accès à la Cour africaine et apparait visiblement, par conséquent, comme une tentative de dénier à certains Rwandais une voie de recours pour faire valoir leurs droits. Cet article avance en outre que, confrontée au premier défi majeur à son autorité, la Cour africaine a rendu une décision bien motivée qui autorise le retrait, mais seulement après un délai de 12 mois, considéré comme un préavis. Ce qui est plus préoccupant est le retard de six mois mis pour rendre l'arrêt disponible au public, un fait regrettable eu égard particulièrement à l'option d'un retrait assorti d'un délai de préavis de 12 mois. L'article conclut en notant que la crainte d'une multiplication de retraits similaires ne s'est pas encore réalisée mais ajoute que la décision qu'elle a rendue met la Cour en état d'examiner des demandes similaires pour autant que de telles décisions soient publiées dans des délais plus strictes.

KEY WORDS: African Court on Human and Peoples' Rights, African Charter on Human and Peoples' Rights, Rwanda, article 34(6)-declaration, direct access, fair trial

* LLB (Bournemouth), PGDip (Inns of Court School of Law); international lawyer; oliver.windridge@googlemail.com

O Windridge 'Assessing Rwexit: the impact and implications of Rwanda's withdrawal of its article 34(6) declaration before the African Court on Human and Peoples' Rights'
(2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 243-258
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a11

CONTENT:

1 Introduction 244
2 Accessing the African Court 246
3 Background to Rwexit 247
4 Rwexit 248
5 Conclusion 257

1 INTRODUCTION

The African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) is the apex judicial body of the African Union (AU). It has a wide jurisdiction to consider alleged violations of the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter) and other international human rights instruments ratified by a AU member state subject to a petition.[1] All 55 African Union member states, with the exception of the recently re-admitted Morocco, have ratified the African Charter, providing – at least in theory – near universal protection of human and peoples' rights across Africa. However, when violations of the African Charter and other international human rights instruments occur, accessing the African Court is far from straight forward. Indeed, while the African Court aspires to be a truly continental human and peoples' rights court, so far, its wings have been clipped.

The difficulty in accessing the African Court derives largely from the triple layer of ratifications and signatures needed from an AU member state in order for individuals and NGOs with observer status

1 The African Charter on Human and Peoples' Rights entered into force in October 1986. For jurisdiction of the African Court see rule 26(1) of the Rules of Court 'Pursuant to the Protocol, the Court shall have jurisdiction: a) to deal with all cases and all disputes submitted to it concerning interpretation and application of the Charter, the Protocol and any other relevant human rights instrument ratified by the States concerned …'; see also article 3 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 to what these 'other international human rights instruments' might include see *Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) v Cote D'Ivoire* Application 1/2014 Judgment on Merits 18 November 2016 concluding that the African Charter on Democracy, Elections, and Governance and the ECOWAS Protocol on Democracy and Good Governance met the standard and found violations of both instruments in addition to violations of the African Charter. This approach will likely be tested further by the pending case of *APDH and Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v Mali* Application 46/2011 which alleges violations of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (ACRWC), the Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women (CEDAW), and the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, but not the African Charter itself – a first for an application before the African Court. As to the jurisdictional scope of the African Court, see also MD Evans & R Murray (eds) *African Charter on Human and Peoples' Rights: the system in practice 1986-2000* (2002); F Ouguergouz *The African Charter of Human and People's Rights: a comprehensive agenda for human dignity and sustainable democracy in Africa* (2003) 77–192. As to jurisdiction see N Jansen Reventlow 'The unique jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights: protection of human rights beyond the African Charter' *Doughty Street International Law Bulletin* 18 February 2017 http://doughty-street-chambers.newsweaver.com/International/j7yocx3x54xla3dst9l3q9?a=1&p=1457 008&t=174031 (accessed 18 January 2019).

before the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) to directly bring cases to the Court.[2] Out of the 54 AU member states that have ratified the African Charter, 30 have ratified the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court Protocol).[3] Ratification of the African Court Protocol allows the African Commission, AU state parties that have either lodged complaints or been the subject of complaints before with the African Commission, AU member states whose citizen has been a victim of human rights violations, and African intergovernmental organizations to access the African Court, but not individuals or NGOs.[4] In order for individuals and suitably qualified NGOs to access the African Court, an additional declaration must be made by a AU member state pursuant to article 34(6) of the African Court Protocol explicitly allowing such access. At the end of 2018, only eight AU Member States have made the declaration, severely limiting access to the African Union's apex human rights organ. But what happens when one of this select group of eight allowing direct access to the African Court decides it no longer wishes to do allow its citizens direct access? Can an African Union member state simply withdraw? And under what circumstances can this occur, and why? The aim of this article is to examine this exact situation. In 2016 Rwanda declared the withdrawal of access for Rwandan individuals and NGOs on the eve of the African Court hearing its first Rwandan case. This event, a first in the African Court's young life, deserves to be examined not only with regard to the implications this will have on Rwanda and its citizens and civil society, but more widely as to what, if any, impact this could have on the African Court's stated aim of becoming a truly continent-wide human rights court.

To examine this watershed case, this article first reviews the perfunctory stages of ratification and signature required to allow individuals and NGOs direct access to the African Court. It then looks at the case that spurred Rwanda to withdraw, before analysing the African Court's approach to Rwanda's withdrawal, which is termed 'Rwexit'. The article then concludes with additional comments and further analysis.

2 It should be noted that for NGOs to directly access the African Court, even when the AU member State in question has signed or ratified all three layers, the NGO must have observer status before the African Commission on Human and Peoples' Rights. This is an important condition which should not be overlooked. For simplification, this article refers to 'NGOs' but this should be read to mean 'NGOs with observer status before the African Commission' unless otherwise stated. For further discussion on observer status before the African Commission and its impact on applications before the African Court see O Windridge 'Necessary checkpoints or immovable roadblocks? Accessing the African Court on Human and Peoples' Rights' (2018) 35 *Wisconsin International Law Journal* 5.

3 http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/.

4 See article 5 of the African Court Protocol.

2 ACCESSING THE AFRICAN COURT

The African Court's jurisdiction over applications against any particular AU member state depends on that member state's acceptance of a triple layer of instruments: the African Charter, the African Court Protocol and, with regard to direct access and, with regard to direct access, the declaration under article 34(6).

As mentioned above, every AU member state has ratified the African Charter, except Morocco. The African Charter contains many individual rights found in similar international human rights instruments, plus uniquely peoples' rights. This means that almost every case concerning an AU member state violating the African Charter straddles the first jurisdictional hurdle.

While the African Charter contains provision for the existence of the African Court's cousin, the African Commission, it contains no mention of the African Court itself. To begin the jurisdictional journey to the African Court, the second hurdle must be overcome: the African Court Protocol. This additional protocol is the foundation of the African Court and contains the legislative framework for the creation of the African Court. To date, 30 AU member states have ratified the African Court Protocol.[5] According to articles 5(1) of the African Court Protocol and Rule 33 of the African Court Rules, upon ratification of the African Court Protocol by an AU member state, the African Court may receive complaints or applications submitted by the African Commission, from one of the state parties that has ratified the African Court Protocol which has lodged a complaint at the African Commission or been subject to a complaint before the African Commission, a state party whose citizen is a victim of a human rights violation, or from an African intergovernmental organization. This list is considerably broader than other regional systems since it includes not only the African Commission but also state parties, African intergovernmental organizations (which would include subregional economic communities).[6] This hurdle, therefore, effectively gives the 30 AU member states who have accepted as binding the African Court Protocol, intergovernmental organizations and the African Commission access to the African Court but crucially, ratifying the African Court Protocol does not provide direct access for individuals and NGOs.

For individuals and NGOs to enjoy direct access to the African Court, a third hurdle must be surmounted. For individuals and NGOs with observer status before the African Commission to directly access the African Court, thereby bypassing the African Commission but still

5 See ratification table https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7778-sl-protocol_to_the_african_charter_on_human_and_peoplesrights_on_the_establishment_of_an_african_court_on_human_and_peoples_rights_17.pdf.

6 As to the definition of an 'African Intergovernmental Organization' see Advisory Opinion, Request 2/2013, 5 December 2014 paras 58-76 http://en.african-court.org/images/Cases/Advisory%20Opinion/Advisory%20Opinions/Advisory%20Opinion%20 no%20%20002-2013.pdf (accessed 18 January 2019).

subject to exhaustion of local remedies, an AU member state must sign an additional declaration pursuant to articles 5(1) and 34(6) of the African Court Protocol. Making the declaration is optional, and ratification of the African Court Protocol brings no requirement or timeline for the making such a declaration. As of December 2018, only eight AU Member States have made the declaration: Benin, Burkina Faso, Cote d'Ivoire, Ghana, Malawi, Mali, Tanzania and Tunisia.[7] This in effect means citizens of only eight out of 55 AU Member States can directly petition the African Court alleging violations of their rights. Importantly for the subject of this article, Rwanda enjoyed membership of this exclusive club, but withdrew from it in 2016. Why Rwanda withdrew its declaration and the procedure for withdrawal will be addressed in the remainder of this article.

3 BACKGROUND TO RWEXIT

Rwanda's withdrawal of its declaration occurred during the pre-hearing procedures of the *Ingabire v Rwanda* case.[8] In essence, this case concerned the prosecution of Rwandan opposition politician lngabire Victoire Umuhoza (Ingabire), the leader of the opposition political party *FDU Inkingi* who was alleged to have made speeches and claims either denying or downplaying the 1994 Rwandan genocide.[9] It is hard to think of a more sensitive issue than the 1994 genocide within Rwanda, and it is within this context that Rwanda's withdrawal of its article 34(6) declaration occurred.[10]

Between 2003 and 2010 Ingabire made a number of comments, including at the Kigali Genocide Memorial, concerning the 1994 Rwandan genocide and Rwanda's leaders.[11] Ingabire was prosecuted for these comments under various Rwandan laws designed to prevent the minimisation of the Rwandan genocide.[12] In particular, in October 2012 Ingabire was convicted by the High Court of Kigali of 'conspiracy

7 Tunisia is the latest signatory, signing the Additional Declaration in April 2017. See http://en.african-court.org/index.php/news/press-releases/item/145-republic-of-tunisia-signs-african-court-declaration-to-allow-ngos-and-individuals-to-access-the-human -and-peoples-rights-court-directly. For a list of signatures see https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7778-sl-protocol_to_the_african_charter_on_human_and_peoplesrights_on_the_establishment_of_an_african_court_on_human_and_peoples_rights_17.pdf (accessed 18 January 2019), although it is noted that at the time of writing the current list had not been amended to reflect Tunisia's making the declaration.

8 *Ingabire Victoire Umuhoza v Republic of Rwanda* Application 3/2014 Ruling on Jurisdiction 3 June 2016 (Ruling on Jurisdiction); *Ingabire Victoire Umuhoza v Republic of Rwanda* Application 3/2014 Corrigendum to Ruling on Withdrawal 5 September 2018 (Corrigendum to Withdrawal Ruling); *Ingabire Victoire Umuhoza v Republic of Rwanda* Application 3/2014 Judgment on Merits 24 November 2017 (Judgment on Merits).

9 Ruling on Jurisdiction paras 9-11; Judgment on Merits paras 6-8.

10 In the Judgement on Merits, the African Court considered the 1994 Rwandan genocide as the 'most atrocious genocide in the recent history of mankind'.

11 Judgment on Merits para 134.

12 Judgment on Merits para 8.

to undermine established authority and violate constitutional principles by resorting to terrorism and armed force' and 'minimization of the genocide' and sentenced to eight years' imprisonment with hard labour.[13] Ingabire appealed these convictions. In December 2013, on appeal, the Rwandan Supreme Court reclassified the convictions, finding her guilty of 'conspiracy to undermine the Government and the Constitution, through acts of terrorism, war or other violent means, of downplaying genocide, and of spreading rumours with the intent to incite the population against the existing authorities'.[14] Ingabire was then re-sentenced to 15 years imprisonment.

Having taken her case to the Rwandan Supreme Court, and therefore as far as possible domestically, Ingabire on 3 October 2014 petitioned the African Court alleging that her arrest, detention, trial and convictions violated the African Charter and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).[15] Specifically, Ingabire argued that her right to fair trial (article 7 of the African Charter) and the right to freedom of expression (article 9(2) of the African Charter and article 19 of the ICCPR) had been violated.[16]

4 RWEXIT

In order to properly assess Rwanda's withdrawal of its declaration, which is termed here as 'Rwexit', and the *Ingabire* case that triggered it, some dates are helpful. Rwanda ratified the African Charter on 21 October 1986 and ratified the African Court Protocol on 25 May 2004. It made the article 34(6)-declaration on 22 January 2013.[17] Putting these dates into context with the *Ingabire* case, Rwanda made the declaration approximately four months after Ingabire was convicted by the Kigali High Court.[18] The Rwandan Supreme Court case was dealt with almost a year after the declaration had been put in place. Ingabire then petitioned the African Court on 3 October 2014.[19]

Ingabire petitioned the African Court in October 2014 with Rwanda responding on 23 January 2015, to which Ingabire filed her reply on 14 April 2015.[20] This sequence of filings is par for the course in African Court litigation, but is notable since at this stage of litigation Rwanda appeared to be fully participating. It cannot be said that Rwanda did not know the content of the application or the identity of the applicant when it chose to respond to the initial petition. The engagement with litigation seems to indicate that Rwanda considered the African Court

13 Judgment on Merits paras 14-25.
14 Judgment on Merits paras 29-33.
15 Ruling on Jurisdiction paras 1 & 12; Judgment on Merits para 9.
16 Ruling on Jurisdiction paras 1 & 12; Judgment on Merits para 9.
17 Judgment on Merits para 2.
18 Additional Declaration signed on 22 January 2013, Ingabire was convicted by the Kigali High Court in October 2012.
19 Ruling on Jurisdiction para 1 & 12.
20 Ruling on Jurisdiction para 14.

a legitimate organ, even if it argued that the case itself was inadmissible and unfounded.

With filing complete, the African Court duly scheduled a public hearing for 4 March 2016.[21] It appears that in the run up to this hearing Ingabire's legal team wrote to the African Court, seeking an adjournment of the public hearing, while seeking to be heard on procedural matters.[22] With four days to go before the public hearing was to take place, on 29 February 2016 Rwanda notified the African Union Commission of its intention to withdraw its declaration.[23] The government's *note verbale* reads as follows:

> CONSIDERING the 1994 genocide against the Tutsi was the most heinous crime since the Holocaust and Rwanda, Africa and the world lost a million people in a hundred days;
>
> CONSIDERING that a Genocide convict who is a fugitive from justice has, pursuant to the above-mentioned Declaration, secured a right to be heard by the Honourable Court, ultimately [sic] gaining a platform for re-invention and sanitization, in the guise of defending the human rights of the Rwandan citizens;
>
> CONSIDERING that the Republic of Rwanda, in making the 22nd January 2013 Declaration never envisaged that the kind of person described above would ever seek and be granted a platform on the basis of the said Declaration;
>
> CONSIDERING that Rwanda has set up strong legal and judicial institutions entrusted with and capable of resolving any injustice and human rights issues;
>
> NOW THEREFORE, the Republic of Rwanda, in exercise of its sovereign prerogative, withdraws the Declaration it made on the 22nd day of January 2013 accepting the jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights to receive cases under article 5(3) of the Protocol and shall make it afresh after a comprehensive review.[24]

Rwanda's ambassador to the African Union explained further: 'We quickly realised that [the African Court] is being abused by the judges on absence of a clear position of the court vis-à-vis genocide convicts and fugitives, and that is why we withdrew'.[25] Significantly, Rwanda sent its first letter of withdrawal to the AU Commission. Only in a second letter dated 1 March 2016, did Rwanda notify the African Court of its deposit of an instrument of withdrawal with the African Union Commission.[26] This sequence appears deliberate. As will be examined in greater detail below, Rwanda sought to argue that the issue of withdrawal of its declaration was a matter for the AU Commission and had nothing to do with the African Court. Rwanda seems to have attempted to strengthen its position by engaging the African Union Commission first, with a subsequent courtesy letter to the African Court

21 Ruling on Jurisdiction para 15.

22 Ruling on Jurisdiction para 17.

23 Judgment on Merits paras 2 & 42.

24 See Centre for Human Rights, University of Pretoria 'Report: Rwanda's withdrawal of its acceptance of direct individual access to the African Human Rights Court' 22 March 2016 https://www.up.ac.za/en/faculty-of-law/news/post_2254556-report-rwandas-withdrawal-of-its-acceptance-of-direct-individual-access-to-the-african-hum an-rights-court (accessed 18 January 2018).

25 See 'Rwanda rejects calls to endorse African rights court' *The Citizen* 13 July 2016 http://www.thecitizen.co.tz/News/Rwanda-rejects-calls-to-endorse-African-rights-cou rt/1840340-3292644-1hos0yz/index.html (accessed 18 January 2018).

26 Ruling on Jurisdiction para 18; Judgment on Merits para 41.

informing it of the action. In its letter to the African Court, this approach is further reinforced by Rwanda arguing that the African Court should suspend hearings involving Rwanda until a review of the withdrawal of the declaration was completed, and that the African Court would be notified in due course, again seemingly attempting to side-line African Court participation.[27]

Given the contents of the *note verbale* and subsequent diplomatic explanations, the reason for Rwanda's withdrawal seems clear; the declaration's extended jurisdiction was being used by Rwandans alleged to have been involved in genocide minimisation or denial, something the Rwandan government could not accept. In effect, the Rwandan government was taking the stance that access to the African Court was open to Rwandans, just not *all* Rwandans. This position is clearly problematic. Despite the undoubted tragedy that is the Rwandan genocide, the African Charter contains no caveats on who enjoys rights. Simply put, even those accused of the most serious crimes still have protection under the African Charter and other international human rights instruments including the right to a fair trial and the freedom of expression. While the reason for withdrawal does not affect the legitimacy of withdrawal *per se*, the foundations for the withdrawal are nevertheless an important clue to potential future withdrawals by other AU member states.

Despite Rwanda's attempts to halt proceedings, the African Court proceeded with its public hearing on 4 March 2016.[28] This can be seen as the African Court's first bold move. It would have been feasible for the African Court to, at the very least, push the date of the public hearing back in order to fully consider Rwanda's withdrawal. However, despite having only a few days' notice, the African Court went ahead with the hearing, indicating perhaps that the African Court was determined to control the timeline of the withdrawal rather than allowing Rwanda to do so. Ingabire's legal team appeared at the public hearing, but Rwanda was unrepresented.[29] Ingabire took the opportunity to raise a number of issues concerning the lack of client access and other procedural issues, but the matter of the withdrawal itself was not discussed in any detail during the public hearing.

Following this public hearing, on 18 March 2016, the African Court rendered an interim order giving all parties an opportunity to address the issues of Rwanda's withdrawal of its declaration.[30] The order requested that parties file written submissions on the effect of Rwanda's withdrawal of its declaration within 15 days of receipt of the order, and that its ruling on the effect of the Rwanda's withdrawal

27 Judgment on the Merits para 41.

28 Ruling on Jurisdiction paras 20-22

29 Ruling on Jurisdiction para 23. Judgment on Merits para 43. This public hearing largely comprised of procedural matters, with Ingabire's legal team requesting, *inter alia*, the African Court order Rwanda to comply with disclosure of documents and allow access to Ingabire in prison.

30 *Ingabire Victoire Umuhoza v Republic of Rwanda* App 3/2014 Interim Order 18 March 2016 (Interim Order).

would be handed down at a later date.[31] This again can be seen as a move by the African Court to control the narrative. It also gave all parties an opportunity to set out its thoughts with more clarity than simply the letter of withdrawal.

In its response to the interim order, Rwanda did indeed flesh out somewhat the arguments first raised in its letter of withdrawal. It argued that having deposited its instrument of withdrawal with the AU Commission, by virtue of the principle of 'parallelism of forms', only the AU Commission was empowered to decide the withdrawal and its effects.[32] Rwanda contended therefore that the African Court and the parties in the case 'have nothing to do' with the withdrawal and its effect once the instrument of withdrawal was deposited with the AU Commission and that the debate regarding withdrawal was a matter for the AU.[33]

Ingabire argued that while preventing member states from withdrawing from a voluntary declaration may be 'too radical a position', this should not allow AU Member States to withdraw 'at any moment and in any manner'.[34] Ingabire further argued that since there were no provisions within the African Court Protocol concerning withdrawal of the declaration, the African Court should be guided by article 56 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna Convention).[35] Ingabire contended that the African Court should be further guided by the principle of *pacta sunt servanda*; that parties to a treaty perform their duties in good faith and that this meant any withdrawal must take effect only after a 'reasonable amount of time' served as a cooling off period.[36] In support, Ingabire pointed to the International Court of Justice decision in *Nicaragua v United States of America, Jurisdiction and Admissibility Judgement*, which argued for a reasonable time for withdrawal from treaties that contain no termination provision.[37] Ingabire argued that requiring advance notice of withdrawal is to discourage 'opportunistic defections' that would cause the treaty base system to 'unravel'.[38] Ingabire also pointed to the European Court of Human Rights and Inter-American Court of Human Rights that provide for notice periods of six and twelve months respectively, arguing that the African Court should apply a similar standard to withdrawals.[39]

As to the effect on her case, Ingabire argued that Rwanda's withdrawal of its declaration should have no effect on cases pending before the African Court based on the principle of non-retroactivity, relying on article 70(1)(b) of the Vienna Convention, which provides

31 Interim Order para 7; Judgment on Merits para 44.
32 Ruling on Jurisdiction para 36.
33 As above.
34 Ruling on Jurisdiction para 38.
35 As above.
36 Ruling on Jurisdiction paras 38-39.
37 Ruling on Jurisdiction para 40.
38 Ruling on Jurisdiction para 41.
39 As above.

that the termination of a treaty, unless otherwise agreed, does not affect pre-existing obligations or legal situations.[40] Ingabire argued that complaints submitted to the African Court after withdrawal would still be admissible to the extent that they address alleged violations in Rwanda that occurred during the period when Rwanda was still bound by the declaration.[41]

The Court also considered an *amicus curiae* brief from the Coalition for the African Court (Coalition).[42] The Coalition focused on two issues. First, whether Rwanda was entitled to withdraw its declaration and second, if Rwanda could withdraw, the legal effects of withdrawal on pending proceedings.[43] Similar to Ingabire, the Coalition argued that since there was a lack of express provision in the African Court Protocol, Rules of the Court or African Charter on the withdrawal of a declaration, the African Court should rely on article 56 of the Vienna Convention.[44] The Coalition further argued that in making the declaration, Rwanda was under international obligations, and that any reservations included pursuant to article 19(c) of the Vienna Convention must be compatible with the object and purpose of the treaty.[45] The Coalition then went further, arguing that withdrawal of declaration was inconsistent with the 'spirit' of the AU's human rights instruments.[46]

As to what effect the withdrawal has on pending proceedings, the Coalition argued that Rwanda was required to serve notice of its intention to withdraw at least 12 months in advance to comply with article 56(2) of the Vienna Convention, and that Rwanda's request for an immediate suspension of pending cases breached the provisions of international law on treaties, the African Charter and African Court Protocol.[47] It noted that the role of the African Court is to preserve, complement and reinforce progress made in the protection of human rights across Africa by the African Commission, which includes ensuring compliance with the criteria on the equality of parties to a trial whether or not a party is a sovereign state.[48] The Coalition also contended that the African Court should aim at ensuring observance of the right of any victim to seek an effective legal remedy in line with article 7 of the African Charter and the Principles on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in African, as adopted by the African Commission in 2003.[49]

In its decision, the African Court first dealt, albeit briefly, with Rwanda's argument that the African Union Commission rather than

40 Ruling on Jurisdiction para 42.
41 As above.
42 Ruling on Jurisdiction paras 43-47.
43 Ruling on Jurisdiction para 43.
44 As above.
45 Ruling on Jurisdiction para 44.
46 Ruling on Jurisdiction para 45.
47 Ruling on Jurisdiction paras 46-47.
48 Ruling on Jurisdiction para 47.
49 RulAs above.

the African Court had jurisdiction to decide on the issue of withdrawal.[50] Relying on article 3(2) of the African Court Protocol, which states that in the event of debate over whether the African Court has jurisdiction the African Court shall decide, the African Court found that it was going to do just that and dismissed Rwanda's submissions.[51] Rwanda's arguments on withdrawal appear, at least on the summary submissions available, to have been based solely on the theory that having deposited the instrument of withdrawal with the AU Commission, the issue was out of the African Court's hands. This position can be best described as hopeful. Since the African Court had the express power to consider challenges to its jurisdiction under article 3(2) of the African Court Protocol, Rwanda's attempts to steer the matter away from the African Court to the AU Commission were unlikely to ever to succeed.[52] Whether Rwanda was keeping its powder dry for further submissions before the AU Commission is unclear, but given the unlikelihood of the African Court leaving a matter as important and so relevant as this to the AU Commission, it may have benefitted Rwanda to have added further submissions on the nature of its withdrawal before the African Court.

With jurisdiction firmly established, and Rwanda's arguments seemingly spent, the African Court was left to consider whether the withdrawal was in fact allowable and if so when it would take effect and what the effect would be. To do this the African Court divided its analysis into three parts: (i) is the withdrawal valid; (ii) if it is valid, what are the conditions for withdrawal?; and (iii) what are the effects of withdrawal?[53]

With regards to whether Rwanda's withdrawal was valid, the African Court acknowledged that the African Court Protocol does not contain any provisions for the withdrawal from either the African Court Protocol or the declaration contained within it.[54] The African Court therefore first considered whether the Vienna Convention applies as argued by Ingabire and the Coalition. It noted that the declaration found under article 34(6) of the African Court Protocol necessarily emanates from the African Court Protocol which in turn is subject to the law of treaties, but the making of the declaration is a unilateral act that is not subject to the law of treaties, and therefore the Vienna Convention does not apply to the Additional Declaration.[55] In a corrigendum to the ruling issued in September 2016 the African Court amended its reasoning to read that with regard to the applicability of the Vienna Convention on the declaration, while the declaration emanates from the African Court Protocol, which is subject to the law of treaties, the declaration itself is a unilateral act that is not directly

50 Ruling on Jurisdiction paras 49-52.

51 Ruling on Jurisdiction para 52.

52 See Article 3(2) African Court Protocol which states 'In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the Court shall decide.'

53 Ruling on Jurisdiction para 48.

54 Ruling on Jurisdiction para 53.

55 Ruling on Jurisdiction para 54.

subject to the law of treaties.[56] This sounds similar if not exactly the same as the African Court's first explanation. However, in the Corrigendum, the African Court added some nuance by finding that while the Vienna Convention does not apply directly to the declaration, it can be applied by analogy, and the African Court can 'draw inspiration from it when it deems appropriate'.[57]

With this in mind, the African Court held that its consideration on the validity of Rwanda's withdrawal of its declaration was to be guided by 'relevant rules governing declarations of recognition of jurisdiction as well as the international law principle of state sovereignty'.[58] In particular, this meant that the African Court looked to the rules governing recognition of jurisdiction of international courts, with the African Court noting that 'related declarations' are generally optional in nature, such as those relied on for the recognition of jurisdiction of the International Court of Justice, European Court of Human Rights, and Inter-American Court of Human Rights.[59]

The African Court found that in comparison, the declaration is of a similar nature to these other declarations, since although it emanates from the African Court Protocol, the article 34(6) declaration is optional in nature and is therefore separable from the African Court Protocol and is subject to withdrawal independent of the African Court Protocol.[60] The African Court reinforced this view with the principle of state sovereignty.[61] It held that as far as unilateral acts were concerned, state sovereignty commands that states are free to commit themselves and they retain the discretion to withdraw their commitments.[62] With all this in mind, the African Court found that Rwanda was entitled to withdraw its declaration and that such withdrawal is valid under the African Court Protocol.[63] The African Court's finding that the African Court Protocol and declaration remain separate is an obvious but welcome clarification. It would have been detrimental to the African Court's future had there been any ambiguity as to whether withdrawal of the declaration meant withdrawal from the African Court Protocol too. However, the African Court's decision to separate the African Court Protocol and the declaration follows a convoluted and somewhat unnecessary line of reasoning. To simply say that the declaration is optional, but is clearly contained within the African Court's Protocol and Rules and therefore is subject to the Vienna Convention, seems like the most common-sense approach to the issue.

56 Corrigendum to Withdrawal Rulings para ii.

57 As above.

58 Ruling on Jurisdiction para 55.

59 Ruling on Jurisdiction para 56 referring to article 36(2) of the Statute of the International Court of Justice, article 46 of the European Convention on Human Rights (before the entry into force of Protocol 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and article 62(1) of the American Convention on Human Rights.

60 Ruling on Jurisdiction para 57.

61 Ruling on Jurisdiction para 58.

62 As above.

63 Ruling on Jurisdiction para 59.

The complicated route taken by the African Court seems to have played a large part in the concerning delay of the decision being rendered publicly. The addition of a corrigendum appears to have been an attempt to clarify a situation which needed little clarification. To recall, Rwanda filed its withdrawal at the end of February 2016. The official decision on jurisdiction was dated 3 June 2016, yet this decision was not made public until much later in September 2016.[64] The reason for rendering the decision but not making it public is unexplained. Alongside the June 2016 decision, the public decision that did emerge also included the corrigendum dated 3 September 2016. It appears that having rendered the decision in June 2016, the African Court decided to amend its reasoning slightly, thus delaying the public availability until September 2016. This approach is concerning. The purpose of a corrigendum is usually to correct a judgement or decision already publicly issued. In any event, in these circumstances, the decision should be considered handed down in September 2016. This is of particular importance since a delay of seven months is highly significant when considering that the African Court knew from June 2016 the decision would be to impose a 12 month notice period. Simply put then, the African Court rendered its decision telling the public, and most importantly Rwandans, that it had 12 months left before the declaration was effectively withdrawn with only six months remaining of the notice period. The African Court therefore halved the notice period available to Rwandans.

Nevertheless, with withdrawal found valid, the African Court turned to the conditions of withdrawal. The African Court held that even if withdrawal is unilateral, the discretionary character of withdrawal 'is not absolute', particularly where the act, in this case signing the declaration, creates rights to the benefit of third parties, the enjoyment of which require legal certainty.[65] Put another way, the African Court recognised that the signing and withdrawal of the declaration effects not only Rwanda the African Union member state, but Rwandan individuals and NGOs who, through the declaration, obtain the right to directly petition the African Court. The African Court found that in such circumstances, even when states can withdraw, they should be required to give prior notice to prevent an abrupt suspension of rights which would inevitably impact the rights of individuals and NGOs, the very holders of the rights, and that any immediate withdrawal without notice has the potential to weaken the human rights protection regime provided for in the African Charter.[66]

As to how long such notice period should be, the African Court looked to the Inter-American Court of Human Rights, and the case of *Bronstein v Peru* in particular, where the Inter-American Court of Human Rights found that on the basis of the principle of legal certainty, a formal notice of 12 months would need to be given in the case of withdrawal for the sake of juridical security and continuity. With this

64 See Ruling on Jurisdiction.
65 Ruling on Jurisdiction para 60.
66 Ruling on Jurisdiction paras 61-62.

practice in mind, the African Court found notice is compulsory in cases of withdrawal of the declaration.[67]

As to the period of notice, the African Court was again inspired by the practice of the Inter-American Court of Human Rights and article 78 of the American Convention on Human Rights as applied in the case of *Bronstein v Peru* which provides for 12 months, the notice period found in article 56(2) of the Vienna Convention.[68] The African Court therefore found the period of one year shall apply to the withdrawal of Rwanda's declaration.[69] The length of the notice period was not however unanimously supported. Judge Niyungeko and Judge Ramadhani issued a dissenting opinion arguing for a six month notice period.[70] The length of the notice period cannot be unduly criticised but it appears the African Court relied on the practice of the Inter-American system solely in arriving at its conclusion, without looking at other regional courts or international human rights organs. However, given the concerning issues over the public rendering of the decision, the 12 month notice period allowed at least some notice to Rwandans that a six month notice period would not have.

Finally, as to the legal effects of the withdrawal, the African Court considered two distinct issues.[71] First, the precise date of the notice period. Based on the African Court's decision to impose a 12 month notice period on any withdrawal of a declaration, the African Court found that Rwexit could only take effect after the expiry of the 12 month notice period, from 1 March 2017.[72] Second, the African Court considered the possible effect of the withdrawal on pending cases.[73] It found that Rwanda's withdrawal of its declaration cannot divest the African Court of jurisdiction to hear the *Ingabire* case, a position supported by the principle of non-retroactivity which stipulates that new rules apply only to future situations. The African Court therefore held that Rwanda's notification of intention to withdraw its declaration had no legal effects on cases pending before it.[74] However, while the decision is clear that cases currently pending before the African Court are not affected, it leaves at least two other scenarios that the African Court did not explicitly deal with. The one scenario concerns future cases filed before 1 March 2017, that is to say cases filed between the rendering of the decision and 1 March 2017. These cases are presumably safe since the African Court clearly stated that withdrawal takes effect on 1 March 2017. In the other scenario, and this may be more complicated, cases have been filed after 1 March 2017 but relating to events occurring before 1 March 2017. This scenario is especially applicable to cases where delays have occurred while bringing cases

67 Ruling on Jurisdiction para 64.
68 Ruling on Jurisdiction para 65.
69 Ruling on Jurisdiction para 66.
70 Dissenting Opinion of Judge Niyengeko and Judge Ramadhani 3 February 2017 para 20.
71 Ruling on Jurisdiction paras 67-68.
72 Ruling on Jurisdiction para 67.
73 Ruling on Jurisdiction para 68.
74 As above.

domestically in order to fulfil the exhaustion of local remedies requirement. Certainly, the requirement that applicants first exhaust local remedies has the potential to stymie cases being filed before the African Court by 1 March 2017 and this may be an ongoing issue that the African Court will have to resolve.

Following the rendering of this watershed decision, the African Court stayed true to its promise to examine the case on the merits, handing down a judgement on 24 November 2017. The judgment itself is notable for its examination of the right to fair trial pursuant to article 7 of the African Charter and right to freedom of expression pursuant to article 9(2) of the African Charter. In particular, the African Court developed an important precedent on what can be considered legitimate restrictions on freedom of expression, developing the notions of restrictions proscribed by law, serving a legitimate purpose and whether they are necessary and proportional.[75]

5 CONCLUSION

As the African Court acknowledged, the African Court Protocol, African Court Rules and African Charter have no provisions on the withdrawal of a member state from the African Protocol or declaration made under article 34(6) of the Court Protocol. Rwanda's withdrawal of its declaration was a first for the African Court. Its impact would be felt not only in Rwanda but across African where curious nations watched to see how the African Court would deal with it. Reject the possibility of withdrawal and the African Court would appear inflexible and may put off potential ratification of the African Court Protocol or declaration. Allow Rwanda to withdraw immediately, rendering current cases inadmissible and risk appearing to pander to member states. The African Court instead chose a pragmatic and sensible middle ground that is likely to stand it in good stead moving forward. The African Court's decisions that withdrawal is valid and should take place after a notice period are of safe ground. It would defy international practice and common sense not to allow a state to withdraw voluntarily from a declaration it made voluntarily. Any decision that a withdrawal was prohibited would have scared off potential declarations. In the end the African Court appears to have taken the pragmatic line to follow the Vienna Convention, Inter-American Court and European Court by granting the withdrawal subject a notice period. While the length of the notice period did not attract unanimous support amongst judges, it does fall in line with international practice. While precedent exists for a six months notice period, the decision to plump for 12 months seems most pragmatic. Certainly, a period other than six months or 12 months

75 See Judgment on Merits paras 137-138 (proscribed by law), paras 139-141 & 147 (legitimate purpose), paras 162-163 (necessary and proportional). For further discussion on the freedom of expression element of the Judgement on Merits see O Windridge 'A fine balance: assessing restrictions on freedom of expression at the African Court on Human and Peoples' Rights' (2017) 1 *Gambia Law Review* http://gambialawreview.com/index.php/issue/2018/right-to-free-speech#_ (accessed 18 January 2018).

would have seemed less rational, and given the issues over rending the decision and the ongoing issues surrounding the African Court's difficulties in raising its profile in AU member states, a relatively short notice period of six months may have been too short.

The African Court's decision places it alongside other regional courts and avoids any accusations of bending to the will of AU member states over and above what is appropriate. The break is not however entirely clean and some questions remain. How will the African Court approach cases filed during the twelve-month notice period? It seems that Rwanda has no interest in engaging with these cases, so how will the African Court seek to implement decisions if violations are found? The African Court's decision is also somewhat unclear on the possible jurisdictional situation of cases involving alleged violations of rights during the period in which Rwanda was an declaration signee. While these questions linger, particularly given the surfeit of Rwandan cases still pending before the African Court,[76] any concern over a coattail effect, and the sudden rush of withdrawals, has thus far failed to materialise. At the time of writing, none of the other AU member states that have made the declaration have sought to withdraw.

How influential the African Court's Rwexit decision and subsequent judgment on the merits has been within Rwanda and on Rwandan authorities is difficult to gauge. It should be noted however that in September 2018 reports emerged that Rwandan authorities had released Ingabire following a presidential pardon.[77] What, if any, influence the African Court's approach to Ingabire's case had on this decision is debatable. While it would likely be too far a stretch to point to the African Court's decisions as the sole reason for Ingabire's release, it at least potentially demonstrates that African Court decisions can be part, if not the complete reason for AU member states' complying with human rights obligations.

Clearly, much is still to be done for the African Court to achieve its mandate as a truly continent-wide human and peoples' rights court, but with Rwexit the African Court has demonstrated when it comes to complex and sensitive matters it is fit for purpose. Let us hope this continues.

76 As of October 2018, the African Court website listed eleven cases still pending see http://en.african-court.org/index.php/cases/2016-10-17-16-18-21#pending-cases (accessed 18 October 2018).

77 See 'Rwandan opposition leader among 2,100 released from prison' *Aljazeera News* 15 September 2018 https://www.aljazeera.com/news/2018/09/rwandan-opposition-leader-2100-released-prison-180915094047528.html; 'Victoire Ingabire: Rwanda frees 2,000 people including opposition figure' *BBC News* 15 September 2018 https://www.bbc.co.uk/news/world-africa-45532922 (accessed 12 January 2019).

Le mécanisme de garantie des droits de l'homme de la CEDEAO: entre emprunt et appropriation des instruments du système continental

*Robert Yougbaré**

RÉSUMÉ: La Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) compte, depuis ce début de 21eme siècle, parmi les organisations de garantie des droits de l'homme, avec la révision du mandat de sa Cour de justice en 2005. Depuis, cette Cour officie dans le domaine des droits de l'homme, avec audace et volontarisme. Toutefois, l'exercice de ce mandat suscite quelques interrogations, relativement notamment à sa légalité et à son opportunité. En se penchant sur certaines de ces questions, la présente étude révèle qu'en dépit du silence des textes, le lien intrinsèque entre les droits de l'homme et la réalisation de son objet, légitime la revendication par l'organisation d'une compétence pour les protéger. Quant au dispositif - atypique – qui, en l'absence d'un catalogue propre, repose sur des normes exogènes que s'approprie l'organisation, il ne souffre d'aucune irrégularité. Des ressources du droit international, en général, et du droit de la CEDEAO, en particulier, soutiennent sa régularité, même si le régime des règles ainsi importées demeure indécis. Outre cette légalité établie, le mécanisme de la CEDEAO peut se prévaloir d'une certaine efficacité, en raison de la nature communautaire du système d'ancrage et de la juridiction immédiate qu'a revendiquée la Cour sur les cas de violations des droits de l'homme.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The ECOWAS human rights protection mechanism amid borrowing and appropriation of the instruments of the continental system

ABSTRACT: Since the beginning of the 21st century, the Economic Community of West African States (ECOWAS) has been ensuring respect for human rights. This shift in the mandate of ECOWAS was made possible by way of the revision of the substantive jurisdiction of its Court of Justice in 2005. The ECOWAS Court has since then courageously and actively adjudicated human rights matters. However, the jurisdiction of the Court raises some issues with respect to its legality. Looking at some of these issues, this study demonstrates that, despite the lack of any express provisions in the legal instruments, the relationship between human rights and the realisation of the ECOWAS objectives justifies the claim by the organisation to protect fundamental rights. Regarding the *sui generis* regime, which, absent its own bill of rights, relies on external norms (including the African Charter on Human and Peoples' Rights) borrowed by the organization, it does not suffer from any illegality. Its regularity remains evidenced by the recourse to international law sources, in general, and particularly to sources of ECOWAS Community law, although the legal regime of these imported norms and standards remains unclear. Besides its well-grounded legality, the ECOWAS mechanism can, in addition, claim to be effective because of the communitarian nature of the anchoring system and the immediate jurisdiction the Court has claimed over cases of human rights violations.

* Maître Assistant en droit public, Université Norbert Zongo/Burkina Faso; ryougbare@gmail.com

R Yougbaré 'Le mécanisme de garantie des droits de l'homme de la CEDEAO: entre emprunt et appropriation des instruments du système continental'
(2018) 2 *Annuaire africain des droits de l'homme* 259-294
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a12

MOTS CLÉS: Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO); Cour de justice de la CEDEAO; juridiction des droits de l'homme; système africain de des droits de l'homme; droit communautaire

SOMMAIRE:

1 Introduction 260
2 Une garantie juridiquement fondée 266
2.1 Une compétence communautaire etablie 266
2.2 Un recours aux sources exogènes permis 272
3 Une effectivité relativement renforcée 281
3.1 La communautarisation des droits de l'homme 281
3.2 La justiciabilité des droits de l'homme devant la justice communautaire 287
4 Conclusion 293

1 INTRODUCTION

« Où commencent les droits de l'homme universels? Ils commencent près de chez soi, en des lieux si proches et si petits qu'on ne peut les voir sur aucune carte du monde. »[1] Ainsi s'exclamait Eleanor Roosevelt, ancienne présidente du comité de rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme, à l'occasion du dixième anniversaire de la Déclaration, pour expliquer la responsabilité partagée de tous les niveaux de la gouvernance dans leur mise en œuvre. Ainsi, proclamés en grandes pompes sur l'arène de la politique internationale,[2] comme composante du droit international, les droits de l'homme, pour atteindre leurs cibles, doivent descendre de leur piédestal international pour pénétrer progressivement les sphères de gouvernance les plus proches possibles de l'individu,[3] en l'occurrence, les systèmes juridiques nationaux qui sont ceux-là qui impactent le plus quotidiennement la vie des êtres humains. Entre les deux extrémités – le droit international, à l'une, et le droit interne, à l'autre – a émergé une nouvelle catégorie juridique: les systèmes juridiques communautaires, ces « ordres juridiques propres, intégrés au système juridique des États membres »,[4] se situant précisément « au confluent du droit interne et du droit international »[5] qui ont été développés dans le cadre des organisations d'intégration économique. Ce niveau de gouvernance

1 E Roosevelt 'In our hands' *Discours de 1958 prononcé à l'occasion du dixième anniversaire de la déclaration universelle des droits de l'homme*.

2 La Déclaration universelle des droits de l'homme, qui sonne le top départ de la dynamique contemporaine des droits de l'homme, a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, à Paris, le 10 décembre 1948.

3 En effet, quelles que soient les avancées enregistrées, le droit international demeure toujours le droit des relations interétatiques, l'individu étant toujours tenu à l'écart des sujets attitrés du droit international.

4 Ainsi qualifiait la Cour de justice des Communautés européennes, l'ordre juridique communautaire dans deux de ses arrêts fondateurs, en l'occurrence, l'arrêt *Van Gend en Loos*, CJCE (5 février 1963), Aff. 26/62, Rec.1963 et l'arrêt *Costa contre ENEL*, CJCE (15 juillet 1964), Aff. 6/64, Rec 1141. Il s'agit ici d'un croisement des formules issues des deux arrêts, à savoir celle de l'arrêt *Van Gend* en Loos qui qualifia l'ordre juridique de la Communauté économique européenne de 'nouvel ordre juridique de droit international', et l'arrêt *Costa*, d'ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres'.

5 A Soma 'Les caractères généraux du droit communautaire' (2017) 1 *Revue CAMES/SJP* 376.

intermédiaire échapper à l'envahissement des droits de l'homme. Du moins, ces « nouveaux » systèmes juridiques ne sauraient se fermer à la pénétration des droits de l'homme, sans courir le risque d'aller contre la marche du temps.

En tout cas, pour sa part, alors que rien ne l'y prédisposait, la construction européenne a intégré progressivement la problématique des droits de l'homme dans son action, grâce à l'ingéniosité de la Cour de justice de l'Union européenne,[6] à laquelle le législateur européen a emboîté très rapidement le pas, en codifiant ce que la jurisprudence audacieuse de la Cour communautaire avait déjà consacré.[7] En Afrique, à la suite du processus continental d'appropriation des droits de l'homme à travers l'adoption de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte africaine), les initiatives d'intégration économique sous-régionales, largement inspirées du modèle européen, se sont mises à leur tour *aux couleurs* des droits de l'homme.[8] Des organisations qui en sont issues, la Communauté Économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) demeure celle qui a le plus cristallisé le sujet, au regard de l'intensité de son action dans le domaine, mais également du caractère atypique du mécanisme qu'elle a adopté pour poursuivre la cause des droits de l'homme. Pourtant, le sujet est quasiment absent des premiers textes de l'organisation, notamment de son Traité constitutif, adopté en 1975, à une époque marquée par la polarisation Est-Ouest, avec comme conséquence, entre autres, le gel pendant des décennies de l'enthousiasme pro-humaniste de l'après seconde guerre mondiale et l'exclusion consécutive des droits de l'homme des sujets marquant les relations internationales.

6 La Cour de justice des Communautés européennes a, dans un premier temps, 'proclamé que les actes communautaires devaient, à peine de nullité, être compatibles avec les droits fondamentaux de la personne, compris dans les principes généraux du droit dont elle assure le respect' (D Simon 'Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: 'je t'aime, moi non plus'?; (2001) 96 *Pouvoirs* 35, commentant l'arrêt Stauder (*Stauder* CJCE (12 novembre 1969), *aff.* 29/69, Rec.419). Elle a ensuite considéré comme source de ces droits fondamentaux, 'les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme, auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré' (*Nold* CJCE (14 mai 1974) *aff.* 4/73, Rec.491, cité par Simon, 35).

7 Après avoir adopté une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en 2000, il a mentionné dans le Traité sur l'Union européenne, à son article 6(3) que 'Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde les droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. »

8 Il en est ainsi de la Communauté économique des Etats de l'Afrique Centrale (CEEAC), de la South African Development Community (SADC), de l'Autorité Intergouvernementale pour le Développement (IGAD) et de la Communauté Économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO). Voir, pour un aperçu rapide de la prise en compte des droits de l'homme dans les activités de ces organisations sous-régionales: M Mubiola *Le système africain de protection des droits de l'homme* (2005) 172-183. C'est le cas aussi de l'Union Économique et Monétaire Ouest africaine (UEMOA), dont l'article 3 dispose d'emblée que 'L'Union respecte dans son action les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981'.

Le sujet n'apparaît dans les textes de la CEDEAO qu'à partir des années 1990, coïncidant avec la chute du mur de Berlin qui symbolise la fin de la guerre froide. Les droits de l'homme constituent justement l'un des sujets fars de l'idéologie triomphante, à côté de la démocratie, dans les relations internationales, ce qui a pu influencer la prise en compte du sujet dans la construction de la Communauté ouest africaine. De toute façon, les droits de l'homme figuraient déjà dans l'agenda du continent africain et de ses organisations, lequel a abouti à l'adoption et à l'entrée en vigueur de la Charte africaine dans les années 1980.[9] De plus, au niveau ouest africain, la conjoncture sociopolitique a été propice à l'entrée en jeu de la thématique des droits de l'homme, à la fin du XXe siècle; cette fin de siècle se révèle, en effet, cauchemardesque, avec la naissance et l'enracinement de nombreuses guerres internes qui menacent la paix et la stabilité de toute la sous-région. Ce contexte d'insécurité des années 1990 relègue de fait au second plan les questions de développement économique, le sous-continent ouest africain n'ayant guère de choix que de consacrer ses efforts et son énergie à juguler les crises sociopolitiques. La Communauté ouest africaine prend conscience que le développement économique ne peut être traité isolément, en tout cas pas indépendamment de la question sécuritaire, laquelle est, à son tour, déterminée par l'état de la démocratie et des droits de l'homme dans les Etats membres.

Si d'emblée, ni la nature, ni l'objet de l'organisation ne la prédestinait à un certain activisme dans le domaine des droits de l'homme pour la realisation de son objet, la CEDEAO a été contrainte à reconnaître l'importance des droits de l'homme. Elle s'est engagée depuis dans une dynamique de sauvegarde des droits de l'homme, consciente de ce que la stabilité et la sécurité dans ses Etats membres en dépendent. Parce que la CEDEAO n'avait pas été pensée à ses origines comme une organisation de protection des droits de l'homme, des réserves peuvent être formulées à l'endroit de cette nouvelle dimension de l'organisation, en se fondant sur « l'éloignement du sujet des droits de l'homme avec l'objet économique du projet CEDEAO » et sur « l'absence d'un catalogue des droits de l'homme propre à la CEDEAO. »[10] Nonobstant cette critique, et quels que pertinents que soient les arguments qui peuvent être avancés à l'appui, il a été donné de constater que, de 1975 à nos jours, la CEDEAO a fait l'objet d'une mue d'une telle ampleur, sur la question des droits de l'homme, qu'il serait plus juste de se demander si l'organisation n'a pas opéré un changement de nature, passant d'une *communauté économique* à une *communauté politique*.[11] Toujours est-il que l'action de la Communauté dans le domaine des droits de l'homme est aujourd'hui réelle, à travers notamment sa Cour de justice qui, depuis l'amende-

9 La Charte a été adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi et est entrée en vigueur le 21 octobre 1986.

10 R Yougbaré 'La garantie communautaire du droit à la nationalité dans le cadre de la CEDEAO' (2018) *Revue CAMES/SJP* 479.

11 C'est une question que s'est posée le Pr Solomon Ebobrah en ces termes: '*Considering the wide differences in the form in which human rights find expression in the [two] constitutional epochs of ECOWAS (the 1975 and the 1993*

ment de son protocole en 2005,[12] a focalisé sa juridiction sur les droits de l'homme.[13] Ce Protocole, qui a mandaté la Cour de justice de la CEDEAO pour connaître des violations des droits de l'homme, n'a cependant pas lié l'exercice de cette nouvelle compétence de l'organe juridictionnel à des instruments de protection des droits de l'homme propres à la CEDEAO, comme source des droits de l'homme. De toute façon, l'organisation n'en dispose pas, en réalité, et ses textes n'évoquent les droits de l'homme que de façon éparse, a-systémique, mis à part les droits-libertés inhérents à la mise en œuvre du marché commun.[14] Un aperçu du contentieux de la Cour de justice de l'organisation, en la matière, laisse apercevoir que celle-ci fonde son office quasi-exclusivement sur des instruments juridiques tiers à la CEDEAO, parmi lesquels la Charte africaine occupe une place particulière, du fait de la fréquence des renvois que lui font les textes de la CEDEAO et de sa ratification par tous les Etats membres de la Communauté.

En dépit de sa jeunesse dans le rang des organisations de protection des droits de l'homme, l'engagement de la CEDEAO dans le domaine ne manque guère d'intérêt pour la curiosité scientifique. Il fait déjà l'objet de considération dans la littérature juridique africaine, notamment dans la doctrine anglophone. Certes, dans certains écrits, la question semble avoir été abordée pour mémoire.[15] Dans d'autres, elle a fait l'objet d'une attention particulière, soit pour saluer le mécanisme,[16] soit pour le critiquer, tout au moins dans sa configuration,[17] soit, enfin,

11 *constitutional epochs), it becomes interesting to engage the question whether ECOWAS has transformed from an economic integration initiative into a political integration scheme*' (ST Ebobrah 'A critical analysis of the human rights mandate of the ECOWAS Community Court of Justice' (2008) *in Research Partnership* 11).

12 Protocole additionnel (A/SP1/01/05) du 19 janvier 2005 portant amendement du Protocole relatif à la Cour de justice de la Communauté.

13 Un point fait en 2009 par le Professeur Alioune Sall, aujourd'hui juge à la Cour de justice de la CEDEAO, laisse voir la frénésie de la Cour et des justiciables depuis l'adjonction de la nouvelle compétence. Depuis, « le rythme du travail de la Cour s'est (...) brutalement accru, les sollicitations sont devenues plus nombreuses, mais cette réalité cache une donnée inquiétante: le délaissement du contentieux des règles édictées par l'organisation internationale et une polarisation autour d'un contentieux des 'droits de l'homme' ». Voir: A Sall *La justice de l'intégration. Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA* (2011) 27. Pour les statistiques du développement de la jurisprudence de la Cour, se reporter à la page 79.

14 Il s'agit des libertés constitutives de la libre circulation des personnes (droit d'entrée, droit de séjour, droit de résidence, d'établissement, ...) et de la libre circulation des biens, des capitaux, etc. La présente analyse ne prend pas en compte ces libertés qui sont des droits fonctionnels, c'est-à-dire, des droits accordés pour les besoins de l'intégration économique, et non des droits de l'homme pris comme tels.

15 Voir par exemple: Mubiala (n 8) et F Viljoen *International human rights law in Africa* (2012).

16 K Alter et al 'A new international human rights court for West Africa: the ECOWAS Community Court of Justice' (2013) 108 *American Journal of International Law* 1; ST Ebobrah 'Human rights development in African sub-regional economic communities during 2009' (2010) 10 *African Human Rights Law Journal* 240.

17 Voir Ebobrah (n 11) et Sall (n 13).

pour le décrire tout simplement. Des études ont porté également sur des aspects très spécifiques de la problématique, telle que l'exécution des décisions de la juridiction communautaire[18] ou encore l'applicabilité du mécanisme communautaire pour garantir le droit à la nationalité dans les États d'Afrique de l'Ouest.[19] Le sujet reste néanmoins encore à explorer, tant il est complexe, comme le reconnaît le Professeur Solomon Ebobrah. L'un des facteurs de sa complexification réside dans la configuration institutionnelle d'arrimage du système ouest africain de protection des droits de l'homme, en l'occurrence, le schéma d'intégration économique qui sous-tend l'organisation-mère. A ce niveau, deux aspects méritent d'être élucidés: la compatibilité de la nature économique du système d'arrimage avec le mandat de protéger les droits de l'homme, d'une part, et l'incidence précisément de la nature spécifique du droit issu d'un tel système sur les droits protégés. Si le premier aspect a été largement abordé par beaucoup d'auteurs, notamment Ebobrah, le second n'a pas encore, à notre connaissance, beaucoup été discuté.[20] Un autre facteur déterminant du système de protection des droits de l'homme demeure l'absence d'un catalogue propre sur lequel reposerait la mission de garantie des droits de l'homme que s'est adjugée l'organisation. Une telle situation pose la question de la validité des normes ainsi « empruntées » et de l'opportunité du mécanisme. Les auteurs ayant étudié la question[21] ont, la plupart du temps, constaté le fait sans chalenger la justification profonde du dispositif. Tout au plus, s'interroge-t-on sur l'opportunité du dispositif. [22]Un troisième facteur de complexification – et on en restera là – provient de la pratique, voire de la politique jurisprudentielle de la Cour de justice de la Communauté vis-à-vis de la règle d'épuisement préalable des recours internes qu'elle a refusé d'endosser. Si une telle posture peut paraître « une mine d'or » pour les droits de l'homme, elle peut à long terme se révéler être un volcan en attente d'éruption.[23] Sur la question, les appréhensions sont clairement formulées par les auteurs, sans que cela ne soit une cause de rejet du système, mais aucun pour l'heure n'a analysé de façon très approfondie ni le bien-fondé, ni les conséquences de l'attitude péremptoire de la Cour de la CEDEAO.[24]

C'est dire que le système de garantie des droits de l'homme demeure encore un sujet à explorer sur bon nombre de ses aspects. Et

18 SH Adjolohoun *Giving effect to the human rights jurisprudence of the Court of justice of the Economic Community of West African States. Compliance and influence* (2013) PhD Thesis University of Pretoria.

19 Yougbaré (n 10).

20 Adjolohoun est l'un des rares à avoir abordé le sujet, mais spécifiquement sous l'angle de l'exécution des décisions de la Cour. Voir Adjolohoun (n 18) 382.

21 Ebobrah (n 11) et Sall (n 13).

22 Sall (n 13).

23 Ebobrah, 'A rights protection goldmine or a waiting volcanic eruption? Competence of, and access to, the human rights jurisdiction of the ECOWAS Court of Justice' (2007) 7 *African Human Rights Law Journal* 328. Voir aussi Sall (n 13).

24 La question n'est pas non plus véritablement débattue dans la présente analyse, car elle mériterait à elle seule une étude à part.

c'est à des fins exploratoires que se positionne la présente étude, en ciblant quelques-unes des questions que suscite l'aventure humaniste de la CEDEAO. De ces questions, la toute première que l'on ne peut s'empêcher de se poser est celle de savoir si la CEDEAO, de par ses textes, sa nature et son objet, a qualité pour agir dans le domaine des droits de l'homme. Se pose aussi la question de la légalité du mécanisme d'emprunt des ressources juridiques de systèmes institutionnels tiers auquel recourt la CEDEAO dans cet engagement. D'un point de vue strictement juridique, quelle valeur conférer, dans un système juridique international donné, à des normes édictées dans le cadre d'un autre système juridique international, sans qu'il n'y ait de lien formel entre les deux systèmes?[25] En d'autres termes, une organisation peut-elle se prévaloir, comme le fait la CEDEAO, de normes produites par une autre organisation? Le cas échéant, par quel procédé les normes de la première organisation produisent-elles leurs effets dans le second, et quel serait le régime des normes ainsi reçues?[26] L'opportunité pour la CEDEAO de s'investir dans le domaine des droits de l'homme, pour mettre en œuvre les normes d'autres systèmes internationaux, peut être aussi questionnée: quelle est la valeur ajoutée de la garantie proposée par la CEDEAO à des droits déterminés et garantis déjà par d'autres systèmes de protection des droits de l'homme qui disposent de leur propre système de mise en œuvre?

C'est autour de ces questionnements que s'est construite la présente analyse, avec comme objectif général de déchiffrer la particularité du système de garantie des droits de l'homme de la CEDEAO. De façon spécifique, il s'est agi d'examiner les fondements de la légalité du système ainsi que les conséquences juridiques et pratiques du mécanisme institué sur les droits protégés. L'intérêt de l'étude est donc à la fois théorique et pratique. Du point de vue théorique, elle explore l'univers encore indécis des rapports de systèmes juridiques

25 Par lien, il est entendu ici la possibilité pour une organisation internationale donnée d'être partie à une autre organisation, ce qui justifie la validité des normes produites dans le cadre de cette dernière dans l'ordre juridique de la première. Cette hypothèse ne concerne pas le cas en présence, la CEDEAO n'étant pas partie à aucune des conventions, à aucun des instruments auxquels se réfèrent ses textes. D'ailleurs, même si elle l'avait voulu, non seulement elle ne l'aurait pas pu, les instruments africains se montrant fermés à l'adhésion d'autres sujets que les Etats (voir Arrêt *Femi Falana c. Union africaine,* Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (26 juin 2012), Requête n°001/2011), mais également cela n'aurait pas changé la donne, puisqu'il ne s'agit pas ici de la responsabilité personnelle de la CEDEAO au regard de son (éventuelle) obligation de respecter les droits de l'homme, mais plutôt d'un engagement volontaire à jouer un rôle actif dans la garantie des droits de l'homme contre précisément leur violation par d'autres sujets du droit africain des droits de l'homme, en l'occurrence, les Etats.

26 Ces questionnements sont inévitables, au regard du caractère fragmenté de l'ordre juridique international, la société internationale ne disposant pas d'une constitution qui organiserait les rapports entre tous les sujets du droit international. Du moins, si l'on en conçoit une, ce serait au sens donné par Hammarskjöld A., pour qui, 'la véritable organisation ou constitution internationale est celle qui résulte de l'ensemble des cercles plus ou moins superposés, dont chacun est formé par les Etats qui sont groupés autour d'un objet déterminé' (AD Hammarskjöld 'Les immunités des personnes investies de fonctions internationales' (1936) *RACADI* 114).

internationaux, que l'étude de la Commission du droit international sur la question de la fragmentation du droit international a stigmatisés,[27] sans régler définitivement. Sur le plan pratique, elle apporte un certain éclairage sur la manière dont la Cour de justice de la CEDEAO mène son office de sauvegarde des droits de l'homme, dans une situation aussi complexe et, surtout, l'apport d'un tel mécanisme à la cause des droits de l'homme en Afrique.

L'étude, basée essentiellement sur une recherche documentaire, notamment une analyse des instruments juridiques de la CEDEAO et des instruments de protection des droits de l'homme auxquels renvoient les textes de la CEDEAO, avec quelques ouvertures vers des systèmes similaires aux fins de comparaisons, révèle que le système de garantie des droits de l'homme mis en œuvre dans le cadre de la CEDEAO, bien que reposant sur des normes d'emprunt, est juridiquement fondé (2), et qu'en dépit des critiques qu'il peut essuyer, l'effectivité des droits concernés s'en trouve relativement renforcée (3).

2 UNE GARANTIE JURIDIQUEMENT FONDÉE

L'analyse de l'engagement de la CEDEAO dans la protection des droits de l'homme permet de dissiper les incertitudes juridiques qu'il présente de prime abord, relativement à la compétence même de l'organisation dans le domaine des droits de l'homme et à la validité des sources sur lesquelles se fonde l'action protectrice de sa Cour de justice. Elle révèle que la compétence de la Communauté est bel et bien établie (2.1), et que le recours (systématique) aux sources exogènes, en l'absence d'un catalogue propre, est aussi autorisé (2.2).

2.1 Une compétence communautaire établie

Pour déterminer la compétence d'une organisation internationale, en raison du principe d'attribution des compétences qui la conditionne, le premier réflexe consiste à scruter le texte fondateur de l'organisation pour déceler la volonté des parties prenantes par rapport au sujet. Si la volonté des parties prenantes est expressément formulée pour confier à l'organisation une compétence donnée, l'organisation doit être considérée comme en disposant. A défaut, un second niveau d'analyse s'impose, qui consiste à rechercher éventuellement une volonté implicite des parties à l'organisation de lui reconnaître la compétence. Dans le cas de la CEDEAO, les doutes émis quant à la compétence de l'organisation ouest africaine pour investir le terrain des droits de l'homme[28] reposent sur l'absence d'une formulation expresse d'une telle compétence (2.1.1.). Le silence des textes peut être suppléé

27 Voir Rapport du groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international, A/CN.4/L.682 du 13 avril 2006.

28 Voir les réserves de l'auteur et celles d'autres auteurs sur le sujet (n 10, 11 et 13 ci-dessus).

néanmois en ayant recours à la théorie des compétences implicites (2.1.2).

2.1.1 L'absence d'une formulation expresse de la compétence communautaire

Le sujet des droits de l'homme, absent dans un premier temps, des textes de la CEDEAO, notamment du traité constitutif du 28 mai 1975, et alors manifestement étranger à l'objet économique de la CEDEAO, a progressivement intégré les textes fondamentaux de l'organisation, au fil de son évolution, faisant penser à une prise en charge évolutive de la problématique.

Dans la chronologie des faits, les premiers textes de la CEDEAO qui ont abordé le sujet des droits de l'homme datent du début des années 1990. Les textes les plus significatifs[29] sur le sujet sont principalement: la Déclaration des principes politiques de la Communauté, adoptée le 6 juillet 1991,[30] le Traité révisé de la CEDEAO du 24 juillet 1993 et le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance du 21 décembre 2001.[31] Le premier texte établit formellement le lien entre politique et intégration, la dimension politique de la Communauté comprenant entre autres, justement, la question des droits de l'homme. Le second acte, en l'occurrence, la révision du traité de la CEDEAO, en réponse « à la nécessité de s'adapter aux changements qui s'opèrent sur la scène internationale afin d'in tirer un meilleur profit »[32] abonde littéralement sur le sujet des droits de l'homme, aussi bien dans son préambule que dans le corps de ses dispositions.[33] L'une des dispositions emblématiques de ce nouveau pacte est celle faisant du « respect, [de la] promotion et [de la] protection des droits de l'homme et des peuples conformément aux dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », un principe fondamental de la Communauté (article 4). Le troisième acte est le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, dont la portée matérielle lui a valu d'être qualifié de « constitution régionale pour l'espace CEDEAO ».[34] Outre la consécration du respect des droits fondamentaux contenus dans la Charte africaine comme un des *principes constitutionnels*

29 D'autres actes, dont le Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité, signé à Lomé, le 10 décembre 1999, ont évoqué aussi le sujet des droits de l'homme, sans apporter d'éléments nouveaux. La présente analyse se focalise sur les actes qui ont marqué des étapes dans le processus d'institutionnalisation de la CEDEAO comme acteur dans la sauvegarde des droits de l'homme.

30 Déclaration A/DCL.1/7/91 du 06 juillet 1991.

31 Protocole A/SP.1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité.

32 Préambule du Traité révisé

33 Voir notamment les articles 3 et 56 du Traité révisé.

34 IM Fall et A Sall 'Une constitution régionale pour l'espace CEDEAO: le Protocole sur la démocratie, et la bonne gouvernance de la CEDEAO' *in* S Bolle (dir) *La Constitution en* Afrique – http://www.la-constitution-en-afrique.org/article-34239380.html (consulté le 12 octobre 2018).

convergents pour les Etats membres,[35] le Protocole prévoit des mesures visant à assurer l'effectivité de la protection des droits de l'homme dans les Etats membres, telles que l'obligation faite aux États membres de créer des institutions nationales indépendantes chargées de la promotion et de la protection des droits de l'homme dans les Etats membres (article 35), l'extension future du mandat de la Cour de justice communautaire pour intégrer la garantie des droits de l'homme (article 39)[36] et la sanction des Etats membres en cas de violation massive des droits de l'homme (article 45).

Dans aucun de ces textes n'apparaît une attribution expresse à la Communauté de la compétence pour intervenir en vue de promouvoir ou protéger les droits de l'homme.[37] Dans la Déclaration des principes politiques, les États membres de la Communauté s'engagent au respect d'un certain nombre de principes de nature politique tels que: le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans leur plénitude y compris les libertés spécifiques de pensée, de conscience, d'association, de religion ou de croyance pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de croyance; la promotion de la jouissance par tous les individus de leurs droits fondamentaux, notamment les droits politiques, économiques, sociaux, culturels et de toute autre nature qui sont inhérents à la dignité de la personne humaine et

35 Art 1(h) du Protocole A/SP.1/12/01.

36 Faisant suite à l'annonce du Protocole A/SP.1/12/01, est adopté le 19 janvier 2005 le Protocole additionnel (A/SP1/01/05) portant amendement du Protocole relatif à la Cour de justice de la Communauté. Ce texte couronne l'ascension de la CEDEAO vers son statut de système de protection des droits de l'homme, en consacrant explicitement la compétence de sa Cour à connaître des violations des droits de l'homme dans les Etats membres.

37 Pour savoir si les textes de la Communauté qui abordent le sujet des droits de l'homme ont modifié ou étendu la compétence de l'organisation pour y intégrer la promotion et la protection des droits de l'homme, le Professeur ST Ebobrah propose de distinguer la compétence de l'organisation-mère, ici la CEDEAO comme organisation internationale, détentrice de la compétence, de celle de ses institutions, en l'occurrence, celle de la Cour de justice de la Communauté, qui est en principe dérivée de la compétence de l'organisation. L'auteur part du postulat que l'institution ne saurait détenir une compétence que l'organisation elle-même n'a pas. Il suggère dès lors de ne tenir compte, dans l'analyse, que des textes qui viseraient l'organisation-mère. Voir: Ebobrah (n 11). Le Juge Alioune Sall est du même avis: ' la juridiction est, pourrait-on dire, au service d'un traité, qu'elle applique ou interprète lorsque, précisément, des difficultés surviennent au sujet de cette application ou de cette interprétation. En principe donc, sa compétence ne devrait pas déborder le champ du traité et des actes subséquents adoptés dans le cadre de la CEDEAO.' (Sall, n 13) 16. Suivant cette logique, le Protocole additionnel (A/SP1/01/05) portant amendement du Protocole relatif à la Cour de justice de la Communauté doit être occulté, tout au moins dans un premier temps, en ce qu'il ne porte pas sur la compétence de l'organisation, mais sur celle d'un de ses organes. Les seuls textes pertinents à prendre en compte sont donc le Traité révisé de 1993, le Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance et de la Déclaration des principes politiques de la CEDEAO. On pourrait être tenté d'écarter également la Déclaration des principes politiques de la CEDEAO, au regard de son apparente faible portée juridique. Si la Déclaration n'est, ni en droit international général ni en droit CEDEAO une source d'obligations juridiquement contraignantes, on peut considérer que les nombreuses références qui lui sont faites par des textes d'une portée juridique indéniable (Traité révisé, Protocoles, etc.) l'incorporent au bloc de constitutionalité communautaire.

indispensables à son épanouissement; la promotion d'une démocratie pluraliste et de la participation des individus à la conduite des affaires publiques. De ces principes, il n'apparaît aucune mention du rôle de la Communauté dans la protection des droits de l'homme.

Le traité révisé, en plus de la mention de la problématique dans le préambule, s'y réfère à deux occasions, à savoir respectivement à l'article 4 et à l'article 56. Dans le préambule, les signataires rappellent leur attachement à la Charte africaine et à la Déclaration des principes politiques de la Communauté. L'article 4, quant à lui, énumère les principes fondamentaux auxquels adhèrent solennellement les parties signataires du traité, parmi lesquels figure celui du respect, de la promotion et de la protection des droits de l'homme et des peuples conformément aux dispositions de la Charte africaine. Enfin, l'article 56 rappelle aux Etats membres signataires des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, leur devoir « de coopérer en vue d'assurer la réalisation des objectifs desdits accords ». Le traité révisé revient ainsi fréquemment sur le sujet des droits de l'homme, encourageant les Etats membres à les respecter, sans allusion aucune à une quelconque compétence de l'organisation commune pour les y accompagner ou les y contraindre.

Dans le Protocole A/SP1/12/01, la mention des droits de l'homme, bien que persistante, ne laisse pas apparaître non plus une habilitation de la Communauté pour agir. Le 1er article fait des droits de la personne,[38] tels que contenus dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, un des principes constitutionnels communs à tous les Etats membres de la Communauté, et donne mandat aux juridictions nationales de les garantir. L'article 33 instruit les Etats membres et le Secrétariat exécutif de mettre en place des modalités pratiques devant permettre l'effectivité des droits de l'homme. L'article 35 prescrit la création dans les Etats membres d'institutions indépendantes chargées de la promotion des droits de la personne, avec obligation de produire régulièrement des rapports à la Communauté sur la situation des droits de la personne dans les Etats membres. Les seules dispositions dont il est possible de déduire un quelconque rôle de la Communauté en relation avec les droits de l'homme sont celles issues des articles 39 et 45 du Protocole A/SP.1/12.01: les premièrs annoncent l'élargissement du mandat de la Cour de justice pour intégrer la garantie des droits de l'homme, tandis que les secondes prévoient des sanctions contre les Etats membres au sein desquels serait perpétrée une violation massive des droits de l'homme.[39]

38 Les textes de la CEDEAO utilisent indistinctement et de façon interchangeable, tantôt la terminologie des droits de l'homme, tantôt celle des droits de la personne, ou encore, celle de droits fondamentaux comme équivalentes.

39 Il convient de relever, au sujet de ce protocole, qu'il demeure à l'heure actuelle l'un des instruments les plus prolixes de la CEDEAO dans le domaine des droits de l'homme. En effet, en plus des renvois aux instruments internationaux auxquels les Etats membres ont souscrits, il se risque à énumérer un certain nombre de droits précis tels: la liberté de presse, la liberté de religion, d'opinion, la liberté d'association, de réunion et de manifestation pacifique, les droits des femmes, les droits des enfants, etc.

De l'économie de tous ces textes, ce qui est manifeste, c'est que les Etats membres ont entendu préciser leur responsabilité pour le respect, la promotion et la protection des droits de l'homme, avec l'accompagnement, le cas échéant, de la Communauté. Même l'article 39 du Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, en annonçant l'élargissement du mandat de la Cour, dispose clairement qu'un tel mandat n'intervient qu'après épuisement des voies de recours interne,[40] ce qui sous-entend que la responsabilité première de la protection des droits de l'homme, y compris par voie juridictionnelle, incombe aux Etats membres. Si la Communauté veut se prévaloir d'une compétence, ce n'est qu'en invoquant la théorie des compétences implicites.

2.1.2 L'existence d'une compétence implicite de la Communauté

Véritable reflexion au principe de spécialité, le principe des compétences implicites permet d'étendre la compétence d'une organisation au-delà de ce que la lettre de ses textes constitutifs lui reconnaît formellement. Il se fonde principalement sur une argumentation fonctionnaliste, partant du postulat que rien n'est absurde en droit international. Le principe postule que l'organisation internationale doit être considérée comme possédant « ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci. »[41] Pour déterminer une telle compétence, doivent être pris en compte, « la nature même de l'organisation créée, les objectifs qui lui ont été assignés par ses fondateurs, les impératifs liés à l'exercice effectif de ses fonctions ainsi que sa pratique propre».[42]

En empruntant cette démarche suggérée par la Cour internationale de justice, il est possible de parvenir à l'idée que la CEDEAO dispose d'une certaine compétence pour intervenir dans le domaine des droits de l'homme. Il suffit, pour ce faire, de démontrer, comme l'a fait le Pr Solomon Ebobrah, que, même si la prise en compte des droits de l'homme dans le traité révisé de 1993 n'a pas impacté l'objet de la

40 Certes, la Cour a considéré que cette disposition est nulle et de nul effet, au motif qu'elle serait en contradiction avec les dispositions du Traité révisé dont fait partie le Protocole de 1991 relatif à la Cour de justice de la Communauté, dans son arrêt *Ocean King Nigeria LTD c. la République du Sénégal*, CJC (8 mai 2011) Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/07/11): *'Article 39 of the Protocol on Democracy and Good Governance, which is clearly in conflict with the provisions of Article 4(d) of the Supplementary Protocol of 2005 with respect to the exhaustion of local remedies as a condition precedent to the institution of an action in human rights is null and void to the extent. The 1991 Protocol, as amended by the Supplementary Protocol, forms an integral part of the Treaty and thus the exclusion of exhaustion of local remedies under the Protocol is perfectly valid in international law'.*

41 *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif: CIJ Recueil 1949,* 182.

42 *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif, CIJ, Recueil 1996*, 75.

Communauté,[43] et bien que ledit traité n'ait point établi de rapport entre l'action de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et « l'objectif final » de la Communauté[44] qui demeure « le développement économique accéléré et soutenu des États membres »,[45] l'existence d'un tel rapport est de toute évidence. Car, explique l'auteur:

> le bilan de la CEDEAO sous le régime du traité de 1975 démontre les difficultés rencontrées par l'organisation pour atteindre les objectifs économiques sans se préoccuper des questions politiques dont celles liées à la situation des droits de l'homme dans les Etats membres. Les effets des conflits internes directement ou indirectement liés au déni et à la demande de protection des droits de l'homme ont empêché la CEDEAO d'atteindre les objectifs fixés et ont conduit l'organisation à se tourner vers la quête de la sécurité.[46]

A cette argumentation, peut s'ajouter l'argument de « la pratique », plus précisément la pratique de la Cour de justice de la Communauté. Le terme pratique doit être appréhendé ici de façon très large. Il désigne la « manière habituelle d'agir, de procéder ou de décider d'un Etat ou d'une organisation internationale; le comportement habituel d'un organe ».[47] Dans cette perspective, si le Protocole A/SP1/01/05 avait été exclu des sources susceptibles de fonder directement la compétence de la Communauté dans les questions relatives aux droits de l'homme, il fonde l'intervention de l'institution communautaire que constitue la Cour. En retour, l'activité de la Cour peut être utilisée comme preuve d'une pratique de la Communauté dans le domaine, et fonder par conséquent, de façon implicite, la compétence de la Communauté, surtout que cet activisme semble rencontrer l'assentiment des Etats membres. Aucun Etat n'a pour l'heure remis radicalement en cause la mise en œuvre de cette compétence de la Cour.[48] N'est-ce pas là une preuve que telle est la volonté des Etats membres – non explicitée dans les textes – de voir leur organisation commune agir pour garantir les droits de l'homme? Dix ans de garantie jurisprudentielle des droits de l'homme dans le chef de la CEDEAO semblent suffisants pour attester

43 '*Can it therefore be argued that human rights realisation has become a goal of the organisation or alternatively, that it represents a 'means' for achieving organisational goals? A quick answer would be that human rights realisation is not yet one of the goals of ECOWAS as the purposes of an organisation can only be found in the constitutional instrument of the organisation and cannot be impli*ed' (Ebobrah (n 11) 13).

44 '*The revised Treaty does not engage the link between human rights realisation and the goal of raising living standards through economic integration.*' (Ebobrah (n 11) 13).

45 Préambule du Traité révisé.

46 Traduction par l'auteur du passage suivant: '*However, the record of ECOWAS under the 1975 Treaty demonstrates the difficulties that the organisation faced in implementing the economic goals without attending to the political issues linked with domestic human rights situations. The effects of domestic conflicts directly or indirectly related to denial of, and demand for human rights protection prevented ECOWAS from achieving set goals and resulted in moving the organisation towards security ends.*' (Ebobrah (n 11) 13).

47 J Salmon (dir) *Dictionnaire de droit international public* (2001) 860.

48 Certes, il convient de relativiser cette déduction, au regard du faible taux d'exécution par les Etats membres des décisions de la Cour de justice de la Communauté relativement aux violations des droits de l'homme pour lesquelles ils sont épinglés. Ce manque d'entrain des Etats peut s'analyser comme une fronde silencieuse contre la juridiction de la Cour.

que cette dernière a bien établi sa place au rang des organismes de protection des droits de l'homme. Elle a d'ailleurs connu le même cheminement que son homologue européenne, l'Union européenne, qui, partie aussi d'un silence de carpe des textes sur le sujet des droits de l'homme, a dû s'ajuster à la marche du temps, résolument orientée vers la garantie des droits de l'homme, sans qu'aucun Etat ne s'insurge contre une telle extension de compétence, au-delà de l'objet initial des Communautés, puis de l'Union. Toutefois, les deux expériences se distinguent quant aux instruments juridiques employés pour assurer la garantie des droits de l'homme. En effet, tandis que la Cour de justice de l'Union européenne se fonde sur le droit de l'Union européenne, dont elle considère les droits de l'homme comme des principes généraux de droit,[49] la Cour de la CEDEAO puise directement dans les ressources des différents systèmes de protection des droits de l'homme liant les Etats membres de la Communauté.

2.2 Un recours aux sources exogènes permis

La Cour de justice de la CEDEAO, dans l'exercice de son nouveau mandat de sauvegarde des droits de l'homme, s'appuie quasi-exclusivement sur des instruments élaborés et adoptés par des systèmes juridiques tiers. Ce faisant, elle s'adjuge un rôle d'interprète et d'adjudicateur de ces systèmes vis-à-vis desquels son organisation-mère demeure une tierce organisation. Sall, dans son étude sur la « justice de l'intégration », ne manque pas d'exprimer quelques inquiétudes sur cette habilitation de la Cour à recourir aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme, qui sont étrangers à la CEDEAO. Pour lui, le fait que « les textes qui régissent sa compétence, en ne limitant pas celle-ci aux seuls instruments conçus dans le cadre de la CEDEAO » ne peut qu'en rajouter au caractère flou des droits de l'homme « comme objet de compétence juridictionnelle ».[50]

En soit, cette pratique n'est cependant pas propre qu'à la Cour de justice de la CEDEAO. Elle ne semble présenter aucune contrariété avec les règles du droit international général (2.2.1). Le débat porte davantage sur la justification de la pratique, du point de vue du droit interne de l'organisation (2.2.2).

49 Voir les développements ci-dessous.

50 Sall (n 13) 27.

2.2.1 La neutralité du droit international général

L'absence d'une constitution mondiale et la nature fragmentaire[51] du droit international qui en résulte, rend les règles de ce droit quelque peu relatives – exception faite des règles dites *erga omnes* et des règles de *ius cogens*[52] – en limitant la portée de la plupart de ces règles aux cercles des sujets du droit constitués par les parties auxdits traités. On imagine ainsi très difficilement un effet translatif des règles, d'un régime ou système international à un autre. Dans un tel contexte, le fait pour l'organe d'un système de recourir aux règles d'un autre système titille la curiosité quant à sa légitimité, voire à la validité des règles ainsi empruntées. La question est d'autant plus intéressante dans la perspective des débats sur la fragmentation du droit international, un bon nombre justement de systèmes juridiques internationaux ayant été qualifiés de systèmes autosuffisants, du fait de leur complétude et de leur quasi-fermeture vis-à-vis des autres systèmes.[53]

Les systèmes dits autosuffisants ont leur propre dispositif de mise en œuvre et n'ont donc pas besoin de l'intervention de structures externes, en dehors des organes des Etats membres, pour se réaliser. Justement, le système continental africain de protection des droits de l'homme peut être qualifié comme tel, s'étant doté de son arsenal institutionnel à même d'assurer l'effectivité des normes, en l'occurrence, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, instituée déjà dans la Charte africaine, et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, instituée par le Protocole de Ouagadougou. La Cour de justice de la CEDEAO n'est pas prévue dans ce dispositif. Comme le fait remarquer le Sall, « lorsque les Etats parties à la Charte ont entendu assortir le mécanisme de Banjul d'une sauvegarde judiciaire, ils ont tout simplement créé la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, à travers le Protocole de

51 Le débat sur la fragmentation du droit international a fait rage dans les deux dernières décennies, surtout avec la publication du Rapport du groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international, A/CN.4/L.682 du 13 avril 2006. Pour un aperçu critique de la controverse, voir: B Conforti 'Unité et fragmentation du droit international. "Glissez, mortels, n'appuyez pas!"' (2017) 111 *Revue générale de droit international public* 1.

52 En s'inspirant d'un considérant de la CIJ dans l'affaire *Barcelona Traction* (affaire *de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)* (deuxième phase), CIJ Recueil 1970 32), les règles *erga omnes* sont celles qui imposent des obligations aux Etats envers la Communauté internationale dans son ensemble et envers lesquelles tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que les droits qui sont en cause soient protégés. Quant aux normes de *jus cogens,* selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, une de *jus cogens* ou 'norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère'.

53 Voir le Rapport du groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international. La qualification a été donnée aux systèmes conventionnels dotés d'organes d'exécution et d'adjudication (interprétation et application) et disposant d'une certaine autonomie vis-à-vis des autres systèmes pour leuro mise en œuvre.

Ouagadougou de 1998 ».[54] C'est dire que l'on peut être dubitatif quant à l'opportunité, du point de vue du système de la CADHP, du lien établi par le juge de la CEDEAO entre sa compétence à connaître des violations des droits de l'homme et les instruments du système africain.

Il y a lieu de mentionner que la Cour de justice de la CEDEAO n'est pas unique dans cette situation. Le statut de la CIJ, par exemple, dispose que « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique (a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ».[55] Le Protocole de Ouagadougou prévoit également, en ce qui concerne le champ de compétence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, que:

> La Cour a compétence pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du présent Protocole, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'Homme et ratifié par les Etats concernés.[56]

Les autres juridictions internationales, la plupart, d'envergure régionale – sauf la Cour pénale internationale – ont leur compétence limitée à l'interprétation et à l'application des conventions et protocoles relevant des systèmes juridiques dont elles sont dérivées. C'est le cas, par exemple, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne,[57] et de la Cour de justice de l'Union économique et monétaire ouest africaine. Ces juridictions se conforment, pour leur part, au principe selon lequel

> la juridiction est (...) au service d'un traité, qu'elle applique ou interprète lorsque, précisément, des difficultés surviennent au sujet de cette application ou de cette interprétation [et qu']en principe donc, sa compétence ne devrait pas déborder le champ du traité et des actes subséquents adoptés dans le cadre [du traité].[58]

Ainsi, la pratique suivie par la Cour de justice de la CEDEAO, bien qu'elle ne soit pas partagée par toutes les juridictions internationales, n'est pas un cas isolé, ce qui n'est pas une raison pour s'interdire de s'interroger sur sa régularité, du point de vue du droit international.

54 Sall (n 13) 75-76.

55 Art 38(1)(a) du Statut de la Cour internationale de justice. Il est vrai que cette instance, 'instituée par la Charte des Nations Unies comme organe judiciaire principal de l'Organisation' (article 1er du Statut de la CIJ), se voit comme la juridiction de droit commun du droit international, ce qui expliquerait l'ouverture de sa compétence à interpréter et à appliquer toute règle de droit international.

56 Art 3(1) du Protocole de Ouagadougou.

57 La Cour de justice de l'Union européenne, bien qu'elle ait admis l'importance particulière à accorder à la Convention européenne des Droits de l'homme, n'a pas franchi le pas pour considérer les droits consacrés par cette convention comme constituant des sources directes du droit de l'Union dont il a la charge d'assurer l'interprétation et l'application uniforme (voir arrêts *Stauder, Nold*). Sa conception du rapport de systèmes lui a imposé une attitude de différenciation, ce qui l'a contrainte à ne se référer aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, comme de tout autre instrument exogène, que comme 'source d'inspiration' et, au mieux, comme source des principes généraux du droit de l'Union.

58 Sall (n 13) 29.

Pour éclairer le débat, la doctrine internationale n'est pas d'une grande aide. Si elle s'est très abondamment intéressée aux questions de rapports de systèmes, dans le cadre notamment du débat sur la fragmentation du droit international, elle les a appréhendées sous l'angle conflictuel, en exacerbant les risques de contrariétés et en tentant de proposer des solutions aux conflits pouvant en survenir.[59] Or, il s'agit ici moins de conflit que de la validité ou de l'applicabilité de règles au-delà de leur contexte institutionnel d'origine.

La Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales et entre organisations internationales[60] offre des ressources permettant de dissiper les inquiétudes quant à la légalité – ou à la non-prohibition – de la pratique de recours aux sources exogènes en droit international. Il s'agit des dispositions relatives à l'application successive de traités et de celles relatives à l'effet des traités sur les Etats et les organisations tiers.

La relation qu'envisage la Cour de justice de la CEDEAO avec les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, en général, et les instruments du système de la Charte africaine, en particulier, peut être éclairée, en premier lieu, par l'article 30 de la Convention de Vienne, qui porte sur « l'application de traités successifs portant sur la même matière », plus précisément son paragraphe 4. Dans la relation, les instruments du système de la Charte africaine se présenteraient comme « le traité antérieur », vis-à-vis des textes de la CEDEAO, qui formeraient « le traité postérieur ».[61] Le paragraphe 4, qui régit spécifiquement les situations dans lesquelles les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur est applicable au rapport entre le système CEDEAO et la Charte, les textes de la CEDEAO prenant toujours le soin, en se référant aux instruments de protection des droits de l'homme, de mentionner la précision « que les Etats membres ont ratifiés ».[62]

59 Voir n 54.

60 Certes, la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales et entre organisations internationales n'est pas encore formellement en vigueur. Mais, les dispositions qui sont ici concernées sont une réplique de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités entre Etats. C'est dire que ces dispositions sont en vigueur dans le droit international interétatique; les extrapoler pour régler la situation juridique des organisations internationales ne paraîtra pas contraire au droit international.

61 La postériorité résulte ici de ce que la plupart des textes instaurant cette dynamique inter-systémique entre la CEDEAO et le système de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples – respectivement la Déclaration des principes politiques, en 1991, le Traité révisé en 1993, le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, en 2001 et le Protocole portant amendement au Protocole relatif à la Cour de Justice de la Communauté, en 2005 - sont postérieurs à l'adoption de la Charte intervenue en 1981.

62 Sont donc exclus du système d'emprunt communautaire, les textes que les Etats membres n'auraient pas ratifiés. Toutefois, l'exigence semble pouvoir être appréciée au cas par cas, ce qui signifie qu'il n'est pas nécessaire que tous les Etats membres aient adhéré à l'instrument pour que la Cour puisse s'en servir; il suffit que l'Etat membre incriminé soit lié par l'instrument exogène utilisé par la Cour. C'est en cela que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui a été ratifiée par tous les Etats membres de la CEDEAO, est la référence idéale du système de la CEDEAO, ce qui explique sa récurrence dans les arrêts de la Cour

Dans cette configuration, le paragraphe 4(b) prévoit que dans les relations entre les Etats parties aux deux traités – ici, les Etats membres de la CEDEAO, dans leur intégralité ou même individuellement pris, en ce qu'ils sont également parties aux instruments des systèmes antérieurs – le traité antérieur s'applique dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. La logique de cette règle, c'est que des parties à un traité antérieur peuvent s'accorder ultérieurement pour déroger à des clauses convenues dans le cadre d'un premier accord, tant que les relations avec les autres membres du traité antérieur ne sont pas affectées. Si des parties peuvent s'entendre pour déroger, *a fortiori* le peuvent-elles pour consolider leurs relations ou améliorer l'efficacité des dispositions du traité antérieur.

Le rapport entre le droit de la CEDEAO et le droit de la Charte africaine peut être appréhendé également sous l'angle des « effets d'un traité sur une organisation tierce » et recevoir l'éclairage des articles 34 et 36 de la Convention de Vienne. L'article 34 pose le principe selon lequel « un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers ou pour une organisation tierce sans le consentement de cet Etat ou de cette organisation ». L'article 36 quant à lui règle les situations dans lesquelles des traités peuvent produire des effets positifs pour des Etats ou des organisations tiers. Le paragraphe 2 dudit article porte précisément sur les droits qui pourraient naître d'un traité au profit d'une organisation tierce. La CEDEAO demeure une organisation tierce vis-à-vis de la Charte africaine et de ses protocoles, n'étant pas personnellement partie à ladite Charte; ce statut de tiers par rapport aux instruments du système de la Charte africaine n'est pas pour autant un obstacle dirimant à l'applicabilité des règles dudit système dans le cadre de la CEDEAO, puisque le paragraphe 2 en question entrevoit la possibilité qu'un traité produise des effets (positifs) sur une organisation tierce. Deux conditions sont requises pour une telle éventualité: il faut que l'effet ait été voulu par les parties au traité, d'une part, et que l'organisation tierce y ait également consenti.[63]

Certes, dans le cas d'espèce, la volonté des Etats parties à la Charte de conférer un quelconque droit à la CEDEAO n'est pas exprimée; mais elle peut être aisément présumée, de l'esprit de la Charte qui entend bénéficier du concours de tous pour une effectivité des droits de l'homme sur le continent africain. Quant au consentement de la CEDEAO, il est acté dans les différents textes qui se réfèrent clairement aux instruments du système de la Charte. La CEDEAO peut donc

qui s'y réfèrent quasi-systématiquement. A titre d'exemple, la Cour recourt à des dispositions de la Charte africaine dans les arrêts suivants: *Simone Ehivet et Michel Gbagbo c. l'Etat de la République de Côte d'Ivoire* CJCEDEAO (22 février 2013), Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/03/13; *Dame Haijatou Mani Koraou c. République du Niger* CJCEDEAO (27 octobre 2008) Arrêt ECW/CCJ/JUD/08/08); *Bama Boubie c. République de Côte d'Ivoire* CJCEDEAO (19 février 2018) Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/05/18; etc.

63 Le paragraphe 2 dispose: 'Un droit naît pour une organisation tierce d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent, par cette disposition, conférer ce droit (...) à l'organisation tierce (...) et si l'organisation tierce y consent.'

valablement se prévaloir des droits de l'homme définis dans des instruments internationaux, bien qu'elle demeure, à leur égard, une organisation tierce.

Au regard de ces dispositions de la Convention de Vienne de 1986 et du droit positif des traités entre Etats, le recours par une juridiction internationale aux dispositions d'un traité par rapport auquel l'institution est tierce, ne paraît pas en contradiction avec les règles du droit international, même si le statut des règles d'emprunt demeure indécis: faut-il les considérer comme du droit conventionnel, alors même que l'organisation utilisatrice n'est pas partie aux instruments sources? Serait-ce un élément du droit interne de l'organisation utilisatrice, alors même qu'elles n'ont pas été adoptées suivant les règles procédurales prescrites dans les textes constitutifs de l'organisation?[64]

Dans tous les cas, il revient au droit interne de l'organisation de fournir des réponses à ces questions.

2.2.2 L'habilitation du droit interne de la CEDEAO

Dans son office, la compétence de la Cour de justice de la Communauté a été mise à rude épreuve, non pas tant pour connaître des violations des droits de l'homme que pour l'utilisation des sources exogènes. Dans l'affaire *SERAP c. Nigéria*, par exemple, la République fédérale du Nigéria a soutenu fermement que « la Cour n'a pas compétence pour examiner les allégations de violation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ». Pour la partie défenderesse dans cette instance, « la Cour n'est compétente que pour juger les affaires concernant les traités, conventions et protocoles de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest ».[65] Pour y faire face, la Cour de justice a, dans un premier temps, tenté de s'appuyer sur l'article 20(1) – ancien article 19(1) du Protocole sur la Cour – qui renvoyait à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice. Dans l'arrêt *Ugokwe c. Nigéria*, elle a évoqué cette référence à l'article 38 du Statut de la CIJ pour justifier le fait qu'elle puisse se fonder sur d'autres textes que ceux de la CEDEAO.[66] Elle n'a pas insisté, par la suite, sur ce renvoi « aux principes du droit tels que

64 La Cour de justice de l'Union européenne, face à la difficulté, a considéré que de telles règles – celles notamment de la Convention européenne des droits de l'homme, font partie des principes généraux du droit communautaire dont elle a la charge d'assurer l'interprétation et l'application. Elle n'a pas été suivie sur ce chemin par sa consœur ouest africaine qui ne s'est pas embarrassée de ces subtilités. La Cour de justice de la CEDEAO intègre les normes contenues dans ces instruments dans le droit de la Communauté, et les traite comme telles.

65 Affaire *SERAP c. l'Etat du Nigéria*, CJC (14 décembre 2012), Jugement ECW/CCJ/JUD/18/12.

66 Certes, dans cette affaire, la Cour a fini par admettre son incompétence, au regard de l'objet purement électoral du différend.

définis dans l'article 38 de la CIJ »,[67] préférant utiliser une autre méthode, celle de l'incorporation ou appropriation par « renvoi ».

Dans ce registre, la Cour part du principe que les textes communautaires se référant aux instruments internationaux, en général, et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que ses protocoles, en particulier, produisent l'effet d'intégrer les droits contenus dans ces instruments dans le droit de la CEDEAO,[68] droit pour lequel elle est compétente pour assurer l'interprétation et l'application dans tous différends qui lui seraient soumis.[69] Ce principe peut être déduit, en effet, des textes qui procèdent à ces référencements.

De ces textes, le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, pris ultérieurement à la révision du Traité, sans doute pour intégrer l'avancée de l'appropriation de la question par l'organisation ouest africaine, est celui qui pose clairement le principe d'intégration. Il y procède à l'article 1(h) en disposant:

> Les droits contenus dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples et les instruments internationaux sont garantis dans chacun des Etats membres de la CEDEAO; tout individu ou toute organisation a la faculté de se faire assurer cette garantie par les juridictions de droit commun ou par une juridiction spéciale ou par toute Institution nationale créée dans le cadre d'un Instrument international des Droits de la Personne.

En faisant de cette disposition un principe de convergence constitutionnelle, le Protocole l'inscrit, d'une certaine façon, dans la « constitution régionale ». Ainsi donc, les droits contenus dans la Charte africaine et ses différents protocoles – tout comme les autres instruments relatifs aux droits de l'homme auxquels sont parties les Etats membres – sont à considérer alors comme des droits que sont tenus de sauvegarder les Etats membres, non pas tant en leur qualité d'origine, c'est-à-dire, comme des dispositions des conventions en question, mais plutôt en tant que « principes constitutionnels communs à tous les Etats membres de la CEDEAO ».[70] Le Protocole confère également à la disposition une applicabilité directe, ce qui consolide la nature communautaire de ces droits.[71]

Le juge de la CEDEAO n'a cependant pas eu besoin de passer par ce détour pour fonder le principe qu'il expose clairement dans un certain nombre de cas, notamment dans les affaires *Ugokwe c. Nigéria* et Da*me Hadidjtou Koraou c. Niger*.[72] Dans la première, la Cour fonde le recours aux sources externes à la Communauté, en l'espèce, la Charte africaine, sur la référence à la Charte africaine dans le traité révisé de la

67 Elle s'était inspirée, dans cette affaire, de la méthode du juge de l'Union européenne. Mais, elle n'en a pas tiré toutes les conséquences par la suite.

68 Nous désignerons ce principe, dans les lignes qui suivent, par l'expression 'principe d'intégration'.

69 Cf. art 9 nouveau du Protocole relatif à la Cour de justice de la CEDEAO.

70 Chapeau de l'article 1er du Protocole A/SP.1/12/01.

71 Voir les développements ultérieurs sur les attributs du droit communautaire.

72 Affaire *Ugokwe c. Nigéria* CJC (7 octobre 2005), Jugement n° ECW/CCJ/JUD/03/05, et affaire *Dame Hadidjtou Koraou c. Niger*, CJC (27 octobre 2008), Jugement n°ECW/CCJ/JUD/06/08.

CEDEAO. La même assertion est reprise dans l'affaire *Hadidjtou Koraou* avec un souci de pédagogie. La Cour y explique longuement qu'en mentionnant dans le Traité révisé de la CEDEAO de 1993, à son article 4(g), que les Etats membres de la CEDEAO adhèrent aux principes fondamentaux de la Charte africaine, « le législateur communautaire a voulu tout simplement intégrer cet instrument dans le droit applicable devant la Cour de Justice de la CEDEAO ».

La Cour utilise une technique bien rôdée en droit interne, notamment en droit constitutionnel, au sujet de la doctrine du bloc de constitutionnalité,[73] à savoir la technique de constitutionnalisation « par renvoi » aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme,[74] en l'occurrence, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Déclaration universelle des droits de l'homme et « les instruments internationaux », pour reprendre la formule large de l'article 1er du Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance.

Toutefois, le système CEDEAO fait un usage très extensif de la technique. Il élargit le champ du droit communautaire au-delà des instruments auxquels se réfèrent expressément les textes communautaires, pour appréhender la matière tout entière des droits de l'homme. Dans l'affaire *SERAP c. Nigéria*, par exemple, la Cour estime que lorsque les Etats membres adoptaient le Protocole A/SP1/12/01, les droits de l'homme qu'ils avaient en vue étaient ceux contenus dans les instruments internationaux, sans exception aucune, dont ils

73 Conceptualisée par L Favoreu, la notion de 'bloc de constitutionnalité' permet aujourd'hui, en doctrine comme en jurisprudence, d'inclure dans le bloc de normativité à valeur constitutionnelle, des textes à l'origine étrangers au texte constitutionnel proprement dit, par le simple fait que le texte constitutionnel y fait référence. (L Favoreu 'Bloc de constitutionnalité' (1992) in O Duhamel & Y Meny (dir) *Dictionnaire constitutionnel* Paris PUF 87). L'auteur y définit le bloc de constitutionnalité comme 'l'ensemble des principes et des règles à valeur constitutionnelle'.

74 Ainsi, par exemple, tour à tour, le juge constitutionnel français a-t-il conféré une valeur constitutionnelle à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au Préambule d'une ancienne constitution, en l'occurrence, la Constitution de 1946 (Conseil constitutionnel français, Décision 51 DC du 27 décembre 1973, Taxation d'office), à la Charte de l'environnement de 2004 (Conseil constitutionnel français, Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés). etc., s'appuyant à toutes ces occasions sur la référence qu'en fait le Préambule de la Constitution, notamment à son alinéa 1er ainsi formulé: 'Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004'. Le Conseil constitutionnel sénégalais a aussi déjà formulé expressément le principe d'appartenance de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples au bloc de constitutionnalité en jugeant 'que la procédure du rabat d'arrêt instituée par le législateur au Sénégal violerait le principe d'égalité devant la loi et devant la justice contenu dans l'article 3 de la CADHP de juin 1981' (H Akerekor 'La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin' (2016) sept *Afrilex* 11.)

étaient tous signataires.[75] La Cour prête ainsi aux Etats membres, l'intention de lui conférer le pouvoir de s'appuyer sur toute source utile, pour peu que ceux-ci y aient adhéré, pour assurer sa mission nouvelle de sanctionner les violations des droits de l'homme perpétrés dans les Etats membres de la Communauté.

Ainsi, la Cour est partie de la référence à certains instruments internationaux de protection des droits de l'homme dans les textes fondamentaux de la CEDEAO pour étendre le périmètre du droit communautaire à tous les textes normatifs, pour les Etats membres, dont l'objet, les droits de l'homme, est clairement référencé dans le Protocole A/SP.1/01/05. L'appropriation communautaire des instruments de protection des droits de l'homme ne se fonde donc plus uniquement sur les références qui leur sont spécifiquement faites dans les textes de la Communauté; elle se satisfait dès l'instant où est prouvée, la normativité d'un texte pour les Etats membres dans leur ensemble ou individuellement pris, qui seraient mis en cause dans une violation des droits de l'homme. Dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de la CEDEAO, toutes dispositions d'un instrument de protection des droits de l'homme opposables à un Etat membre, font parties des dispositions dont la Cour a la charge d'assurer le respect. En d'autres termes, elles deviennent des dispositions du droit de la Communauté.

De cette perspective, le recours aux sources externes est conforme à l'esprit et à la lettre des textes propres de la CEDEAO qui, au-delà des renvois à ces instruments externes, considèrent les droits contenus dans ces instruments comme étant dorénavant des droits conférés par la CEDEAO.

De toute évidence, le mécanisme de recours de la Cour de la CEDEAO aux normes de la Charte africaine, non seulement ne contrevient à aucune règle de droit international, mais en plus, tire clairement ses sources des textes fondamentaux de la CEDEAO. Le système comporte cependant quelques limites, parmi lesquelles, le risque d'une garantie communautaire « à la carte », en raison de la différence de ratification des instruments externes ou mêmes des protocoles de la CEDEAO, d'un Etat à un autre. Les citoyens communautaires n'auraient pas ainsi droit à une protection uniforme, la protection dont bénéficie chacun étant tributaire du niveau d'adhésion de l'Etat indexé aux instruments de protection des droits de l'homme. Une autre limite demeure dans le fait que la Communauté n'a pas la maîtrise des droits à protéger, reposant sur les acquis des autres systèmes de protection des droits de l'homme. Dans un tel contexte, on peut bien se demander si le jeu en vaut la chandelle. Qu'apporte bien de plus ce système de garantie à la carte que n'offrent pas déjà les systèmes dont il emprunte précisément les éléments?

75 *SERAP c. Nigéria*, traduction par l'auteur du passage suivant: *'When the Member States were adopting the said Protocol[A/SP1/12/01], the human rights they had in view were those contained in the international instruments, with no exception whatsoever, and they were all signatory to those instruments'.*

Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'implication de la CEDEAO dans la mise en œuvre des normes issues de ces instruments participe à en renforcer l'effectivité.

3 UNE EFFECTIVITÉ RELATIVEMENT RENFORCÉE

Les normes relatives à la réalisation des droits de l'homme, bien que d'emprunt, bénéficient dans le système de la CEDEAO, d'une protection relativement meilleure, comparée à celle accordée par leur système d'origine, en l'occurrence, le système universel ainsi que le système continental africain. C'est dire que le système CEDEAO de garantie des droits de l'homme améliore l'effectivité des droits de l'homme. Le renfort du système ouest africain réside dans la transformation de la nature des règles (3.1) et dans leur justiciabilité devant l'organe judiciaire de la CEDEAO (3.2).

3.1 La communautarisation des droits de l'homme

Le régime de la garantie des droits de l'homme dans la CEDEAO repose, plus que sur un mécanisme d'emprunt, sur un système d'appropriation de droits consacrés dans d'autres systèmes, dont le système continental. Si ces normes apparaissent exogènes, au départ, elles ne le sont plus au bout du processus. Par un artifice dont seule la CEDEAO a le secret, « (…) la Communauté fait siens ces instruments, en se les appropriant », en les intégrant dans l'édifice juridique communautaire. Cette intégration produit l'effet « de leur conférer des dimensions étrangères à leur système d'origine »[76] – celles d'un ordre juridique communautaire (3.1.2) – et de les en émanciper (3.1.1).

3.1.1 L'émancipation du système d'origine

L'intégration des droits de l'homme par la CEDEAO dans son système normatif comporte l'effet de les sortir de leur système d'origine en vue d'intégrer le système d'accueil.[77] Elle les émanciperait, c'est-à-dire, les autonomiserait ainsi du système dont ils sont issus. « L'autonomisation

76 Yougbaré (n 10) 487.

77 La notion de 'système' utilisée ici renvoie à l'idée qu'une règle de droit n'existe pas isolément et ne doit donc pas être interprétée comme telle. Le caractère systémique de la règle de droit implique que son interprétation constituer 'la mise en œuvre d'un tout ordonné aux fins de l'homme'; elle doit 'vise en grande partie à établir un rapport entre une règle qui n'est pas claire et une finalité et donc, en situant cette règle au sein d'un système, à justifier l'application qui en est faite dans un sens plutôt que dans un autre' (Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international. Rapport du Groupe d'études de la Commission du Droit international, 13 avril 2006 (A/CN.4/L.682) 24). La notion doit donc s'entendre comme un 'régime autonome' (spécial), au sens donné par la Commission du droit international dans son rapport ci-dessus référencé, c'est-à-dire, comme un ensemble normatif fait de règles primaires et de règles secondaires constituant un tout cohérent.

signifie que la règle perd ses attaches avec son système d'origine dont l'interprète du droit communautaire n'est pas tenu de prendre en compte ».[78] Des symboles forts de l'autonomisation des droits de l'homme empruntés par le système juridique de la CEDEAO, on peut retenir, entre autres, la justiciabilité de ces droits devant la Cour communautaire, le refus par cette dernière de se conformer au régime d'origine des normes relatives aux droits de l'homme, notamment la règle de l'épuisement des voies de recours internes et, de façon plus générale, la liberté d'interprétation que s'accorde la Cour dans son office.

La justiciabilité des droits de l'homme contenus dans la Charte africaine et les autres instruments internationaux, devant le juge communautaire est, en soit, une expression de l'autonomisation de ces droits, par rapport à leur système d'origine, celui-ci n'ayant certainement pas prévu la Cour de justice de la CEDEAO comme un organe adjudicateur de la règle. La Cour de justice de la CEDEAO, non seulement s'attribue la compétence de connaître des dispositions de systèmes juridiques qui ne l'ont pas prévue dans leur dispositif, mais, en plus, estime ne pas être liée par les aménagements institutionnels des systèmes juridiques dans le cadre desquels les instruments ont été adoptés. Elle s'octroie ainsi une certaine autonomie, par rapport aux instruments externes qu'elle incorpore dans le droit communautaire, vis-à-vis de leur système d'origine. L'une des illustrations de cette prise de liberté est le refus marqué de la Cour de se soumettre à la règle d'épuisement des voies de recours internes en vigueur dans la plupart des systèmes juridiques de protection des droits de l'homme auxquels la Cour emprunte les instruments, notamment le système de la Charte internationale des droits de l'homme et celui de la Charte africaine.[79]

Alors que la Commission africaine et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, en se fondant sur les articles 50 et 56 de la Charte africaine, considèrent la règle d'épuisement préalable des voies de recours internes, comme une condition de recevabilité,[80] la Cour de justice de la CEDEAO s'en est défaite, faisant observer dans une de ses décisions que,

> s'il est constant que la protection des droits de l'homme par les mécanismes internationaux est une protection subsidiaire, il n'en demeure pas moins que cette subsidiarité connaît depuis quelques temps, une évolution remarquable qui se traduit par une interprétation très souple de la règle de l'épuisement des voies de recours interne.[81]

78 Yougbaré (n 10) 490.

79 Ibidem (n 10).

80 Voir, par exemple: pour la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, les communications: *Nixon Nyikadzino (represented by Zimbabwe Human Rights NGO Forum) c. Zimbabwe*, Session du 21 février au 1 mars 2012, (Communication 340/07); *Lawyers for Human Rights (Swaziland) c. The Kingdom of Swaziland* (Communication 414/12); pour la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: affaire *Femi Falana c. l'Union africaine,* Arrêt du 26 juin 2011; affaire *Daniel Amare et Mulugate Amare c. République du Mozambique,* Décision du 16 juin 2011; etc.

81 Affaire *Dame Haijatou Mani Koraou c. Niger* (n 62).

Elle en déduit que le législateur de la CEDEAO s'est sans doute conformé à cet appel en n'en faisant pas une condition de recevabilité devant la Cour.[82] Dans l'affaire *Ocean King Nigeria LTD c. République du Sénégal*, la Cour, manifestement exaspérée par l'insistance des parties à invoquer la règle d'épuisement des voies de recours internes, entreprend d'expliquer sa position:

> La règle de l'épuisement des recours internes découle du droit international coutumier qui exige l'épuisement des recours internes avant qu'une demande puisse être portée devant un tribunal international. Cependant, ce n'est pas une règle inflexible. Par exemple, la Cour internationale de Justice a déclaré dans l'affaire *Electronica Sicula* Sp.4 (affaire ELSI, deuxième phase, CIJ Rec. 1989), que l'exigence de l'épuisement des recours internes pouvait être levée par une disposition expresse d'un traité. Ainsi, en vertu de l'article XI (1) de la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, l'exigence de l'épuisement des recours internes a été levée.[83]

Elle rappelle par ailleurs la constance de sa jurisprudence sur le sujet:

> la Cour a décidé dans une pléthore de cas, comprenant les cas *Pr Etim Moses Essien c. République de Gambie & Anor* (Rôle général n° ECW/CCJ/APP/05/05, jugement rendu le 29 octobre , 2007), *Musa Saidykhan c. République de Gambie* (Rôle général n° ECW/CCJ/APP/11/07, arrêt rendu le 16 décembre 2010), et *Hadijatou Mani Koraou c. République du Niger* (…), que l'épuisement des voies de recours internes n'est pas une condition préalable à l'introduction d'une action en réparation de la violation des droits de l'homme dont elle est saisie. En conséquence, un plaignant n'est pas tenu d'épuiser les recours internes pour avoir accès à cette Cour.[84]

A aucun moment la Cour ne se réfère à l'article 56 de la Charte africaine, ni à aucune autre règle procédurale de la Charte, comme pour montrer que de telles dispositions ne la lient nullement.

Une attitude comparable a pu être relevée au niveau de la Cour de justice de l'Union européenne qui a devancé la Cour de la CEDEAO dans cette technique d'emprunt – appropriation. Elle aussi, bien que puisant abondamment dans le catalogue des droits de l'homme de la Convention européenne des droits de l'homme, ne s'est jamais sentie liée par la Convention dans son intégralité, procédant alors de façon sélective au recours aux droits catalogués dans cet instrument. A ce sujet, Denys Simon fait observer qu'en dépit de la reconnaissance du rôle joué par la Convention européenne des droits de l'homme dans la définition des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire, « la Cour s'est soigneusement abstenue de reconnaître

82 Affaire *Dame Haïjatou Mani Koraou c. la République du Niger*.

83 Affaire O*cean King Nigeria LTD c. la République du Sénégal* (n 32) (traduit par l'auteur). La Cour en profite pour expliquer qu'elle se conforme aux dispositions du Protocole qui fonde sa compétence à connaître des violations des droits de l'homme: 'En vertu de l'article 10 du Protocole additionnel de 2005, toute disposition d'un Protocole antérieur qui est incompatible avec les dispositions du Protocole additionnel de 2005 est, dans la mesure de l'incompatibilité, nulle et non avenue. D'où, l'article 39 du Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, qui est manifestement contraire aux dispositions de l'article 4(d) du Protocole additionnel de 2005, en ce qui concerne l'épuisement des recours internes comme condition préalable à la recevabilité d'une action en matière de droits de l'homme, est nul et non avenu. Le Protocole de 1991, tel que modifié par le Protocole additionnel, fait partie intégrante du Traité et l'exclusion de l'épuisement des recours internes en vertu du Protocole est donc parfaitement valable en droit international.'

84 Affaire O*cean King Nigeria LTD*.

qu'elle pouvait, d'une manière ou d'une autre, lier la Communauté européenne ».[85] La différence qui existe entre la jurisprudence de la juridiction européenne et celle ouest africaine, c'est que la dernière fonde la validité des règles empruntées des instruments sur celle des instruments dont ces règles sont tirées, tandis que pour la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), si la Convention est une source d'inspiration privilégiée, « il n'en reste pas moins vrai qu'elle n'applique pas la Convention pour elle-même. (…) ».[86] D'une certaine manière, la CJUE estime que l'applicabilité des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans ses différents Etats membres en fait un ensemble de principes généraux du droit de l'Union. C'est à ce point de divergence que se trouve le malaise avec le système CEDEAO: la CJC, tout en émancipant les règles qu'elle emprunte des systèmes d'origine est contrainte de fonder leur validité sur la seule normativité de leurs instruments.

3.1.2 Les attributs de droit communautaire

En rappel, le principe d'intégration qui se dégage de la technique d'appropriation des normes de systèmes exogènes par le système CEDEAO, permet d'intégrer dans le droit communautaire CEDEAO toutes dispositions d'instruments internationaux de protection des droits de l'homme valides dans les Etats membres. En faisant siennes, ces normes, le droit de la CEDEAO en transforme la nature: il les communautarise. Ce faisant, il leur transfère les attributs qui font de cette nouvelle catégorie de droit, un ensemble de normes relativement plus effectives, par rapport aux normes du droit international, en général. Selon une jurisprudence devenue classique pour les systèmes juridiques communautaires, les spécificités de l'ordre juridique communautaire sont son applicabilité directe et sa primauté. C'est dans ce sens que l'on doit comprendre l'avis de la Cour de justice de l'Union européenne qui considéra comme caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire « sa primauté par rapport aux droits des Etats membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes ».[87]

L'effet direct ou encore l'applicabilité directe a pu être définie comme « l'aptitude d'une règle de droit (…) à conférer par elle-même aux particuliers, (…) des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'Etat où cette règle est en vigueur. »[88] En d'autres termes, c'est le droit pour toute personne de demander à son juge de lui appliquer le droit communautaire, avec l'obligation pour

85 Simon (n 6) 37.

86 Ibidem.

87 *Avis 1/91, CJCE* (14 décembre 1991), Rec I.6079. Cet avis a été précédé de longue date par les arrêts Van Gend en Loos, pour ce qui concerne l'affirmation de l'applicabilité directe (*Van Gend & Loos Aff. 26/62*, *CJCE* (5 février 1963) Rec.1963) et Costa contre ENEL, pour ce qui concerne la primauté (*Arrêt Costa c. ENEL,* Aff. 6/64, *CJCE* (15 juillet 1964) Rec 1141).

88 J Verhoeven 'La notion d'"applicabilité directe" du droit international' (1982) 2 *Revue belge de droit international* 243.

ce dernier « de faire usage de ce droit quelle que soit la législation du pays dont il relève ».[89] Elle implique alors que la règle peut être invoquée, par les particuliers, dans le but de tirer un droit de celle-ci et, si nécessaire, de faire écarter par le juge toute disposition du droit de l'Etat membre non compatible avec le droit communautaire.[90]

L'effet direct[91] des droits de l'homme dont s'approprie la CEDEAO, a été clairement affirmé dans le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, au titre précisément des principes de convergences constitutionnelles. L'article 1(h) dudit protocole dispose, en effet:

> Les droits contenus dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples et les instruments internationaux sont garantis dans chacun des Etats membres de la CEDEAO; tout individu ou toute organisation a la faculté de se faire assurer cette garantie par les juridictions de droit commun ou par une juridiction spéciale ou par toute Institution nationale créée dans le cadre d'un Instrument international des Droits de la Personne.
>
> En cas d'absence de juridiction spéciale, le présent Protocole additionnel donne compétence aux organes judiciaires de droit civil ou commun.

Si dans la pratique, les normes relatives aux droits de l'homme ont fait leur chemin dans les systèmes juridiques nationaux et sont revêtues d'une certaine invocabilité, cette disposition est de nature à renforcer la confiance du juge national dans les Etats membres de la CEDEAO, sa compétence pour connaître des violations des droits de l'homme étant clairement confirmée. En plus, au cas où de dispositions internes, les juridictions en présence n'auraient pas les compétences appropriées, cette disposition intime l'ordre aux Etats de mettre en place un dispositif supplétif, de façon à garantir l'effectivité de l'applicabilité directe des droits de l'homme.

Toutefois, la pratique au sein de la CEDEAO tend à vider le principe de son contenu. Le mécanisme de l'effet direct instaure, en effet, un dialogue permanent entre le juge national et le juge communautaire, faisant du premier, le juge de droit commun du droit communautaire, et du second, le gardien de l'interprétation et de l'application uniformes dudit droit. Or, ignorant allègrement cette disposition, la Cour de justice de la CEDEAO s'est transformée en juridiction de droit commun du droit communautaire, toutes les fois où les normes relatives aux droits de l'homme sont en cause, en dispensant les justiciables du passage devant les juridictions internes.[92] L'applicabilité directe des normes d'emprunt n'a pas de sens si la compétence pour connaître de leur violation est retirée aux juridictions nationales et si le juge communautaire se substitue à elles.

89 J Boulouis *Droit institutionnel de l'Union européenne* (1995) 242.

90 P Manin *Les Communautés européennes, l'Union européenne: droit institutionnel, 3e éd.* (1997) 310; cité par R Yougbaré et al *Glossaire de l'intégration* (2013), Ouagadougou, Publications du CEEI 10.

91 Dans la doctrine comme dans la jurisprudence communautaire, les expressions 'applicabilité directe', 'effet direct' et ' invocabilité' sont interchangeables. Voir: Yougbaré et al (n 93) 10.

92 En réfutant et en refusant de se plier à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, comme condition de sa saisine, la Cour de justice de la CEDEAO s'accapare, en effet, la juridiction des droits de l'homme.

L'applicabilité directe, parce qu'elle peut requérir du juge national d'écarter une règle de droit interne incompatible avec une norme communautaire, pour être effective, implique que la norme communautaire l'emporte systématiquement dans les conflits avec les normes internes. Elle s'accompagne donc nécessairement de la primauté. La primauté, en soit, signifie que la règle à laquelle elle s'applique occupe un rang supérieur aux autres normes qui seraient en conflit avec elle. Comme telle, la notion a la même signification en droit international général et en droit communautaire. La spécificité de la primauté en droit communautaire réside dans sa portée. Cette spécificité a été résumée par la Cour de justice de l'UEMOA dans l'un de ses avis en ces termes:

> La primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées immédiatement applicables ou non, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales administratives, législatives, juridictionnelles et, même constitutionnelles parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux.[93]

Cette portée générale et absolue de la primauté est une spécificité du droit communautaire. Il ne saurait en être autrement, sans remettre en cause précisément la spécificité de l'ordre juridique communautaire, voire, son existence même. Elle est consubstantielle au droit communautaire. En effet, pour reprendre les termes de Pierre Pescatore,

> l'existence même de la Communauté est mise en cause dès lors que l'ordre juridique communautaire ne peut pas se réaliser avec des effets identiques et avec une efficacité uniforme sur l'ensemble de l'aire géographique de la Communauté.[94]

Le caractère absolu de la primauté en droit communautaire, comme l'a souligné la Cour de justice de l'UEMOA dans son avis 1/2003, confère une préséance au droit communautaire même sur le droit constitutionnel. C'est sur cette dimension de sa portée que le principe n'a pas été accueilli avec enthousiasme par les juridictions constitutionnelles européennes.[95] Pour l'heure, le principe tel que formulé n'a pas encore fait l'objet d'un rejet de principe par les juridictions constitutionnelles africaines. Au contraire, la Cour constitutionnelle du Bénin, dans sa Décision DCC 00-072 du 17 novembre 2000, reconnaît au droit communautaire, sa place dans le droit positif béninois, alors même qu'il contrevient aux dispositions de l'article 98 de la constitution, ce qui est une façon subtile de reconnaître

93 *Avis n°001/2003 portant sur la demande d'avis de la Commission relative à la création d'une Cour des comptes au Mali*, CJUEMOA (18 mars 2003).

94 P Pescatore *Droit communautaire et droit national selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes* (1969) 183.

95 Dans deux de ces arrêts célèbres, le juge constitutionnel allemand, l'un des symboles forts de la résistance des cours constitutionnelle, a clairement affiché le désavoeu du principe, surtout concernant les actes de droit dérivé (*Bundesverfassungsgericht, 2e Ch., 29 mai 1974*, RTDE 1975, p. 316), avant de se raviser, lorsqu'il a estimé le niveau de protection des droits de l'homme par la Communauté, équivalent à celui offert par la Loi fondamentale allemande (*Bundesverfassungsgericht,* 22 octobre 1986, Solange II, RTDE 1987, p 537.

à l'ordre juridique communautaire une certaine suprématie, tout en le rangeant dans le bloc de constitutionnalité.[96]

Ainsi, en s'appropriant les droits contenus dans la Charte africaine et dans les autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, le système CEDEAO leur conférerait cette préséance inconditionnelle sur toute norme interne, quelle qu'en soit la source, ce qui renforcerait l'efficacité de leur garantie dans les Etats membres. Une telle primauté pet être tirée des dispositions du Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance qui, en plaçant « les droits de l'homme contenus dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et les instruments internationaux » au rang de principes de convergence constitutionnelle, a sans doute entendu en faire des normes *supra-constitutionnelles,* c'est-à-dire, des normes auxquelles le pouvoir constituant lui-même ne pourrait pas déroger. Il les met ainsi à l'abri de tout conflit de normes, en leur conférant un rang supérieur.

Cet abri est d'autant plus sûr que dans l'agencement des compétences avec les instances nationales, la Cour de justice de la Communauté s'est adjugé pratiquement un monopole de la justiciabilité des droits de l'homme en question, pour peu que leurs violations soient imputables aux Etats membres.

3.2 La justiciabilité des droits de l'homme devant la justice communautaire

La justiciabilité des droits de l'homme dans le système communautaire est de nature à renforcer l'effectivité de ces droits, en consolidant le processus de juridictionnalisation enclenché au niveau continental, voire universel. Il ne s'agit cependant pas juste d'une « justice de plus »: la justice communautaire, surtout celle de la CEDEAO en matière des droits de l'homme comporte des aspects innovants, voire révolutionnaires. Pour Sall, la révolution s'est produite sur deux points majeurs où on l'attendait: une plus grande ouverture de l'accès au prétoire des juridictions aux personnes privées, d'une part (3.2.1) et l'accroissement de l'autorité attachée aux décisions judiciaires,[97] d'autre part (3.2.2).

96 Voir: IM Fall 'Le régime juridique des ordonnances de mise en vigueur des-lois de finances: commentaire de la décision DCC 00-072 du 17 novembre 2000' (2014) *Annuaire béninois de justice constitutionnelle. Dossier spécial 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin (1991 – 2012), Cotonou, Presses universitaires du Bénin* 291.

97 Sall (n 13) 16.

3.2.1 Une accessibilité accrue des justiciables au prétoire de la Cour

En accédant au statut de règles de droit communautaire, par emprunt ou par absorption, voire par appropriation,[98] les droits de l'homme bénéficient dorénovant de la garantie juridictionnelle de la Communauté. Toutefois, les termes du Protocole A/SP1/01/05, taillés sur mesure pour établir au profit de la Cour communautaire une compétence pour connaître des cas de violation des droits de l'homme, ainsi que la pratique jurisprudentielle de l'institution communautaire, tendent à éloigner la justiciabilité de ces droits du régime de droit commun. Bien que ce régime dérogatoire des droits de l'homme devant le prétoire du juge d'Abuja soit critiquable sur cet angle, il a comme conséquence au moins d'accroître « la puissance juridictionnelle »[99] de la Cour, faisant de ces droits « naturalisés » les « privilégiés de la république ».

Le régime de droit commun du système judiciaire communautaire, qui s'applique ordinairement aux règles du droit communautaire régissant les rapports verticaux entre les Etats et les justiciables instaure, pour l'essentiel du contentieux – c'est-à-dire, le contentieux principal,[100] une coopération entre le juge national et le juge communautaire. Dans ce schéma, le juge national est le juge de droit commun du droit communautaire, c'est-à-dire, celui à qui incombe, en premier lieu, la responsabilité d'assurer l'application du droit communautaire. C'est une conséquence même de l'applicabilité directe. La juridiction communautaire intervient, en aval, comme le garant de l'application et de l'interprétation uniformes du droit communautaire. Il est saisi pour ce faire par les juridictions nationales, facultativement ou impérativement, en fonction de l'existence encore ou non d'une voie de recours interne, par le mécanisme de renvoi préjudiciel.[101]

A la lecture de l'article 1(h) du Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, on peut penser que la CEDEAO a voulu un tel mécanisme de garantie pour les droits de l'homme, un mécanisme dans lequel le juge national serait le « juge naturel du droit communautaire », et « la Cour supranationale serait une sorte de Cour suprême ».[102] Ce n'est pourtant pas ce qu'a instauré le Protocole A/SP.1/01/05 portant amendement du Protocole relatif à la Cour de justice de la Communauté. Celui-ci a conféré une compétence directe à la Cour supranationale, supprimant de ce fait l'échelon national de l'organisation de la justice communautaire. En disposant que « la Cour

98 Simon (n 6) 37.

99 Sall (n 13) 16.

100 Dans le contentieux communautaire classique, les rapports verticaux entre les Etats et les justiciables font l'objet du mécanisme de renvoi préjudiciel, qui permet aux juges nationaux d'appliquer le droit communautaire et de recourir au juge communautaire, spontanément ou à la demande du justiciable, pour une interprétation authentique.

101 Se référer à l'article 10 nouveau du Protocole relatif à la Cour de justice de la Communauté tel qu'amendé par le Protocole A/SP.1/01/05.

102 Sall (n 13) 35.

est compétente pour connaître des cas de violation des droits de l'Homme dans tout Etat membre », sans autre mention, l'article 9 nouveau du Protocole relatif à la Cour de justice de la Communauté reconnaît aux justiciables communautaires, une accessibilité directe à la Cour, sans besoin de passer par l'échelon national.[103] Enfonçant le clou, la Cour de justice, dans sa jurisprudence, interprète cette disposition comme la dispensant de l'obligation d'observer la règle d'épuisement des voies de recours interne comme condition de recevabilité des recours.[104]

Bien que critiquable sur ce point « cette ouverture est une véritable aubaine, voire, une première dans l'univers institutionnel africain de protection des droits de l'homme »,[105] pour ce qui concerne strictement le renforcement de la juridictionnalisation des droits de l'homme. Pour la Cour de justice de la CEDEAO elle-même, c'est une révolution, quand on sait qu'avant le Protocole de 2005, le particulier ne pouvait bénéficier des services de la Cour qu'à travers son Etat d'origine[106] et que la Cour de justice de la CEDEAO se cantonnait dans une fonction de justice internationale, ne pouvant être saisie que par les sujets attitrés du droit international, à savoir, les Etats membres et les institutions de la Communauté. La Cour a ainsi débouté un particulier, dans l'une de ses toutes premières affaires – l'affaire *Oladije Afolabi c. Nigéria*[107] – en appliquant strictement les dispositions de l'article 9(3) du Protocole de 1991.

Comparée aux autres juridictions internationales des droits de l'homme, accessibles aux justiciables ouest africains, l'ouverture du prétoire du juge de la CEDEAO est sans précédent. Certes, le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif à la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a prévu, lui aussi, une certaine accessibilité des particuliers à son office Cour. Mais la formule censée accorder l'accès aux particuliers laisse à désirer, le Protocole de Ouagadougou disposant que la Cour africaine « peut permettre aux individus ainsi qu'aux ONG dotées du statut d'observateur auprès de la Commission africaine d'introduire des requêtes directement devant elle ».[108] Cette disposition laisse ainsi à la Cour toute latitude pour accepter ou non les recours des particuliers. De plus, l'accès des particuliers est conditionné par l'acceptation préalable

103 Cela est confirmé d'ailleurs par l'article 10(d) nouveau qui prévoit, parmi les personnes pouvant saisir la Cour, 'toute personne victime de violations des droits de l'homme'.

104 Voir la jurisprudence de la CJC précitée, notamment affaire O*cean King Nigeria LTD c. la République du Sénégal*.

105 Yougbaré (n 10) 496.

106 Le Protocole A/P.1/7/91 relatif à la Cour disposait à son article 9.3 qu' 'un Etat membre peut, au nom de ses ressortissants, diligenter une procédure contre un autre Etat membre ou une institution de la Communauté, relative à l'interprétation et à l'application des dispositions du Traité, en cas d'échec des tentatives de règlements à l'amiable'.

107 *Arrêt Afolabi c. République du Nigéria*, CJCEDEAO (27 avril 2004), arrêt n° ECW/CCJ/JUD/01/04.

108 Art 5(3) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif à la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

de l'Etat en cause, qui y procède par une déclaration au titre de l'article 34(6) du Protocole de Ouagadougou.[109] « Ainsi, l'État contre lequel une action est introduite doit, non seulement être partie au Protocole, mais plus important encore (s'agissant de ces deux catégories de requérants), avoir consenti à la juridiction de la Cour, condition commune et sine qua non de sa compétence. »[110]

Du point de vue des droits protégés, la position de la Cour de justice de la CEDEAO s'avère bénéfique. En mettant la Cour communautaire en compétition directe avec les juridictions nationales, dans le domaine des droits de l'homme, cette situation devrait inciter les juridictions nationales à faire preuve de célérité. Ces dernières devraient faire preuve de plus de perspicacité pour ne pas voir leurs justiciables préférer le juge communautaire, toutes les fois où sont en cause les violations des droits de l'homme.[111]

Au-delà de cet avantage comparé procédural, la justiciabilité des droits de l'homme devant le juge communautaire leur fait bénéficier de l'autorité attachée à la juridiction de la Cour de la CEDEAO.

3.2.2 Une autorité accrue des décisions de la Cour

La portée des décisions de la Cour de justice de la CEDEAO a été précisée depuis le protocole de 1991, qui dispose à son article 62 que « l'arrêt a force obligatoire à compter du jour de son prononcé ». Le traité révisé de 1993 a été plus explicite, en précisant que « les arrêts de la Cour de justice ont force obligatoire à l'égard des Etats membres, des institutions de la Communauté et des personnes physiques et morales ».[112]

109 Pour une étude approfondie de l'accès des particuliers à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, voir M Mubiala 'L'accès de l'individu à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2007) in MG Kohen (dir) *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law = La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international: liber amicorum Lucius Caflisch* 369. Voir également H Werner 'L'accès de l'individu à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2016) 2 *Revista juridica* 43 Curitiba 825-883. La jurisprudence *Felana* de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est également assez éloquente quant aux difficultés qu'éprouve la Cour à ouvrir son prétoire à tous les potentiels justiciables, au regard des restrictions prévues dans le Protocole de Ouagadougou.

110 L Burgorgue-Larsen & G-F Ntwari 'Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2015-2016) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 134. Pour l'heure, comme on pouvait s'y attendre, seul un petit nombre d'Etats parties au Protocole – huit d'après les auteurs Laurence Burgorgue-Larsen et Guy-Fleury Ntwari – ont déjà fait la fameuse déclaration, ce qui réduit considérablement le nombre des justiciables potentiels de la Cour africaine.

111 Yougbaré (n 10) 497.

112 Art 4(4) du Traité révisé.

En plus de ce caractère obligatoire, le régime juridique des décisions de la Cour comporte un aspect peu familier des systèmes juridictionnels internationaux: le caractère exécutoire.[113] Ce caractère de la premiére décision du juge communautaire a été consacré par le Traité révisé, à son article 76, et repris par l'article 24 nouveau du Protocole relatif à la Cour qui dispose que « les arrêts de la Cour qui comportent à la charge des personnes ou des Etats, une obligation pécuniaire, constituent un titre exécutoire ». Ils peuvent faire l'objet d'une exécution forcée. Le caractère exécutoire des arrêts de la Cour implique, en principe, que les Etats ont l'obligation de faire cesser immédiatement les violations et, au-delà, de procéder sans délai à l'acquittement des obligations pécuniaires, le cas échéant.

La portée des décisions de la Cour doit cependant être relativisée, au regard de la non-détention par l'exécutif communautaire, à l'instar des Etats, d'une force à même de contraindre, au besoin, le respect d'une décision de sa Cour. Pour l'exécution de ses décisions, la CEDEAO est obligée de compter sur la collaboration des autorités nationales. Précisément, dans les systèmes juridiques internes, l'autorité des décisions de la Cour ainsi que leur caractère exécutoire peuvent se buter à la règle de l'immunité d'exécution des Etats qui fait obstacle à la réalisation d'une exécution forcée contre les Etats. Au finish, le respect des décisions de la Cour demeure largement tributaire de la bonne volonté des Etats membres indexés dans les décisions qui demeurent maîtres de l'exécution des arrêts de la Cour.[114]

Il n'en demeure pas moins que le dispositif institutionnel de la Communauté, dans son ensemble, est à même d'obliger politiquement les Etats membres à respecter, voire, à exécuter les décisions de la Cour. Certes, la pratique a déjà laissé voir quelques situations d'irrévérence de la part des Etats membres, certaines décisions de la Cour communautaire ayant déjà souffert de la négligence, voire de la méprise des autorités des Etats condamnés dans ces décisions, sans qu'aucune action particulière n'ait été entreprise au niveau de la Communauté, pour y remédier. C'est le cas notamment des affaires *Madame AMEGANVI Manavi Isabelle et autres c. l'Etat du Togo* et *Congrès pour la Démocratie et le Progrès (CDP) et Autres c. l'Etat du Burkina* Faso.

Dans la première affaire,[115] les autorités togolaises ont refusé de tirer les conséquences de la décision du juge communautaire et de réintégrer par conséquent les demandeurs dans l'hémicycle, alors que la Cour dans sa décision avait semblé leur donner raison contre l'Etat

113 En comparaison, le Protocole de Ouagadougou s'abstient de conférer une telle dimension aux arrêts de la Cour d'Arusha. Il se contente de responsabiliser les Etats parties pour l'exécution de ces arrêts, en disposant, à son article 30, que 'Les Etats parties au (…) Protocole s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où ils sont en cause et à en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour.'

114 C'est ce que démontre S Horace Adjolohoun dans sa thèse consacrée précisément à l'étude de l'exécution des décisions de la CJC. Voir Adjolohoun (n 18) 37.

115 Affaire *Madame AMEGANVI Manavi Isabelle et autres c. Togo*, CJC (07 octobre 2011), Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/00/11.

togolais.[116] Dans cette affaire précisément, saisie à nouveau par les requérants par une demande en révision, avec comme motif que la Cour dans son arrêt du 7 octobre 2011 a omis de trancher sur leur demande en réintégration, la Cour n'a pas manqué de signifier son impuissance face à l'inaction des autorités nationales, en usant d'arguments qui s'assimilent à une fuite en avant. En effet, la Cour, en estimant que la nouvelle demande formulée par les requérants s'apparente à un recours contre une décision de la Cour Constitutionnelle de la République Togolaise,[117] refusa de se prononcer sur la demande de réintégration qui, selon elle, « si elle était ordonnée, équivaudrait à l'annulation de la décision de la Cour Constitutionnelle pour laquelle la Cour de justice de la Communauté n'a pas de compétence ».

Dans la seconde affaire,[118] alors que la Cour avait conclu à l'irrégularité du Code électoral du Burkina Faso, tel que modifié par la loi n° 005-2015/CNT du 7 avril 2015, en ce qu'il constitue « une violation du droit de libre participation aux élections » et ordonné conséquemment à l'Etat du Burkina de lever tous les obstacles à une participation aux élections consécutifs à cette modification, le Conseil constitutionnel du Burkina Faso a maintenu les critères d'exclusion incriminés par la Cour régionale, refusant ainsi de faire allégeance à la décision de la Cour communautaire.[119] Aucune action de la Communauté n'a été perçue, à la suite de ce refus ostentatoire de se conformer à la décision de la justice communautaire, sauf lorsque la crise politique qui sourdait, entre autre, en raison de cette fameuse loi d'exclusion épinglée par le juge communautaire, a débouché dans un coup d'Etat, obligeant la Communauté à sortir à nouveau de son silence.

Ces cas de non-exécution manifeste, par les autorités nationales, et même, de façon générale, le faible taux d'exécution constaté par les rapports du greffe de la Cour de justice de la Communauté, ne remettent pas en cause le principe du caractère obligatoire et exécutoire des décisions de la Cour et le mérite d'ensemble du dispositif communautaire. Dans tous les cas, la Cour de justice est inscrite dans un système institutionnel doté de mécanismes pour faire respecter son droit, notamment celui repris dans l'Acte Additionnel A/SA.13/02/12 du 17 février 2012 portant régime des sanctions applicables à l'encontre des Etats membres qui n'honorent pas leurs obligations vis-à-vis de la

116 Il est vrai que dans cette affaire, le dispositif du juge communautaire a été des plus ambigus, la Cour n'ayant pas explicitement enjoint les autorités togolaises de réintégrer les plaignants. Mais la question de la réintégration étant l'une des revendications clés des requérants, leur donner raison semblait signifier également faire droit à cette requête.

117 'La demande de réintégration s'apparente à un recours contre la Décision n°E018/10 du 22 novembre 2010 de la qui est une (…), juridiction pour laquelle la Cour, suivant sa jurisprudence constante, n'est ni une juridiction d'appel, ni de cassation et dont la décision par conséquent ne peut être révoquée par elle.'

118 Affaire *Congrès pour la Démocratie et le Progrès (CDP) et Autres contre l'Etat du Burkina Faso*, CJC (13 juillet 2015), Jugement n° ECW/CCJ/JUG/16/15.

119 Pour un aperçu d'ensemble sur l'affaire, voir: Y Ouedraogo 'Retour sur une décision controversée: l'arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO du 13 juillet 2015, CDP et autres c/ État du Burkina' (2016) *Les Annales de droit* 10.

CEDEAO. Aux termes justement de cet acte additionnel, les Etats qui ne respecteraient pas les décisions prises par les organes de la Communauté, y compris les décisions de la Cour de justice, « encourent des sanctions judiciaires et des sanctions politiques »,[120] la sanction judiciaire étant la constatation d'un manquement et ouvrant la voie aux voies politiques.[121] Bien que ces ressources juridiques et politiques ne soient pas encore très utilisées à ce jour,[122] elles n'en constituent pas moins un élément à prendre en compte pour apprécier l'apport de la Communauté dans la mise en œuvre des droits de l'homme, en général, et des droits de la Charte africaine, en particulier.[123]

C'est dire que l'offre de garantie du système institutionnel de la CEDEAO aux droits de l'homme définis dans les instruments du système continental, n'est pas anodine et superfétatoire par rapport au système continental de sauvegarde des droits de l'homme. Elle forme un système atypique qui est de nature à renforcer l'effectivité des droits concernés, du fait de l'efficacité hors du commun du système juridique et institutionnel de la CEDEAO.

4 CONCLUSION

La réforme institutionnelle qu'a connue la CEDEAO au début du XXIe siècle a été très favorable à la problématique des droits de l'homme qui a fait son chemin dans la construction de la Communauté ouest africaine, tant et si bien qu'aujourd'hui la CEDEAO ne saurait se définir sans son pendant humaniste. Pour paraphraser Burgorgue-Larsen après l'âge ingrat, celui de l'indifférence; l'âge mûr, celui de la reconnaissance, l'histoire de la protection communautaire des droits fondamentaux a pris une toute autre dimension avec l'avènement de l'âge d'or, celui de la consécration. Elle s'est matérialisée tout d'abord par l'inscription expressis verbis des droits fondamentaux dans l'édifice constitutionnel communautaire, avant d'intégrer formellement le champ de la compétence de la juridiction communautaire.[124] Cet

120 Art 3(1) de l'Acte additionnel A/SA 13/02/2012.

121 Pour une vision holistique du dispositif d'ensemble qui est censé accompagner l'exécution des décisions de la Cour, se reporter à l'étude d'Adjolohoun. Voir Adjolohoun (n 18).

122 Les sanctions promises par l'acte additionnel A/SA 13/02/2012 ont pu déjà être décidées, notamment dans le cadre de la crise politique en Guinée-Bissau avec la prise de première décision en février 2018 (Décision A/DEC.2.01/2018) sanctionnant individuellement des personnes qui auraient manqué de respect aux injonctions de la Communauté.

123 Voir, à ce sujet la Communication de Gérard Aivo: G Aivo 'La contribution de la Cour de justice de la CEDEAO à la mise en œuvre de la Charte africaine des droits de l'homme' (2012) *Communication au Colloque international de Pretoria (Afrique du Sud) portant sur la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, du 5 au 7 novembre 2012*.

124 L Burgorgue-Larsen 'Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international' (2003) in *La juridictionnalisation du droit international, Colloque de la SFDI* 234. Bien qu'elle s'exprimât au sujet de la prise en compte des droits de l'homme par le juge communautaire européen, ses propos peuvent être transposés dans la situation de la CEDEAO.

attelage de la problématique des droits de l'homme au processus de réalisation d'une intégration économique a donné lieu à l'émergence d'un système atypique de protection des droits de l'homme, un système dont l'une des spécificités demeure dans l'absence d'un catalogue propre qui est suppléée dans la pratique jurisprudentielle par un mécanisme de recours, voire un procédé d'emprunt – appropriation de droits contenus dans des instruments à l'origine exogènes par rapport au système communautaire.

Ce système de sauvegarde des droits de l'homme titube encore de sa jeunesse, mais également de sa configuration inédite qui ne lui permet pas de beaucoup apprendre de ses semblables. L'instance juridictionnelle, le véritable moteur de cette machine communautaire pro-humaniste a opéré des choix très critiquables d'un point de vue théorique, mais qui, pour l'heure, semblent au bénéfice des droits de l'homme qui s'en trouvent plus effectivement et efficacement garantis. Cette aventure de la Cour hors des sentiers battus des systèmes de sauvegarde des droits de l'homme n'est pas garantie de pérennité, car il n'est pas certain que les juridictions nationales écartées du schéma communautaire de garantie juridictionnelle des droits de l'homme se cantonnent dans leur mutisme. Certaines attitudes irrévérencieuses des juridictions constitutionnelles des Etats membres vis-à-vis des décisions de la Cour communautaire peuvent être interprétées déjà comme l'amorce d'une fronde contre la « puissance juridictionnelle » de la Cour régionale dans le domaine des droits de l'homme. Une autre variable à appréhender dans la construction du système ouest africain de garantie des droits de l'homme est l'attitude à la fois des justiciables ouest africains et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples qui a été opérationnalisée après que la Cour de la CEDEAO se soit proclamée adjudicatrice des droits contenus dans la Charte, ces mêmes droits que la Cour africaine a pour mandat de protéger. S'achemine-t-on vers une situation de *forum shoping* dans l'espace de la sous-région ouest africaine, sur fond de « droits communs »? Peut-on espérer un *dialogue des juges*, quand on sait que l'attitude du juge communautaire a été, jusque-là, une forme d'esquive d'un tel dialogue, tout au moins vis-à-vis du juge national?[125]

125 Sègnonna Horace Adjolohoun se pose à peu près les mêmes questions dans une tribune publiée en ligne. Voir: SH Adjolohoun 'The Njemanze ECOWAS Court ruling and "universal" jurisdiction: implications for the "Grand African Human Rights System"' (2017) International Journal of Constitutional Law Blog, 16 novembre, 2017 (disponible à l'adresse suivante: http://www.iconnectblog.com/2017/11/the-njemanze-ecowas-court-ruling-and-universal-jurisdiction-implications-for-the-grand-african-human-rights-system. Il conclut, en effet, sa tribune par les propos suivants: '*while the ECOWAS jurisdictional ascension is legally acceptable, it poses a number of challenges to the effective operation of what I refer to as "the grand African human rights system". Issues arising include duplication of forum, negative forum shopping, challenges in observing the principles of* res judicata *and* lis pendens*, conflicts of interpretation and problems of enforcement*'.

Human rights in the African Union decision-making processes: An empirical analysis of states' reaction to the Activity Reports of the African Commission on Human and Peoples' Rights

*Tilahun Adamu Zewudie**

ABSTRACT: More than any other time in the history of the African Union, the past five years have witnessed discord and division between the African Commission on Human and Peoples' Rights and the states that comprise the AU. Instead of constructive dialogue, confrontation and antagonism have prevailed during the consideration of the Commission's Activity Reports, provoking adverse decisions that erode the standards in the African Charter on Human and Peoples' Rights. Drawing in part on the author's personal empirical observation of the dialogues before AU policy organs, the article endeavours to divulge states' observations on the content of the Commission's Activity Report as reflected during Ordinary Sessions of AU policy organs and to evaluate their appropriateness in light of the African regional human rights standards. It identifies that occasionally states conduct diplomacy adverse to human rights by deliberately advocating against the standards elaborated in the African Charter. Often, states use the consideration process of the Commission's Activity Reports as a platform to control the Commission and censure its decisions rather than support it. Confrontation has been states' favourite tactic to shield themselves from human rights accusations, reducing the impact of the Commission's Activity Reports on domestic human rights in Africa.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANÇAIS:

Les droits de l'homme dans les processus décisionnels de l'Union africaine: Un aperçu de la réaction des États aux rapports d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

RÉSUMÉ: Plus que tout autre moment de l'histoire de l'Union africaine (UA), les cinq dernières années ont été marquées par des discordes et des divisions entre la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission africaine) et les États membres de l'Union africaine. Au lieu d'un dialogue constructif, la confrontation et l'antagonisme ont prévalu lors de l'examen des rapports d'activités de la Commission, provoquant des décisions défavorables qui érodent les normes de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. S'appuyant en partie sur l'observation personnelle de l'auteur lors des dialogues menés devant les organes politiques de l'UA, cet article s'efforce de présenter les observations des États sur le contenu du rapport d'activités présenté par la Commission lors des sessions ordinaires des organes politiques de l'UA et d'évaluer leur pertinence à la lumière des normes régionales africaines des droits de l'homme. L'article relève que parfois les États mènent une diplomatie contraire aux droits de l'homme en plaidant délibérément contre les normes élaborées dans la Charte africaine. Les États utilisent souvent le processus d'examen des rapports d'activités de la Commission comme une plate-forme permettant de contrôler la Commission et de censurer ses décisions au lieu de les appuyer. La confrontation est la tactique de prédilection des États pour se

* LLM (Human Rights and Democratisation in Africa, University of Pretoria); LLB (Debre Markos University); PgDip (Diplomacy and International Relations, Ethiopian Civil Service University); tilahunadamu1@gmail.com

TA Zewudie 'Human rights in the African Union decision-making processes: An empirical analysis of states' reaction to the Activity Reports of the African Commission on Human and Peoples' Rights' (2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 295-320
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a13

protéger des accusations relatives aux droits de l'homme, réduisant ainsi l'impact des rapports d'activités de la Commission sur la situation nationale des droits de l'homme en Afrique.

KEY WORDS: African Union, Activity Reports, consideration, states, policy organs, African Commission

CONTENT:

1 Introduction ... 296
2 Human rights in the African Union ... 297
2.1 Discrepancies between AU human rights promises and practices ... 297
2.2 Making human rights an agenda of policy organs: consideration of the Activity Reports of the Commission ... 299
3 Ordinary Sessions of the Permanent Representatives Committee: A showcase platform for states' deleterious reaction ... 301
4 Specific reactions of states to Activity Reports ... 306
4.1 'Human rights situation on the continent': unconstructive observations of states ... 306
4.2 Decisions, Requests of Provisional Measures and Letters of Urgent Appeals ... 309
5 Conclusion ... 319

1 INTRODUCTION

As an organ that functions within the framework of the African Union (AU), the African Commission on Human and People's Rights (Commission) submits its regular Activity Reports to the AU.[1] The regular reporting is meant to update policy organs (the Assembly of Heads of State and Government, the Executive Council and the Permanent Representatives Committee (PRC) in its advisory role), and through them, states, on the prevailing human rights issues, on the way the Commission conducts its functions, and on the structural, administrative and financial situation of the Commission, in order for them to provide practical policy directions.[2] The reporting is premised on the fact that the 'AU [policy] organs have to support and complement the primary human rights institutions in the exercise of their mandates'.[3]

The impact of the Commission's Activity Report lies in states' positive reaction reflected among others in constructive comments on its content during its consideration and through subsequent decisions of policy organs, as the latter 'represent the interest of individual states'.[4] There are rising concerns that policy organs make decisions that erode the standards provided in the AU human rights instruments.[5] As decisions of policy organs are the cumulative outcomes of observations of AU member states, it is imperative to examine the nature and intensity of dialogues during the consideration

1 Art 54 African Charter on Human and Peoples' Rights.

2 Rules 59, 77(3), 90(8), 112(9), 115(3), 125 of the Rules of Procedures of the African Commission.

3 F Viljoen *International human rights law in Africa* (2012) 169.

4 N Udombana 'The institutional structure of the African Union: a legal analysis' (2002) 33 *California Western International Law Journal* 133.

5 Centre for Human Rights, University of Pretoria 'Statement at the 57th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights' (2015)

of the Commission's Activity Report. In this regard, there is evidence strongly suggesting a rising negativity of state reactions on the content of the Commission's Activity Report.[6] This trend affects the badly-needed supportive decision from policy organs.[7] As Biegon correctly observed, in recent years, the consideration process of the Commission's reports has been conducted in a manner that is contrary to the overriding object and purpose of the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter), eroding the Commission's autonomy and internal independence and undermining 'the principles of separation of power and rule of law within the AU'.[8] States misused the platform 'to appeal against the Commission's decisions.'[9]

This article endeavours to divulge states' observation on the content of the Commission's Activity article Report as reflected during ordinary sessions of policy organs and evaluates their appropriateness from the standpoint of the African regional human rights standards. The aim is to contribute to the human rights discourse in Africa by revealing the actual behaviour and motives of AU member states. The analysis focuses on the five-year period from 2014 to 2018. In order to provide a clear context, the article starts by highlighting the place accorded to the human rights agenda in the AU. That is followed by an analysis of states' observation on the themes that form the Activity Report of the Commission focusing on matters that have attracted significant controversy in the AU's recent discourse on the human rights agenda.

2 HUMAN RIGHTS IN THE AFRICAN UNION

2.1 Discrepancies between AU human rights promises and practices

As 'the flipside of the coin of legitimate resistance',[10] human rights are intertwined with the struggle for decolonisation, self-determination

http://www.chr.up.ac.za/index.php/centre-news-a-events-2015/1551-Statement-by-the-centre -for-human-rights-at-the-57th-session-of-the-african-commission-on-human-and-peo ples-rights-.html (accessed 25 March 2016).

6 Report of the 29th Ordinary Session of the Permanent Representatives' Committee (PRC), PRC/Rpt (XXIX) para 120. (2015) https://portal.africa-union.org/DVD/Documents/DOC-AU- WD/PRC%20Rpt%20(XXIX)%20_E.pdf (accessed 7 January 2019); Draft report of the 31st Ordinary Session of the PRC, PRC/Draft/Rpt (XXXI) para 93. (2016) http://archive.au.int/collect/oaucounc/import/English/PRC%20Rpt%20 (XXXI)%20_E.pdf (accessed 25 March 2018).

7 Viljoen (n 3) 187.

8 J Biegon 'Diffusing tension, building trust: proposals on guiding principles applicable during consideration of the activity reports of the African Commission on Human and Peoples' Rights' (2018) Global Campus Policy Briefs. https://globalcampus.eiuc.org/bitstream/handle/20.500.11825/580/GCPolicyBrief_Biegon_ok.pdf?sequence =1&isAllowed=y (accessed 20 July 2018).

9 As above.

10 C Heyns 'A "struggle approach" to human rights' in A Soeteman (ed) *Pluralism and law* (2001) 171.

and independence in Africa.[11] Determined to further strengthen these struggles, the Heads of State and Government of the member states of the Organization of African Unity (OAU) incorporated the promotion and protection of human and peoples' rights as a cardinal objective and founding principle of the AU.[12] The inclusion of human rights in the operative part of the AU Constitutive Act reflects the centrality of human rights in the agenda of the AU, creating binding obligations on AU member states to improve their human rights record.[13] The AU has also immensely contributed to international human rights law through the adoption of distinctive human rights treaties.[14] Having developed a set of binding norms and institutions, the AU architecture enjoys a well-established system to promote and protect human and peoples' rights on the continent.

Nevertheless, the AU has been heavily criticised for not living up to its promises as far as human rights are concerned. Despite the establishment of human rights mechanisms, the AU, as a collective of states, has played an inadequate role in supporting and encouraging them.[15] Discrepancies between AU's decisions and actions concerning its relation with the Commission led some scholars to conclude that the AU 'does not wish to see the Commission to become more effective and forceful'.[16] The AU has put inadequate effort in liberalising and democratising its members and in promoting human rights on the domestic level.[17] It has also been observed to focus more on protecting leaders than the human rights of ordinary people.[18] Constantly placing 'key policy issues' such as integration, peace and security and development at the centre of their discussions,[19] leaders occasionally ignore grave human rights issues that warrant their special attention.[20]

11 B Gawanas 'The African Union: concepts and implementation mechanisms relating to human rights' in A Bösl & J Diescho (eds) *Human rights in Africa: legal perspectives on their protection and promotion* (2009) 135.

12 Preamble, arts 3(h), 4(m) AU Constitutive Act.

13 M Evans & R Murray (eds) *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The system in practice 1986-2006* (2008) 22.

14 As above, 23.

15 A Ibrahim 'Evaluating a decade of the African Union's protection of human rights and democracy: a post-Tahrir assessment' (2012) 12 *African Human Rights Law Journal* 42-43.

16 Viljoen (n 3) 297.

17 J Sarkin 'The need to reform the political role of the African Union in promoting democracy and human rights in domestic states: making states more accountable and less able to avoid scrutiny at the United Nations and at the African Union, using Swaziland to spotlight the issues' (2018) 26 *African Journal of International and Comparative Law* 84-107.

18 D Bekele 'Africa: Failure of leadership at the AU Summit' *All Africa* 12 October 2013 http://allafrica.com/stories/201310130066.html (accessed 2 June 2018).

19 AU Assembly, Decision on streamlining of the AU Summits and the Working Methods of the African Union, Assembly/AU/Dec.582 (XXV).

20 Bakele (n 18).

Furthermore, the AU human rights discourse is often critiqued as incompatible with the human rights principles and standards provided in the AU treaties.[21] A prime example in this regard is in its constant failure to take concrete measure to prevent human rights abuses under the guise of protecting 'African traditional values' and defending the imposition of 'western values.'[22]

The year 2016 was declared the 'African Year of Human Rights with Particular Focus on the Rights of Women',[23] raising considerable optimism among human rights actors. It was envisaged that the year would offer an opportunity to move from rhetoric to action and entrench a true human rights culture in Africa.[24] However, for a year so bold in its ambitions, very little was achieved.[25] More recently, the decade 2017 to 2027 has been declared the 'African Decade of Human Rights.'[26] Respect for human rights is a key aspiration of Agenda 2063, a continental plan that envisions 'an integrated, prosperous and peaceful Africa' by the year 2063.[27] Despite these attempts to bring human rights to the fold, the AU has been unwilling to satisfactorily speak 'up about human rights abuses by dictatorial regimes'.[28] Dialogues during the meetings of policy organs have been predominantly superficial and ineffective in responding to the appalling human rights challenges across the continent.

2.2 Making human rights an agenda of policy organs: Consideration of the Activity Reports of the Commission

Human rights feature in the meetings of policy organs in many ways. One way is the submission of activity reports by human rights bodies for consideration by policy organs during their ordinary sessions.

As the supreme organ of the AU, the Assembly is mandated to ensure the realisation of the human rights objectives of the AU by, amongst other actions, considering these activity reports, and making

21 T Kasambala 'Challenging negative discourse on human rights' (2014) South African Institute of International Affairs Policy Briefing 104 1.

22 Kasambala (n 21) 2.

23 African Union '2016: African Year of Human Rights with Particular Focus on the Rights of Women' https://au.int/en/pressreleases/19615/2016-african-year-human-rights-particular-focus-rights-women (accessed 2 June 2018).

24 Amnesty International 'From rhetoric to action; sever recommendations to the 27th Summit of the African Union (10-18 July 2016)' https://www.amnesty.org/download/Documents/AFR0144072016ENGLISH.PDF (accessed 15 June 2018).

25 M Nyarko & A Jegede 'Human rights developments in the African Union during 2016' (2017) 17 *African Human Rights Law Journal* 319.

26 African Union (n 23).

27 African Union 'Agenda 2063: The Africa we want' https://au.int/en/agenda2063 (accessed 24 June 2018).

28 Institute for Security Studies 'What happened to the AU theme for 2016?' https://issafrica.org/pscreport/addis-insights/what-happened-to-the-au-theme-for-2016 (accessed 2 June 2018).

decisions based on reports and recommendations submitted to it by other AU organs.[29] Among the organs that function within the AU framework is the Commission, the principal human rights body mandated to 'promote and ensure the protection of human and people's rights' in the continent.[30] The African Charter, the foundational document of the Commission, provides that the Commission must submit to each ordinary session of the Assembly a report on its activity[31] upon which the latter gives policy direction. By requiring the Commission's report to be considered by the highest organ of the AU, the African Charter elevates the stature of human rights within the AU.

Nevertheless, the practice in the past 15 years shows that the Assembly has seldom deliberated on the Commission's Activity Reports. This trend evolved following the decision of the Assembly in 2003, delegating the Executive Council to consider the Commission's report and prepare a short report thereof.[32] This transfer of power to the Executive Council was observed to have led to a wider dialogue on the Commission's reports, but also to a more frequent refusal to authorise the publication of the Commission's Activity Report by the Executive Council stemming from the growing adverse reaction by states to the report's content.[33]

The existing decision-making process on the Commission's activity reports involves two stages: consideration by the PRC, followed by a decision by the Executive Council. The actual 'consideration' of the Commission's report is done by the PRC.[34] The Executive Council does not discuss the Commission's Activity Report; it only considers the report of the PRC.[35] Often, the decisions of the Executive Council are verbatim reproductions of the recommendations of the PRC. As an organ that follows up on the day-to-day activity of the AU, the PRC might be better positioned to easily understand the activities of the AU organs. But since what is required from the policy organs is administrative and political direction, a higher and authoritative political organ would be more appropriate to consider the Commission's Activity Report than the PRC.

Furthermore, the process of consideration of the Commission's Activity Report reveals several imprecisions. One main issue about which there is a lack of clarity is the scope of policy organs' power to consider the Commission's Activity Report. Does consideration of the

29 Art 9(b) Constitutive Act of the African Union.

30 Art 30 African Charter.

31 Art 54 African Charter.

32 AU Assembly, Decision on the 16th Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, Assembly/AU/Dec.11 (II)(2003).

33 Viljoen (n 3) 187.

34 See for example the Draft Agenda of 35th Ordinary Session of the PRC https://au.int/sites/default/files/newsevents/agendas/sc21251_e_-_draft_agenda_prc_-_rev. 2_1.pdf (accessed 11 August 2018).

35 Consideration of the Commission's Activity Report has not been an Agenda item of the Council's recent Ordinary Sessions. See for example the Draft Agenda of the 33rd Ordinary Session of the Executive Council. https://au.int/sites/default/files/documents /34368-doc-draftex_cl_xxxiii_e.pdf (accessed 11 August 2018).

reports only involve deliberation and discussion of the reports, or does it also include making decisions that may require changes on the Commission's substantive activities?[36] This can be inferred, for example, from states' frequent request for amendment to the Commission's activity reports[37] and Executive Council's recent decisions requesting the Commission to withdraw the observer status of NGO called Coalition of African Lesbians (CAL).[38] Another imprecision involves the division of labour between political organs when considering the Commission's reports. Although the Assembly is legally mandated to consider the Commission's report, the eventual *de facto* transition of the mandate from the Assembly to the Executive Council and then to the PRC has created divergence between law and practice. This devolution and diffusion of responsibility has hindered the effort to establish a formal and institutionalised engagement between the Commission and the concerned political organ.

Generally, the consideration of the Commission's Activity Report is a suitable process to understand the place accorded to human rights in the policy organs' agenda. Owing to the magnitude and openness of the dialogue, perhaps the finest place to easily identify the nature of states' reaction on the Commission's reports is the Ordinary Session of the PRC. This is dealt with in the following section.

3 ORDINARY SESSIONS OF THE PERMANENT REPRESENTATIVES COMMITTEE: A SHOWCASE PLATFORM FOR STATES' DELETERIOUS REACTION

The PRC is an advisory body of the Executive Council.[39] Responsible to the Executive Council and acting under its instruction, the PRC prepares the agenda and draft decisions of the Executive Council and

36 See Advisory Opinion, Request 2/2015, 3 October 2015, http://www.african-court.org/en/index.php/basic-documents/46-list-of-all-cases-2/721-request-no-002-2015-the-centre-for-human-rights-university-of-pretoria-chr-the-coalition-of-african-lesbians-cal (accessed 24 June 2018).

37 See for example the written concern of Tunisia on the 42th Activity Report of the Commission, 42nd Activity Report, annex 2; Comments of Libya, Ethiopia, Democratic republic of the Congo (DRC) on the 40th Activity Report of the Commission, annex 1. http://www.achpr.org/activity-reports/ (accessed 18 October 2018).

38 AU Executive Council, Decision on the Thirty-Eighth Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/Dec.887(XXVII) paras 7, 12(2) & (3); AU Executive Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 8(vii). The Commission withdrew CAL's observer status on 8 August 2018 (A Cooper 'African lesbian network removed from human rights commission' https://www.intomore.com/impact/african-lesbian-network-removed-from-human-rights-commission (accessed 18 October 2018)); see further sections 3 and 4.2.3 below.

39 Rule 4(1)(a) of the Permanent Representatives Committee Rules of Procedure.

the Assembly and monitors the implementation of their decisions.[40] As highlighted in the previous section, the PRC undertakes a preliminary consideration of the Commission's Activity Report and provides recommendations to the Executive Council.

Consideration of the Commission's activity reports by the PRC serves many purposes. Aimed at creating common understanding and identifying areas of disagreement, the preliminary consideration of the Commission's Activity Report by the PRC can ease the task of the Executive Council, thereby facilitating the AU's decision-making process.[41] The PRC allocates more time for the consideration of the Commission's report than the Executive Council. The PRC has developed a practice of undertaking preparatory meetings ahead of its Ordinary Sessions.[42] This gives the PRC a broader chance to deliberate on the Commission's report and prepare relevant recommendations to the Executive Council. Furthermore, as an organ that undertakes the day-to-day business of the AU, and representing the policy organs, the PRC is better positioned to potentially understand the challenges of the Commission. Being auxiliary to other policy organs, the status of the PRC could also create a more favourable atmosphere for a more open and frank dialogue. In addition, as an advisory body that drafts the decisions of the Executive Council, the PRC can use its mandate to shape the decisions of policy organs to the better.

Despite the above avenues, the consideration process of the Commission's Report by the PRC does not always proceed smoothly. A critical look at the Ordinary Sessions of the PRC shows a great deal of antagonism between the members of the PRC and the Commission.[43] It is also common to see states proposing amendments to the substantive content of the Commission's Report, which the Commission usually considers as unsuitable.[44] In total disregard of the Commission's autonomy implied under the African Charter, states occasionally get policy organs to make decisions that request the Commission to undo substantive human rights activities already underway.[45] Lacking an accurate perception of the Commission's mandate, the PRC has used its advisory function to provide to the Executive Council recommendations and draft decisions that require amendment on the substantive activities and working methods of the Commission.

During the 26th AU Summit held in June 2016, a general consensus was reached that since the PRC does not have the mandate to amend the Commission's Activity Report its members should desist from making excessive statements that require amendment to the

40 Article 21(2) of the AU Constitutive Act.

41 Viljoen (n 3) 191.

42 http://archive.au.int/collect/oaucounc/import/English/PRC%201%20(XXI)%20_E.pdf (accessed 27 July 2018).

43 40th Activity Report, Annex 1, Annex2; 42nd Activity Report, Annex 1.

44 As above.

45 Executive Council, Decision on the Thirty-Eighth Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/Dec.887(XXVII) para 7.

Commission's report.[46] The intention was not to stop states from expressing their concerns on the Commission's report; it was rather aimed at encouraging state delegates to provide constructive opinions taking into consideration the Commission's autonomy. The understanding was that since the Activity Reports cannot be amended, states can submit their concerns, which would be annexed to the Commission's Activity Report and published upon authorisation by the policy organs.[47] Accordingly, some states did submit their concerns in writing, which were then published in the form of annex to the Commission's Activity Reports.[48] However, not all states were favourable to the submission of written reservations, perhaps because they foresaw that the publication of their indefensible concerns would expose them to further criticism. Setting aside the previous consensus, some states opted to insist on their 'right' to propose amendments to the Commission's report.[49] Occasionally states openly insist that the essence of consideration of the Commission's report is to enable them to discuss the Commission's report and make the 'necessary' amendment in a manner that would reflect 'the facts on the ground'.[50]

By making such excessive observations, members of the PRC overlooked the functional autonomy of the Commission and attempted to grant it a *de facto* supervisory function over the Commission. Emphasising their profile as Extraordinary and Plenipotentiary Ambassadors to the AU, members of the PRC appeared to believe that the PRC has a legitimate mandate to supervise the Commission's activities. In reality, the PRC's *ultra vires* actions are not exclusive to matters involving the Commission. A study conducted on the 'AU institutional reforms' confirms that 'in practice, the PRC has assumed the role of supervising the day-to-day work of the [African Union] Commission (AUC)'.[51] The study also underscores that the 'unwarranted role of the PRC' has resulted in a decrease in the implementation efficiency of the AUC as well as delay of important decisions by the Assembly.[52] The consequence of the PRC's 'unwarranted role' is more serious in the case of the Commission as the latter is an autonomous legal body unlike the AUC, which is the institutional voice of policy organs.

46 The Chairperson of the PRC highlighted this during the consideration of the 41st Activity Report of the Commission. See 42nd Activity Report, para 5.

47 Draft report of the 34th Ordinary Session of the PRC, PRC/Draft/Rpt (XXXIV) para 89(11) (on file with author).

48 n 43 above

49 n 43 above; Draft report of the 31st Ordinary Session of the PRC, PRC/Draft/Rpt (XXXI) para 88(2).

50 Libya, South Sudan and Tunisia made such submissions during the consideration of the Commission's 42nd Activity Report. http://www.achpr.org/activity-reports/42/ (accessed 10 August 2018).

51 P Kagame 'The Imperatives to Strengthen our Union: Report on the Proposed Recommendations for the Institutional Reform of the African Union' (2017) 9.https://au.int/sites/default/files/pages/32777-file-report-20institutional20reform20of20the 20au-2.pdf (accessed 10 August 2018).

52 As above.

By requesting the PRC for bilateral discussion and participation in its Ordinary Sessions,[53] the Commission wanted to resolve concerns through dialogue and reduce the bitterness of the PRC during the process of consideration of its activity reports.

As the relationship between the Commission and policy organs deteriorated, the Executive Council in January 2018 requested the PRC and the Commission to hold a joint retreat to resolve concerns raised about the relationship between the Commission and policy organs and member states, find modalities for enhanced cooperation and collaboration, and bring recommendations.[54] The two organs undertook the joint retreat in June 2018 and came up with a broad list of joint recommendations, which were subsequently turned into a decision of the Executive Council.[55] One of the contentions to come out of the joint retreat is the recognition given to the Commission's independence.[56] In the Executive Council decision, the Commission's independence was restrictively construed as 'functional in nature and not independence from the organs that created it'.[57] Such a restrictive understanding of the Commission's independence has no place in the African Charter as the object of the Chapter is for the Commission to have 'absolute institutional independence' from any third party including from policy organs in discharging its function.[58] In the decision, the Executive Council reiterated its earlier request for the Commission to withdraw the observer status of CAL, which was granted observer status at the Commission in 2014.[59] Similarly, the Executive Council requested the Commission to submit 'for consideration and adoption by policy organs' a reviewed version of its Rules of Procedure and criteria for granting observer status to NGOs.[60] This is also another flaw, because as a set of internal rules through which the Commission undertakes its professional task, the Commission's Rules of Procedure cannot be changed or modified by another external body.

53 43rd Activity Report para 59.

54 AU Executive Council, Decision on the African Commission on Human and Peoples' Rights EX.CL/995(XXXII) para 4.

55 AU Executive Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 3.

56 AU Executive Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 5.

57 As above.

58 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' *EJIL: Talk!* https://www.ejiltalk.org/the-rise-and-rise-of-political-backlash-african-union-ex ecutive-councils-decision-to-review-the-mandate-and-working-methods-of-the-african -commission/ (accessed 2 August 2018).

59 Executive Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 8(vii).

60 Executive Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 8(iv).

The Executive Council also decided that the Commission's work should be aligned with decisions of policy organs.[61] However, this cannot be done lawfully where those decisions contradict the object and purpose of the African Charter.[62] Hence, policy organs' decisions should first be aligned with the African Charter before aligning the Commission's work with their decision.

Based on the recommendation of the joint retreat, the Executive Council further requested a 'review of the interpretative mandate of the Commission in the light of a similar mandate exercised by the African Court and the potential for conflicting jurisprudence'.[63] As Biegon correctly observed, this decision seems harmless but its underling motive entails a grave backlash against human rights.[64] Overlap and duplication of functions is inevitable if there is no clearly defined relationship between the Commission and the Court.[65] However, what may well be intended by the Executive Council in the above decision is to strip the Commission of its protective mandate, and not to methodically rationalise the mandates of the Court and the Commission. Reviewing the Commission's protection mandate requires amendment of the African Charter and the Protocol to the African Charter on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights (African Court Protocol). As it stands now, the Executive Council's decision is inconsistent with the provisions of Charter and the Court's complementary function provided under article 2 of its constituting Protocol.[66] Theoretically, there may be no problem in transitioning the Court from a body whose essential function is to complement the Commission's protective mandate to a sole continental human rights litigation forum. However, it raises serious practical challenges. Stripping the Commission of its protective mandate while the Court is still not directly accessible to individuals and while the Court Protocol is ratified only by 30 states will definitely narrow avenues of human rights redress.[67]

61 Executive Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 6(i).

62 These include Executive Council, Decision on the 37th Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/Dec.864 (XXVI) para 7.

62 Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 3; Executive Council, Decision on the Thirty-Eighth Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/Dec.887(XXVII) paras 7, 12(2) & (3).

63 AU Executive Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 7(iii).

64 Biegon (n 8).

65 M Mbondenyi *International human rights and their enforcement in Africa* (2011) 448.

66 Mbondenyi (n 65) 453.

67 n 59.

4 SPECIFIC REACTIONS OF STATES TO ACTIVITY REPORTS

The Commission's Activity Reports encompasses a range of issues involving its promotion, protection and interpretation mandates. This section focuses on the parts of the Reports that deal with 'human rights situation on the continent', the Commission's decisions, requests for interim measure and observer status of NGOs, which are perhaps the most contentious issues at present due to their emotive content that triggers state reaction.

4.1 'Human Rights situation on the continent': unconstructive observations of states

As part of its monitoring responsibility and based on the decision of the Executive Council, the Commission has developed a practice of incorporating in its Activity Reports 'the status of human and people's rights in the continent'.[68] In this section of its reports, the Commission outlines positive human rights developments as well as 'areas of concern', actual human rights violations or situations that may lead to possible human rights violation observed in the continent during the reporting period.[69] The Commission draws its report on the human rights situation in the continent from its interactions with State Parties, national human rights institutions (NHRIs) and NGOs during Ordinary Sessions of the Commission, and supplements it by information it gathers through its monitoring activities of the human rights situation in the State Parties during the intersession period'.[70]

During the consideration of the Commission's report, 'areas of concern' attract more attention than positive developments. More often than not, states whose names are mentioned in the 'areas of concern' section make predominately defensive statements about the concern raised.[71] As AU member states are not in the habit of criticising each other,[72] delegates often focus on issues in their respective country, leaving aside concerns raised in other countries. For example, of the 18 state delegates who made intervention during the consideration of the Commission's 40th Activity Report, 16 states–Burundi, Angola, Libya, Eritrea, Ethiopia, Malawi, Tanzania, Congo, Democratic Republic of Congo, Saharawi, Zimbabwe, Sudan, Egypt, Equatorial Guinea, Rwanda, Burkina Faso – spoke about specific concerns raised

68 AU Executive Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 2.

69 See 31st-43rd Activity Reports. http://www.achpr.org/activity-reports/ (accessed 7 June 2018).

70 44th Activity Report, para 36.

71 See for example, 40th Activity Report, Annex http://www.achpr.org/files/activity-reports/40/annex_40_actrep_eng.pdf (accessed 7 June 2018).

72 Mbondenyi (n 65) 393.

concerning their respective country, seven of them – Burkina Faso, Democratic Republic of Congo, Libya, Ethiopia, Congo, Egypt and Rwanda – protesting the concerns raised, while only two – Ghana and Algeria – addressed general human rights issues.[73] During the consideration of the 42nd and 43rd Activity Reports of the Commission by the PRC, 11 and 18 states respectively have spoken about the human rights concerns mentioned in the reports.[74] From the 18 States that the Commission reported to have made statements during the consideration of the 42nd Activity Report, 13 states raised objection on the human rights concerns involving themselves.[75] Complete denial of the presence of human rights concerns raised in the Commission's Activity Reports has been the predominant form of state reaction.[76] Phrases such as 'unfounded allegation', 'do not reflect the fact on the ground', 'unacceptable and preposterous', 'is not a major problem' and 'totally rejects' feature frequently in the interventions of State delegates.[77] Thus, although the Executive Council has previously requested the Commission to regularly reflect on the status of human rights on the continent, the dialogues indicate that states do not actually want the Commission to expose domestic human rights concerns.

States' dissenting statements are often followed by requests for deletion of the contested issue from the Commission's report without even waiting for explanation from the Commission.[78] The requests are antithetical to the Commission's functional autonomy and competence to 'give its views or make recommendations to governments' by any suitable means.[79] The determination of the content of its Activity Reports is set as the exclusive mandate of the Commission.[80]

Adopting a predominantly defensive and protectionist approach,[81] states have generally shown little readiness to address human rights concerns raised in the Commission's report. The Commission itself has complained several times that states have given little attention to the areas of concern mentioned in its Activity Reports.[82] A side by side look at the Commission's recent Activity Reports shows that often certain human rights concerns appear in two or more consecutive Activity

73 n 72 above.

74 Draft report of the 34th Ordinary Session of the PRC, PRC/Draft/Rpt (XXXIV) para 88(ii); 42nd Activity Report, annex 2; Draft report of the 35th Ordinary Session of the PRC PRC/Draft/RPt(XXXV) para 113(x).

75 42nd Activity Report, annex 2.

76 n 43.

77 See the Statements of Eritrea, Ethiopia, Egypt, Libya, and Burundi on the 40th, 42nd Activity reports of the Commission annexed to the reports. http://www.achpr.org/activity-reports/ (accessed 19 August 2018).

78 n 43; Draft report of the 34th Ordinary Session of the PRC, PRC/Draft/Rpt (XXXIV) para 113(x).

79 Art 45(1)(a) African Charter.

80 Rule 59(2) of the Rules of Procedures of the African Commission on Human and Peoples' Rights.

81 n 43.

82 36th Activity Report, para 32 (xviii); 39th Activity Report, para 44(xxiv).

Reports[83] hence indicating the inadequacy, if not total absence, of measures taken to address the concerns in due time. This comes as no surprise as states from the outset demonstrated little willingness to accept the concerns.

The authenticity of the information that the Commission incorporates in its Activity Reports is another contentious issue that states often complain about. Occasionally states argue that the Commission does not have a mechanism to verify certain human rights issues it raises against State parties in its Activity Report.[84] Accordingly, the Executive Council in June 2016 requested the Commission 'to rely on credible and verified sources of information in reporting on the situation of human rights in Member states and to indicate the said source in its Activity Report'.[85] In this regard, one needs to acknowledge that the Commission should strive to strengthen its information collection and verification mechanism and explain to how it collects and verifies the information it incorporates in its reports. Only then will the Commission obtain the full confidence in its work. Yet, although the decision might appear to be acceptable on its face, it was not motivated by good faith as states showed little inclination to help the Commission strengthen its mechanism by providing timely and accurate information during the Commission's information collection and verification process. For example, recent trends show that only in a few cases did states send replies to the Commission's Requests for Provisional Measures and Letters of Urgent Appeals.[86] Evidently, the Commission's information verification system cannot be effective without the cooperation of states.

In July 2018 the Executive Council urged the Commission to exercise due diligence with concerned states before including concerns against State parties in its reports.[87] However, the Commission does not always catch states by surprise when it incorporates certain issues in its Activity Reports. For example, in its requests for provisional measures, the Commission usually informs the concerned State party that the issue would be included in its upcoming Activity Report. Furthermore, it often releases in its website a general notice of the Letters of Appeal sent to State Parties.[88]

The prevailing antagonistic debate during the consideration of the Commission's Activity Reports and the subsequent decisions of the Executive Council, including the one requesting the Commission 'to rely on credible and verified sources of information and to indicate the

83 See 36th to 43rd Activity Reports.

84 42nd Activity Report, annex 1, paras 6, 10, 11; Draft report of the 34th Ordinary Session of the PRC, PRC/Draft/Rpt(XXXIV) para 88(iv).

85 Executive Council, Decision on the 42nd Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/Dec.974(XXXI).

86 See for example 41st Activity Report, paras 25, 28.

87 Executive Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 8(v).

88 African Commission on Human and People's Rights http://www.achpr.org/search/?q=urgent+appeal (accessed 8 June 2018).

said source in its Activity Report', casts doubt on states' confidence in the Commission's work.[89] In a statement annexed to the 42nd Activity Report of the Commission, Ethiopia alleged that the inclusion of concerns, which it claimed were unsubstantiated, raise questions on the credibility of the Commission.[90] Trust and confidence between the Commission and the states is a necessary condition for an effective human rights work. The fact that members of the Commission are persons 'of the highest reputation, known for their high morality, integrity, impartiality and competence in matters of human and people's rights,'[91] implies that states should posit full confidence and trust on the Commission's work and consider it positively.

4.2 Decisions, requests of provisional measures and letters of urgent appeals

4.2.1 Decisions

In its reporting practice, the Commission incorporates a list of Communications that it already considered during the reporting period. State noncompliance with the Commission's decisions has been a serious challenge that the Commission often reflects in its Activity Reports.[92] This goes with the quest for an effective mechanism to follow up on State compliance with the Commission's decisions.

In 2006, the Commission decided to submit a report on State compliance with its decisions as part of its Activity Report to the Executive Council.[93] As part of the existing follow-up process, a State against which a decision is made is required to send the Commission on the measures it has taken to implement the Commission's decision upon notification by the Commission.[94] In case of non-compliance, the Commission has to submit the matter to the concerned committee of the PRC or the Executive Council.[95] Furthermore, based on its pronouncement to include a section that gives a detailed account of the response of states on its decisions,[96] the Commission recently started dedicating a section on 'state compliance' in its Activity Reports.

89 Executive Council, Decision on the 42nd Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/Dec.974(XXXI) para 8.

90 Statement of Concern of Ethiopia annexed with the 42th Activity Report of the Commission.http://www.achpr.org/files/activity-reports/42/annex_2.responses _from _States.pdf (accessed 7 June 2018).

91 Art 31 African Charter.

92 39th Activity Reports, par 39; 40th Activity Report, para 17; 41th Activity Report, para 24; 42nd Activity Report, para 35; 43rd Activity Report, para 28.

93 African Commission, Resolution 97 (Resolution on the importance of implementation of the recommendations of the African Commission on Human and People's Rights), adopted at the 40th Ordinary Session in Banjul, the Gambia, 15-29 November 2006, ACHPR/Res97/2006 http://www.achpr.org/sessions/40th/resolutions/97/ (accessed 11 July 2018).

94 Rule 112(2), (3)

95 Rule 112(8).

96 36th Activity Report, para 27.

However, the content of this section has been too general and sometimes silent as to which state is not compliant, hence difficult for policy organs to identify specific challenges and take concrete decisions.[97] It has also reduced the scale of dialogue on compliance but minimised possible state discontent.

Although the Commission has been taking the above measures as a follow up on its decisions, they are practically proven ineffective. There is, therefore, a need for a more effective mechanism. In its recent Activity Reports the Commission highlighted that there has been inadequate cooperation from states on the Commission's follow-up activities concerning its decisions.[98] In its 39th to 43rd Activity Reports the Commission indicated that for the most part states do not give information on measures taken or being taken to implement the Commission's decision, hence ignoring the requirement provided under Rule 112(2) of the Commission's Rules of Procedure.[99] Since the Commission's follow-up procedure is reliant on information obtained from states,[100] a lack of prompt replies creates a gap in the protection of human rights in Africa.

In June 2018, the Executive Council decided to operationalise the PRC Sub-Committee on Human Rights, Democracy and Governance 'to follow up on implementation of the Commission's decisions and recommendations.'[101] This implies that this sub-committee is expected to serve the purpose envisaged by Rule 112(8) of the Commission's Rules of Procedure.[102] It implies that the mechanism will involve the AUC and the PRC. This initiative was first brought to the attention of the PRC during the PRC consultation on the African Governance Architecture (AGA) held in 2015.[103] While this is a good initiative, it is unlikely to effectively address the implementation challenge. As Murray and Long suitably put it, 'effective follow up requires multi-tiered approach that involves as many stakeholders as possible'.[104] As a process with the interdependent objectives of assessing and monitoring status of compliance and implementation, follow-up of decisions of regional human rights bodies involves actions that require

97 See for example 43th Activity Report, para 27-28; 44th Activity Report, para 25-26. 39th Activity Report, para 44(b)(XXV).

98 39th Activity Report, para 44(b)(XXV); 43rd Activity Report, para 28.

99 As above.

100 R Murray & D Long *Implementation of the findings of the African Commission on Human and Peoples' Rights* (2015) 133.

101 AU Executive Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 7(iv).

102 Rules 112(8) & 125(2) of the Rules of Procedures of the African Commission.

103 Outcome Document of the AU Permanent Representative Committee consultation on the African Governance Architecture and the State reporting processes under the African Charter on Democracy, Elections and Governance 2-4 September 2015 (on file with the author).

104 Murray & Long (n 100) 138.

the joint efforts of states and key organs of the parent organisation within which the human rights body functions.[105] In the African context, the practical challenges of the Commission, such as limited resource and staffing, and the reliance on information obtained from states, do not allow the Commission to effectively assume this role.[106] Thus, taking into account the challenges faced by the Commission, a comprehensive follow-up mechanism in which more authoritative policy organs, namely the Assembly and the Executive Council would directly be involved and other AU organs such as the Pan African Parliament, the Commission, the Peace and Security Council and the Secretariat of the Commission could participate, would prove more impactful.[107]

Occasionally, instead of accepting the decisions of the Commission and deliberating on the possible implementation mechanism, states use the ordinary sessions of policy organs to complain against the work of the Commission.[108] This defeats the nature and purpose of ordinary sessions of the policy organs, which were designed to inform states and policy organs about the work of the Commission and the prevailing human rights situation on the continent and so as to develop new policy directions, rather than provide a platform for debate on substantive aspects of the Commission's decisions.[109] A state can effectively use the avenues provided for in the African Charter and the Commission's Rules of Procedure to discuss its concern with the Commission instead of questioning the decisions of the Commission during the process of considering the Commission's Activity Reports.[110]

4.2.2 Requests for provisional measures and letters of urgent appeals/interim measures

The Commission incorporates in its Activity Reports a list of Requests for Provisional Measures (RPM), requesting a State to take urgent action to prevent irreparable harm to a victim of an alleged human rights violation until a final decision is given by the Commission, and Letters of Urgent Appeals (LUA), letters requesting a State (usually addressed to the Head of State or Government) to intervene and prevent an imminent violation of a grave nature, that it issued during the reporting period.[111] In addition, the Commission has developed a

105 Murray & Long (n 100) 133.

106 As above.

107 L Louw 'An analysis of state compliance with recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights' LLD thesis, University of Pretoria, 2005 317.

108 Biegon (n 8) 12.

109 As above.

110 Biegon (n 8) 12.

111 Rules 80(2) & 98 of the Rules of Procedures of the African Commission. See also letters of urgent appeal and requests for provisional measures by the Commission at http://www.achpr.org/search/?q=urgent+appeal (accessed 9 June 2018).

practice of dedicating a section of its Activity Report to highlight the status of state responses to its orders for provisional measures.[112]

Based on the information collected from the Commission's 36th to 44th Activity Reports, the status of state response to requests for interim measures is presented in the Table below.

Table 1: Status of state responses to requests for interim measures

Reporting period	RPM issued	State reply	LUA issued	State reply
Nov 2013-May2014	1	0	-	-
Jun-Dec 2014	4	0	8	2
Jan-May 2015	5	1	9	3
May-Nov 2015	8	1	10	3
Dec 2015-Apr 2016	8	5 (one state)	3	2
May-Nov 2016	8	0	12	2
Jan-May 2017	7	0	4	1
Jun-Nov 2017	2	1	8	0
Nov 2017-May 2018	5	0	36	7

As can be observed from the Table above, state responses to the RPM and LUA are at a very low level. Since November 2013 the Commission the issuing of 48 RPM and 90 LAP. States have replied only to eight (16.7%) RPM and 20 (22%) LUA. Although the Table does not show the full picture of the status of compliance with RPM and LUA, the insignificant number of replies states give to the request of the

112 36th Activity Report, para 27

Commission by itself is one instance of non-compliance. It also indicates the inadequate attention states have given to RPM and LUA. As the Commission developed a practice of detailing the status of compliance and implementation of RPM in its Activity Report, the reaction of states became more adverse. The states' reaction features in the key ways described below.

Occasionally, states challenge the Commission's competence to issue RPM and LUA and the method it employs in approaching the concerned State. For example, during the consideration of the Commission's 38th report, Ethiopia contested the issuance of provisional measures in line with its earlier response to the RPM issued regarding Communication 507/15, *Andargachew Tsege and Yemsrach Hailemariam v Ethiopia*.[113] In this connection, the conception of such states was that the Commission cannot issue RPM and LUA as the African Charter does not explicitly authorise the Commission to do so.[114] Hence, the absence of a clear provision in the African Charter concerning these interim measures has presented a favourable ground for states to question the Commission's competence. Although the silence of the African Charter may be seen as 'a by-product of its ambiguous position on individual complaints,'[115] the Commission's competence to issues these interim measures is implied in its mandate to use 'any appropriate method of investigation'.[116] Besides, the Commission's competence to issue such measures is reaffirmed in its Rules of Procedure, which was subsequently endorsed by the AU policy organs.

Sometimes states challenge the way the Commission addresses these requests to them.[117] For example, during the consideration of the 40th Activity Report of the Commission, Egypt argued that the Commission 'should direct all its requests through the ordinary diplomatic channel and not to the President of the Republic'.[118]

Occasionally states deny receipt of the Commission's letters requesting interim measures.[119] In the absence of conclusive evidence that substantiates receipt of the Commission's request by the concerned State, it would be challenging to determine whether the State has complied with the request for provisional measure or not, or whether it has violated the African Charter or not.[120] In *Interrights et*

113 38th Activity Report, para 32.

114 This position was openly held by the Ethiopian delegation.

115 Viljoen (n 3) 306.

116 Art 46 African Charter.

117 38th Activity Report, para 9; Report of the 29th Ordinary Session of the Permanent Representatives' Committee (PRC), PRC/Rpt (XXIX).

118 40th Activity Report, annex 1, para 2(xiii).

119 Ethiopia for example denied receipt of a LUA sent concerning the arrest of Zone 9 Bloggers. *Committee to Protect Journalists https://cpj.org/awards/2015/zone-9-bloggers-ethiopia.php* (accessed 20 October 2018).

120 D Juma 'Provisional measures under the African human rights system: the African Court's order against Libya' (2012) 30 *Wisconsin International Law Journal* 360.

al (on behalf of Mariette Sonjaleen Bosch) v Botswana,[121] the Commission observed that it could not find violation of rights as it could not verify that the Commission's request for provisional measure was indeed received by the President of the respondent state. States should demonstrate good faith by acknowledging receipt of the Commission's request.

States occasionally assert that they have taken measures to address human rights concerns within their domestic system although they did not send a reply to the request of the Commission. For example, during the consideration of the Commission's 36th Activity Report, Ethiopia stated that although it did not send a formal reply within the time frame to the Commission's RPM in respect of Communication 461/13, *Eskinder Nega and Reeyot Alemu v Ethiopia* addressed to its Prime Minister to intervene in the matter to ensure that Ms Reeyot is examined by an independent medical expert without delay, Ms Reeyot was given 'the relevant' treatment guaranteed in Ethiopia's Constitution.[122] Although resolving the initial human rights concerns is necessary, it cannot absolve states from responsibility for non-compliance with the Rules of Procedure of the Commission.

Generally, objections against the Commission's competence to issue provisional measures and the modalities it applies are indefensible. As the Commission observed in the *Saro-Wiwa case,* failure to comply with obligations to institute provisional measures is a violation of article 1 of the African Charter.[123] Furthermore, the legality and procedure of issuing RPM and LUA were endorsed by the Executive Council as part of the Rules of Procedure of the Commission in 2010.[124] In the same decision, the Executive also requested the Commission to comply with the Rules of Procedure in conducting its activities.[125]

The predominantly defensive approach states take to the interim measures in the Commission's reports has triggered adverse decisions by policy organs. For example, following the a series of state concerns, the Executive Council in June 2015 made a decision requesting the Commission to consider amending its Rules of Procedure, in particular those concerning requests for provisional measures and letters of urgent appeals.[126] Read in tandem with the preceding statements made

121 *Interights and Others (on behalf of Bosch) v Botswana* (2003) AHRLR 55 (ACHPR. 2003), paras 50 & 52.

122 While in prison, Ms Reeyot was suffering from breast tumours. Her condition was worsened by the inadequate medical treatment provided to her by the prison administration. She was released on 9 July 2015. https://www.mediadefence.org/news/ethiopian-journalist-reeyot-alemu-released (accessed 19 October 2018).

123 *International Pen and Others (on behalf of Saro-Wiwa) v Nigeria* (2000) AHRLR 212 (ACHPR 1998) para 122.

124 Executive Council, Decision on the 28th Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/Dec.583(XVII) para 4. https://au.int/sites/default/files/decisions/9631-council_en_26_30_january_2009_executive_council_ fourteenth_ordinary_session.pdf (accessed 1 August 2017).

125 As above.

126 Executive Council, Decision on the Thirty-Eighth Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/Dec.887(XXVII) para 12(ii).

by states, the decision was meant to discourage the Commission from issuing interim measures.

4.4.3 Applications for affiliate or observer status

The Commission performs its functions in collaboration with a multitude of actors including NGOs and NHRIs. The Commission's relationship with these organisations has been guided by resolutions that entitle them to participate without voting rights in the Commission's Ordinary Sessions and make statements at the open sessions.[127]

Recently, the role and participation of NGOs has increased significantly. During the 62nd Ordinary Session of the Commission, 56 NGOs with observer status have made statements on the human rights situation in Africa.'[128] As at May 2018, 518 NGOs have been accorded observer status and 28 NHRIs have been granted affiliate status by the Commission.[129]

As the role and participation of NGOs increase, the Commission's relation with NGOs attracted greater criticism by states. This has largely been observed during the consideration process of the Commission's Activity Reports. The most controversial issue occurred during the consideration of the Commission's 38th Report after the Commission included in the report its earlier decision granting observer status to CAL. Several states condemned the Commission's decision contending that it contravenes the African Charter. As a result, the Executive Council made a decision requesting the Commission to withdraw CAL's observer status and to review its criteria for granting observer status to NGOs stating that the Commission's decision contradicts 'African traditional values and traditions' and hence the African Charter.[130] As the Commission refuses to implement the decision of the Executive Council, the political pressure increased. During its 33rd ordinary Session, the Executive Council again requested the Commission to withdraw CAL's observer status latest by 31 December 2018.[131] Accordingly, the Commission withdrew CAL's

127 African Commission Resolution 361 (Resolution on the criteria for granting and maintaining observer status to non-governmental organisations working on human and peoples' rights in Africa), adopted at its 59th Ordinary Session in Banjul, the Gambia, 21 October-4 November 2016 ACHPR/Res/361(LIX) 2016; and Resolution 370 (Resolution on the granting of affiliate status to national human rights institutions and specialised human rights institutions in Africa), adopted at its 60th Ordinary Session in Niamey, Niger, 8-22 May 2017 ACHPR/Res.370(LIX)2017.

128 African Commission 'Final Communiqué of the 62nd Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights' para 21. http://www.achpr.org/files/sessions/62nd_os/info/communique62/en_final_communique_62os.pdf

129 As above, paras 24, 25.

130 Executive Council, Decision on the Thirty-Eighth Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/Dec.887(XXVII) para 7.

131 Executive Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 8(vii).

observer status on 8 August 2018.[132] The decisions of the Executive Council indicate the AU's selective and discriminatory approach to human rights. It has been criticised as 'the most serious attack' on the Commission's autonomy, which is guaranteed by the African Charter.[133] The argument that CAL's objective to advance the rights of lesbian women is inconsistent with African values and that of the African Charter is a tactic states raise to shield themselves from responsibility for human rights abuses.[134]

Policy organs had never raised any objection against the Commission's decision on the observer status of NGOs until June 2015 when CAL was granted observer status. This indicates that the AU is primarily guided by unfolding events and imperatives, not by the principles enshrined in its treaties and earlier decisions.

Beyond the observer status of CAL, the matter gave rise to questions on the interpretation of policy organs' power to 'consider' the Commission's Activity Reports as provided under article 59(3) of the African Charter. Policy organs' understanding is that their power to 'consider' reports includes making any kind of change on the report as well as on the Commission's substantive activities. This is however incompatible with the spirit of the African Charter. The competence of policy organs foreseen by the African Charter is to deliberate upon the Commission's Activity Report in order to 'identify and encourage State action on the basis of the Commission's decisions, not to second guess or replace the Commission's interpretation of the African Charter.'[135]

More perturbing is the Commission's decision in August 2018 withdrawing CAL's observer status in compliance with the decision of the Executive Council. In fact, in the first three years the Commission had declined to accept such interpretation and refused to implement the Executive Council's decision by reaffirming that the grating of observer status to CAL 'was properly taken in terms of the Commission's established processes and criteria' and its duty to protect human rights without discrimination as provided in the African Charter.[136] Nevertheless, as the pressure mounted, the Commission failed to defend its autonomy and consolidate its exclusive authority to entertain substantive human right issues. Yet, the Commission's withdrawal of CAL's observer status does not necessarily mean that it has accepted the Executive Council's interpretation that the latter can lawfully amend the report of the Commission or put prescription regarding the Commission's substantive activities. To avoid further imprecision, the Commission should clarify this matter in its activity report. Nevertheless, the Commission's decision withdrawing CAL's

132 n 38.

133 M Killander 'Human rights developments in the African Union during 2015' (2015) 15 *African Human Rights Law Journal* 535.

134 Kasambala (n 21) 104.

135 Statement by the Centre for Human Rights, University of Pretoria, 29 April 2018 https://www.up.ac.za/media/shared/10/CHR/files/2018/centre-calls-for-autonomy-and-independence-of-african-commission-to-be-reaffirmed-and-for-action-on-came roon-and-eritrea.zp151000.pdf (accessed 22 July 2018).

136 43rd Activity Report, para 51.

observer status in line with the instruction of the Executive Council shows its unfaithfulness to the African Charter. The presence of political pressure from states cannot absolve the Commission of responsibility, as the decision is a grave compromise on the principle of non-discrimination provided under article 2 of the African Charter.

Based on the author's personal empirical observation of the dialogues during the process of consideration of the Commission's 36th, 37th, 38th, 39th, 41st and 42nd Activity Reports, states by and large do not want a robust collaboration between NGOs and the Commission. Many reasons might have inspired this. The most apparent reason is that states that champion such views are guided by their poor domestic human rights policies and practices. States with draconian civil society laws inspired by deep suspicion of NGOs have not shown change in their position when it comes to the AU. For example, Ethiopia, which banned some NGOs that have observer status to the Commission, such as Amnesty International and Human Rights Watch, from operating in its territory, did not approve of the Commission's collaboration with these NGOs as that would amount to indirect engagement with them. Accordingly, these states use the platform to promote their internal human rights policy and to collect support for their position. At the same time, States that have progressive domestic legal system and human rights record such as South Africa lack the will to speak up as they fear that such human rights diplomacy at the AU might damage their diplomatic relations with 'sisterly African countries'. The silent approach followed by relatively democratic states pave the way for the unreasonable positions of undemocratic states to get the advantage of constituting the final decision of policy organs.

Implied in states' antagonistic reflections during the consideration of the Commission's Activity Report is a desire to disallow the Commission from granting observer status to NGOs. This is evidenced, for example, during corridor conversations among State representatives before and after the formal meetings where they occasionally talk of transferring the mandate to grant observer status to NGOs to a political organ in which states can play a more dominant role. However, it appears that States are caught up in confusion on how to make this possible and to which organ to bestow the task.

Meanwhile they preferred to limit the role of NGOs within the Commission. A prime example is the Executive Council's decision that requires the review of the Commission's criteria for granting observer status to be undertaken 'in line with the criteria on the accreditation of NGOs to the AU'.[137] This is a typical prescription of the modalities on how the Commission should undertake its activities, which is an apparent contradiction of the Commission's right to employ any appropriate means in discharging its function.[138] Furthermore, the

137 Executive Council, Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights, EX.CL/1015(XXXIII) para 8(iv).

138 Art 46 African Charter.

decision is meant to tighten the criteria for accreditation of NGOs to the Commission. This is part of the effort to reduce the presence of NGOs at the Commission. This is because the accreditation process of NGOs to the AU is by far more rigorous than the criteria for observer status at the Commission as the former, contrary to the latter, requires an NGO to be registered in an AU member state as an African or an African Diaspora Civil Society Organization and that 'at least two thirds' of its funds 'be derived from contributions of its members'.[139]

4.2.4 Unfair discrimination among NGOs and politicisation of their role

Besides the apparent discrimination against NGOs that primarily work on the rights of sexual minorities, it is not a secret that states are more suspicious towards NGOs that are based outside Africa than on the continent. The fact that both African-based and non-African based NGOs enjoy equal status and similar privileges at the Commission has become a serious concern of states. In January 2016, the Executive Council made a decision requesting the Commission to review its working method with respect to 'representation of non-African individuals and groups'.[140] This was informed by states' general perception that Western-based NGOs have a tacit missionary function that promote values at odds with 'African tradition' and the agendas of countries that want to impose neo-liberal policy on Africa.[141] The concern escalated as NGOs that are based outside Africa, using their relative advantages of established experience, visibility and funding, played a dominant role in the AU.[142] Such a discriminatory approach against NGOs based outside African has been observed as a tactic that states use 'to deflect attention from their human rights obligations'.[143] It shows the negative human rights discourse in the AU[144] whereby African leaders hide themselves from accountability for human rights abuses under the guise of protecting 'African traditional values' and defending the imposition of 'western values'.[145]

In a nutshell, measured against the imperative role NGOs have been playing 'in the growth and consolidation of the Commission',[146] their unfair vilification dilutes the Commission's effectiveness. Of course, this is not unknown by states, in fact, this politicisation of

139 AU Executive Council, Report of The PRC and Legal Experts on various Legal Matters (July 2005), Annex IV, s 5, 7. http://www.peaceau.org/uploads/ex-cl-195-vii-e.pdf (accessed 4 August 2018).

140 Executive Council, 39th Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, Doc. EX.CL/938(XXVIII) para 7.

141 S Matthews 'The role of NGOs in Africa: Are they a force for good?' 25 August 2017 *The Conversation*. http://theconversation.com/the-role-of-ngos-in-africa-are-they-a-force-for-good-76227 (accessed 13 July 2018).

142 Viljoen (n 3) 386.

143 Viljoen (n 3) 386.

144 Kasambala (n 21) 2.

145 As above.

146 Viljoen (n 3) 383.

NGOs' roles is a deliberate incapacitation of the Commission. For an effective promotion and protection of human rights in the continent, NGOs' role in the Commission should be depoliticised.

5 CONCLUSION

This article analysed the place of human rights in the AU by examining how Member states behave during the process of consideration of the Activity Report of the Commission. It has been identified that a predominately defensive and protectionist approach has been followed by states during the consideration of the Commission's reports. Antagonism rather than constructive engagement has been the prevailing feature of the dialogue between states and the Commission.

Marked by unconstructive comments of states, the political environment under which the Activity Report of the Commission has been considered is far from favourable for human rights. The role of the AU, as a collective of states in supporting and complimenting the Commission has been insufficient and sometimes negative. Unlike the conventional rhetoric state delegates make during ceremonial conferences of the AU, their actual role during the process of consideration of the Commission's Activity Reports is not up to scratch. Mostly, States use the consideration process of the Commission's Activity Reports as a platform to control the Commission and censure its decisions rather than to support it. Occasionally, states conduct bad human rights diplomacy by deliberately advocating against the standards provided in the African Charter. States often come up with predetermined positions barely showing flexibility during the process of consideration of the Commission's reports. Enhancing the Commission's efficiency and effectiveness has been a greater priority of NGOs than it has been for the states making up the African Union.

Having been, in practice, the principal organ that considers the Commission's Activity Reports, the PRC has played an adverse role in the AU decision-making process. While the PRC has tremendous relative advantages by which it could positively influence the AU decision-making process, it has altered the opportunities to provoke decisions that erode AU human rights principles and standards. Unconstrained by its legally given facilitator role, the PRC has been practically supervising the Commission's substantive activities under the guise of considering its Activity Reports. This goes against the Commission's autonomy and the principle of separation of power.

Confrontation has been states' favourite tactic to defend themselves from human rights accusations. Thus, beyond the conventional legal reasoning, the Commission should employ a diplomatic and flexible approach while engaging with states. The best strategy would be a combination of rules and flexibility; the Commission should remain resolute to the human rights standards enshrined in the African Charter and demand states respect these rules, but stay flexible in its strategy to ensure the respect of these rules taking into account the behaviour of the government and domestic realities in the State concerned. In situations where its relation with certain states is

unfriendly, the Commission can promote human rights by proxy by pushing states that are relatively cooperative and have better domestic human rights records to put pressure on those that do not.

II

SPECIAL FOCUS ON THE AFRICAN UNIONS' THEME FOR 2018: THE FIGHT AGAINST CORRUPTION

FOCUS SPECIAL SUR LE THEME DE L'UNION AFRICAINE POUR L'ANNEE 2018: LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

Combating corruption-related illicit financial flows from Africa: legal approaches and challenges

*Jorum Duri**

ABSTRACT: For decades, Africa has been a 'net creditor' to the world with resources leaving the continent through illicit financial flows (IFFs) more than combined investments and aid received. IFFs threaten domestic resource mobilisation required for sustainable development and have deleterious effects on human rights in Africa. African countries have shown anti-corruption commitments by dedicating the year 2018 to fighting corruption. Winning the fight against corruption includes successfully combating IFFs from the continent. The paper highlights the role of corruption as a source of IFFs, and as an enabler or facilitator of all other sources of IFFs. Without significant anti-corruption efforts at national, regional and international level, the problem of IFFs will remain a stumbling block to sustainable development and the enjoyment of human rights in Africa. The main argument of the paper is that anti-corruption measures can, and should, play a pivotal role in combating IFFs from Africa. The paper analyses key anti-corruption measures to combat IFFs. It highlights the main challenges faced by each anti-corruption measure and offers possible solutions.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

Lutte contre la corruption liée aux flux financiers illicites en provenance de l'Afrique: approches et défis juridiques

RÉSUMÉ: La lutte contre les flux financiers illicites (FFI) est devenue l'un des principaux objectifs en Afrique. Pendant des décennies, le continent est resté un « créancier net » du monde, ses ressources ayant quitté le continent dépassant à la fois les investissements étrangers et l'aide reçus. Les FFI menacent la mobilisation des ressources nationales nécessaires au développement durable et ont des effets néfastes sur les droits de l'homme en Afrique. Les pays africains ont pris des engagements contre la corruption en consacrant l'année 2018 à la lutte contre la corruption. Pour lutter contre la corruption, il faut lutter efficacement contre les flux financiers illicites provenant du continent. Cet article souligne le rôle de la corruption en tant que source de FFI. Il souligne aussi la manière dont la corruption facilite toutes les autres sources de FFI. Sans efforts significatifs de lutte contre la corruption sur le plan national, régional et international, le problème des FFI restera un obstacle au développement durable et à la jouissance des droits de l'homme en Afrique. Le principal argument de cet article est que les mesures de lutte contre la corruption peuvent et doivent jouer un rôle central dans la lutte contre les flux financiers illicites en provenance d'Afrique. L'article analyse les principales mesures de lutte contre la corruption pour combattre les FFI. Il met en évidence les principaux défis de chaque mesure anti-corruption et propose des solutions possibles.

* LLB *cum laude* (UNIVEN); LLM *cum laude* (UWC and Humboldt-Universität zu Berlin); Doctor of Laws candidate, South African-German Centre for Transnational Criminal Justice, University of the Western Cape; durijorum@gmail.com

J Duri 'Combating corruption-related illicit financial flows from Africa: legal approaches and challenges' (2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 321-346
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a14

KEY WORDS: illicit financial flows, corruption, Africa, human rights, sustainable development

CONTENT:

1 Introduction 322
2 Corruption and illicit financial flows 324
2.1 Corruption as a direct source of IFFs 325
2.2 Corruption as an enabler and facilitator of IFFs 325
2.3 Corruption of institutions with anti-money laundering obligations 327
3 Corruption, illicit financial flows and human rights in Africa 328
4 Anti-corruption measures to combat IFFs 334
4.1 Transparency in public procurement 336
4.2 Combating private sector corruption 337
4.3 Protection of whistle-blowers and reporting persons 338
4.4 Assets declarations 340
4.5 Regulation of beneficial ownership 341
4.6 Asset recovery 342
4.7 Interagency cooperation 345
5 Conclusion 346

1 INTRODUCTION

The African Union has declared 2018 as anti-corruption year in Africa under the theme 'Winning the fight against corruption: a sustainable path to Africa's transformation.'[1] This declaration has come amidst a constant drainage of resources from Africa through illicit financial flows (IFFs) closely linked to corruption. IFFs are defined as money that is 'illegally earned, transferred or used that crosses borders'.[2] These illicit funds may be proceeds of illegal activities such as corruption and organised crime, and proceeds of legal business that become illicit when moved between borders in violation of applicable laws and regulatory frameworks.[3] IFFs are a major source of domestic resource leakage in Africa, resulting in shortages of foreign exchange, reduction in tax collections, restrictions in foreign investments, and leaving millions of people languishing in poverty.[4] What is more, IFFs have deleterious effects on the full enjoyment, protection and fulfilment of human rights due to constrained resources. According to a study by the Global Financial Integrity on IFFs in developing countries during the period 2008 to 2012, illicit financial outflows in some countries were greater than public expenditure on education and health, surpassed the total tax revenues in some countries, and outnumbered financial inflows from foreign direct investments and official

1 African Union 'African Union to launch 2018 as the African anti-corruption year' (22 January 2018), https://au.int/en/pressreleases/20180122/african-union-launch-2018-african-anti-corruption-year%E2%80%A6 (accessed 10 June 2018).

2 World Bank 'Illicit financial flows' (2017) http://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/illicit-financial-flows-iffs (accessed 5 June 2018).

3 D Kar & D Cartwright-Smith 'Illicit financial flows from developing countries: 2002-2006' (2009) *Global Financial Integrity* 1 http://www.gfintegrity.org/storage/gfip/executive%20-%20final%20version%201-5-09.pdf (accessed 10 June 2018).

4 D Kar & B LeBlanc 'Illicit financial flows from developing countries: 2002-2011' (2013) *Global Financial Integrity* 1 http://www.gfintegrity.org/report/2013-global-report-illicit-financial-flows-from-developing-countries-2002-2011/ (accessed 9 June 2018).

development assistance in other countries.[5] This has led to Africa being called the 'net creditor' to the world, with resources illicitly leaving the continent exceeding debts, foreign aid and investments received combined.[6]

The African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) passed a resolution on IFFs in 2013 which noted that the continent loses billions of dollars every year and that 'Africa is embroiled in a vicious circle of poverty, malnutrition, diseases and death' as a result of IFFs.[7] Due to the deleterious effects of IFFs on human rights and sustainable development, reducing illicit flows was unsurprisingly included as a component of Goal 16 of the Sustainable Development Goals in 2015.[8] At the regional level, the African Union's Agenda 2063 calls for the strengthening of domestic resource mobilisation by reversing and eliminating all forms of IFFs from the continent.[9]

The problem of illicit financial outflows from Africa prompted the African Union and the United Nations Economic Commission for Africa (UNECA) to establish a High Level Panel on Illicit Financial Flows from Africa (High Level Panel) to understand and tackle IFFs from Africa.[10] The High Level Panel's report estimated that the continent is losing at least US $50 billion per year through IFFs.[11] Corruption is regarded as contributing about five percent of IFFs, even though many African respondents to the panel's questionnaires felt that corruption was the main cause of IFFs from their countries.[12] The low percentage can be attributed to the current macroeconomic approaches to IFFs that mainly concentrate on discrepancies in trade and balance of payments, focusing more on commerce-related IFFs

5 J Spanjers & HF Foss 'Illicit financial flows and development indices: 2008-2012' (2015) *Global Financial Integrity* 30-33 http://www.gfintegrity.org/report/illicit-financial-flows-development-indices-2008-2012/ (accessed 10 June 2018).

6 JK Boyce & L Ndikumana 'Is Africa a net creditor? New estimates of capital flight from severely indebted sub-Saharan African countries, 1970-1996' (2001) 38 *Journal of Development Studies* 27-56.

7 Resolution 236: Resolution on Illicit Capital Flight from Africa, adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights at its 53rd Ordinary Session held in Banjul, the Gambia from 9 to 23 April 2013 paras 4-5.

8 United Nations Sustainable Development Goals 'Goal 16: Promote just, peaceful and inclusive societies' (2015) https://www.un.org/sustainabledevelopment/peace-justice/ (accessed 10 June 2018).

9 African Union *Agenda 2063* (2015) 18, https://au.int/sites/default/files/pages/3657-file-agenda2063_popular_version_en.pdf (accessed 10 June 2018).

10 Resolution 886 (XLIV): Resolution of the AU Conference of Ministers of the Economy and Finance and ECA Conference of African Ministers of Finance, Planning and Economic Development, adopted at its 4th Joint Annual Meeting held in Addis Ababa, Ethiopia, from 28 – 29 March 2011 AU doc AU/CAMEF/MIN/Rpt(VI).

11 High Level Panel on Illicit Financial Flows from Africa 'Illicit financial flows' (2015) 13, https://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/iff_main_report_26feb _en.pdf (accessed 13 June 2018).

12 High Level Panel (n 11) 32.

than corruption-related IFFs.[13] Corruption is also clandestine and difficult to measure, and therefore higher than the estimated percentage. According to the High Level Panel, corruption facilitates 'all other aspects of IFFs'.[14] Finding 8 of the High Level Panel stated that 'corruption and abuse of entrusted power remains a continuing concern' to tackling IFFs from Africa.[15] Due to the proximate relationship between corruption and IFFs, it was no surprise that there was a recommendation for IFFs to become a specific component in the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, thereby bringing IFFs into the strategy of the African Union Advisory Board on Corruption.[16]

The crucial role of effective anti-corruption regimes in combating IFFs from Africa has not been given enough attention. This anti-corruption year in Africa presents an opportunity to focus on the relationship between corruption and IFFs on the continent. The main proposition of this paper is that anti-corruption measures can and should play a crucial role in tackling IFFs from Africa. The paper argues that effective anti-corruption measures will go a long way to combating IFFs as 'corruption leaves the door wide open for illicit financial flows'.[17] Effective anti-corruption efforts create a hostile environment for the sources and enablers of IFFs. The paper will attempt to clarify the nexus between corruption and IFFs, giving specific examples. It will proceed to discuss the devastating effects of corruption and IFFs on human rights in Africa. Then, it will analyse how anti-corruption measures can play a critical role in reducing IFFs. The paper will highlight the challenges faced by anti-corruption efforts and will recommend possible remedies.

2 CORRUPTION AND ILLICIT FINANCIAL FLOWS

Corruption plays a significant role as a 'source and enabler' of IFFs from Africa.[18] The nexus between corruption and IFFs manifests itself in more than one way, including corruption as the direct source of IFFs, corruption as a means of facilitating the creation of illicit funds and

13 M Hunter 'Measures that miss the mark: Capturing the proceeds of crime in illicit financial flow models' (2018) *Global Initiative against Transnational Organized Crime* 10, 14 http://globalinitiative.net/capturing-proceeds-of-crime-in-illicit-financial-flows-models/ (accessed 6 August 2018).

14 High Level Panel (n 11)) 32.

15 High Level Panel (n 11) 69.

16 High Level Panel (n 11) 83.

17 LJM Sène 'Mobilisation of domestic resources: Fighting against corruption and illicit financial flows' (2018) *African Union Commission Department of Economic Affairs* 5 https://au.int/sites/default/files/newsevents/workingdocuments/34086-wd-dea_paper_stc_2018_mobilization_of_domestic_resources_fighting_against_corruption_iff_english_0.pdf (accessed 6 August 2018).

18 High Level Panel (n 11) 51.

corruption as a means for enabling an illicit flow itself by the corruption of institutions with anti-money laundering obligations.[19]

2.1 Corruption as a direct source of IFFs

Proceeds of corruption leaving the continent contribute to illicit financial outflows from Africa. Hiding the proceeds of corruption is as antique as corruption itself, and the cross-border movement of the proceeds constitute IFFs. Corrupt persons rely significantly on successful laundering to enjoy the proceeds of corruption far away from the victim state. For decades, political elites in African countries have stashed stolen assets in the developed world. Mobutu Sese Seko in Zaire (now the Democratic Republic of the Congo) looted about US $5 billion from state coffers which were equal to the country's external debt during his time in office.[20] Sani Abacha plundered billions of state resources during his term in office as president of Nigeria.[21] In 2010, the United States of America (USA) reported how politically-exposed persons from Angola, Equatorial Guinea and Nigeria stole public funds from their countries and launder the proceeds in banks across the USA.[22] Recently, Vice President Teodorin Obiang of Equatorial Guinea was convicted of corruption and money laundering in France for looting state resources to afford jet-setting lifestyle in France including a €107 million mansion and a fleet of extravagant cars.[23] Previously, Obiang had reached a settlement with USA officials for forfeiture of assets in the country worth more than US $30 million bought with stolen funds from Equatorial Guinea.[24]

2.2 Corruption as an enabler and facilitator of IFFs

Corruption plays a huge role in enabling or facilitating the creation for illicit funds. For example, bribery of tax officials to ignore tax evasion

19 See Q Reed & A Fontana 'Corruption and illicit financial flows: The limits and possibilities of current approaches' (2011) 19 https://www.u4.no/publications/corruption-and-illicit-financial-flows-the-limits-and-possibilities-of-current-approaches-2/pdf (accessed 13 June 2018).

20 J Svensson 'Eight questions about corruption' (2005) 19 *Journal of Economic Perspectives* 19.

21 M Levi *et al* 'Money laundering and corruption' in JE Campos & S Pradhan *The many faces of corruption: tracking vulnerabilities at the sector level* (2007) 400.

22 United States Permanent Subcommittee on Investigations 'Keeping foreign corruption out of the United States: Four case histories' 4 February 2010, https://www.hsgac.senate.gov/subcommittees/investigations/hearings/-keeping-foreign-corruption-out-of-the-united-states-four-case-histories (accessed 25 June 2018).

23 A Chrisafis 'Son of Equatorial Guinea's President is convicted of corruption in France' *The Guardian* 27 October 2017.

24 United States Department of Justice 'Second Vice President of Equatorial Guinea agrees to relinquish more than $30 million of assets purchased with corruption proceeds' (2014) https://www.justice.gov/opa/pr/second-vice-president-equatorial-guinea-agrees-relinquish-more-30-million-assets-purchased (accessed 10 July 2018).

or to make favourable tax interpretations to the briber.[25] Such instances include the US oil company Halliburton which admitted to paying a Nigerian tax official US $2.4 million to manipulate tax returns in its favour.[26] Corruption may also facilitate creation of illicit funds by politicians who abuse their political power to create personal wealth, which will become illicit funds. For example, a report by the World Bank revealed how Tunisia's former President Ben Ali and his family corruptly manipulated regulations for their own personal and commercial benefit, damaging free trade within the country.[27] The family was then able to move a large portion of their fortunes offshore with relative ease.

Corruption also facilitates illegal resource exploitation, another source of IFFs.[28] Due to poor governance and corruption, Africa has become a hub for high levels of IFFs in the extractive industry. Government officials are bribed to offer unequal contracts which do not reflect the true value of the resources extracted, with the disparity in values often extensive.[29] Production companies and exporters may offer bribes to officials for underreporting the volume or value of actual resources extracted. Corruption and illegal resource exploitation have led to underdevelopment in many well-resourced countries in Africa. The Democratic Republic of Congo is a typical point of reference on corruption and mismanagement of natural resources which has facilitated plunder of resources from the country.[30] In Zimbabwe, political and economic elites looted diamonds from Chiadzwa diamond field, and the former President Robert Mugabe revealed that at least US $15 billion of potential diamond revenue remain unaccountable.[31] In Nigeria, the parliament revealed how US $6 billion was lost to corruption and mismanagement in fuel subsidy schemes between 2010 and 2013.[32] These examples clearly show that corruption is a major factor leading to unfair exploitation of resources in Africa.

Bribery of public officials by international organisations to award contracts facilitates IFFs as well. According to the OECD,

25 Reed & Fontana (n 19) 19.

26 'Halliburton discloses bribe paid to Nigerian tax official' *The Wall Street Journal* 9 May 2003.

27 R Rijkers, C Freund & A Nucifora 'All in the family: State capture in Tunisia' (2014) *Policy Research Working Paper* http://documents.worldbank.org/curated/en/440461468173649062/All-in-the-family-state-capture-in-Tunisia (accessed 12 April 2018).

28 P Le Billon 'Extractive sectors and illicit financial flows: What role for revenue governance initiatives?' (2011) 4 https://www.u4.no/publications/extractive-sectors-and-illicit-financial-flows-what-role-for-revenue-governance-initiatives/ (accessed 26 June 2018).

29 UNECA *A study on the global governance architecture for combating illicit financial flows* (2018) 13.

30 See M Chene 'Overview of corruption and anti-corruption in the Democratic Republic of Congo' (2014) *Transparency International* 4 https://www.transparency. org/whatwedo/answer/overview_of_corruption_and_anti_corruption_in_the_demo cratic_republic (accessed 26 June 2018).

31 R Chidza 'Chiadzwa $15 billion diamonds plunder' *NewsDay* 16 March 2016.

32 J Brock & C Eboh 'Nigeria fuel subsidy graft cost $6.8 billion: Parliament' *Reuters* 19 April 2012.

> Corruption in awarding business contracts has social, political, environmental and economic costs which no country can afford. Serious consequences result when public officials take bribes when awarding contracts to foreign businesses for public services such as roads, water or electricity. A USD 1 million dollar bribe can quickly amount to a USD 100 million loss to a poor country through derailed projects and inappropriate investment decisions which undermine development.[33]

Even though the actual bribery may not constitute IFFs, the illicit gain obtained through bribery may constitute illicit financial outflows.[34] The report of the High Level Panel also revealed how corrupt practices facilitate organised crime such as trafficking of drugs, illegal currency trafficking, illegal weapons and wildlife trafficking which are sources of IFFs, indicating the cross-cutting edge of corruption in IFFs.[35]

2.3 Corruption of institutions with anti-money laundering obligations

Financial institutions and designated non-financial businesses or professionals have anti-money laundering obligations as 'gatekeepers' responsible for preventing the laundering of proceeds of crime. These gatekeepers '"protect the gates to the financial system" through which potential users of the system, including launderers, must pass in order to be successful'.[36] If a gatekeeper has reasonable grounds to suspect that funds are proceeds of a criminal activity, or are related to terrorist financing, it is obligated to report the suspicion to the country's financial intelligence unit.[37] Criminals are aware of the ability of gatekeepers to provide access to the financial system in order to clean proceeds of their illegal activities. In certain instances, the personal position or reputation of the gatekeeper may be useful to the launderer due to the gatekeeper's presumed ethical standards or the gatekeeper's expertise in concealing suspicious transactions.[38] The World Bank has reported how these gatekeepers can be employed to facilitate the creation or abuse of legal persons and legal arrangements (such as trusts) to conceal the proceeds of corruption and other criminal activities.[39] Criminals hide behind the corporate veil to disguise their involvement as ultimate beneficiaries of the corporation.

33 OECD *Better policies for development 2014: Policy coherence and illicit financial flows* (2014) 34.

34 As above.

35 High Level Panel (n 11) 3, 79.

36 Financial Action Task Force 'Global money laundering & terrorist financing threat assessment' (2010) 44 http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/globalmoneylaunderingterroristfinancingthreatassessment.html (accessed 20 July 2018).

37 Financial Action Task Force 'International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation' (2012) recommendations 20, 21 & 22.

38 Financial Action Task Force (n 36) 44.

39 E van der Does de Willebois *et al The puppet masters: how the corrupt use legal structures to hide stolen assets and what to do about it* (2011) 11, 20.

Money launderers may offer bribes to institutions with anti-money laundering obligations in order to successfully launder proceeds of crime. It has been argued that 'where money launderers cannot achieve their aims through the use or threat of the use of violence, corruption will be the alternative.'[40] Hence, anti-money laundering agencies and financial institutions may be induced to turn a blind eye to detecting money laundering, or even facilitate illegal transactions.[41] Once anti-money laundering institutions and persons have been corrupted, illicit funds from different sources can easily flow out of Africa. The High Level Panel reported the role of corruption in enabling IFFs at every stage including bribery of customs officials, tax inspectors, security officials, bankers and judges; and the use of political power to prevent state officials from vetting mineral exports, searching private planes or from preventing smuggling of cash.[42] What is more, these illicit funds can be used by criminals to set up companies, to control financial institutions and to bribe public officials in a bid to further their illegal objectives.[43]

This paints a clear picture of the close link between corruption and IFFs from Africa, with corruption as an indispensable instrument in facilitating all sources of IFFs. The paper will proceed to analyse the impact of corruption and IFFs on human rights in Africa.

3 CORRUPTION, ILLICIT FINANCIAL FLOWS AND HUMAN RIGHTS IN AFRICA

In 2014, the African Union estimated that Africa had lost US $148 billion, 50 per cent of tax revenue, 25 per cent of the continent's GDP and US $30 billion through corruption.[44] Even though corruption is not *per se* recognised as a direct violation of human rights under international law,[45] there is general consensus that it leads to a

40 N Mugarura 'Uncoupling the relationship between corruption and money laundering crimes' (2016) 24 *Journal of Financial Regulation and Compliance* 77.

41 C Goredema 'Money laundering in Southern Africa: incidence, magnitude and prospects for its control' (2004) 4 https://issafrica.org/research/papers/money-laundering-in-southern-africa-incidence-magnitude-and-prospects-for-its-control (accessed 29 June 2018).

42 High Level Panel (n 11) 51.

43 HPB Moshi 'Fighting money laundering: The challenge in Africa' (2007) 3 https://issafrica.org/research/papers/fighting-money-laundering-the-challenges-in-africa (accessed 29 June 2018).

44 Governance and Public Administration Division of the Economic Commission for Africa & the African Union Advisory Board on Corruption 'Combating corruption, improving governance in Africa: Regional anti-corruption programme for Africa (2011-2016)' (2011) 4 https://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/combating-corruption-improving-governance-in-africa-2011-2016.pdf (accessed 13 June 2018).

45 There have been arguments for the recognition of a right to a corruption-free society. See N Kofele-Kale 'The right to a corruption-free society as an individual and collective human right: Elevating official corruption to a crime under international law' (2000) 34 *The International Lawyer* 163; M Murray &

violation of human rights.[46] UN bodies such as the Human Rights Council have adopted resolutions on the negative impact of corruption on the enjoyment of human rights.[47]

There is an increased focus on the impact of IFFs on human rights. For instance, the African Commission in 2013 requested its Working Groups on Economic, Social and Cultural Rights in Africa and on Extractive Industries, Environment and Human Rights Violations in Africa to conduct an in-depth study on the effects of IFFs on human rights in Africa.[48] In 2014, the UN Human Rights Council tasked an independent expert to analyse the negative effects of IFFs on human rights.[49] The interim UN report indicated that IFFs divert resources meant for development and may interfere with governments' compliance with international human rights obligations.[50] Pertinent among international obligations is article 2(1) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), which provides that each state party:

> undertakes to take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.

According to the African Commission, IFFs erode the capacity of African states to implement the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter).[51] IFFs threaten the right of citizens to freely dispose of their natural resources and the right to their

A Spalding 'Freedom from official corruption as a human right' (2015) https://www.brookings.edu/research/freedom-from-official-corruption-as-a-human-right/ (accessed 14 June 2018).

46 See for example A Munyai & AA Agbor 'The impact of corruption on the right to development in Africa' in CC Ngang, SD Kamga & V Gumede (eds) *Perspectives on the right to development* (2018) 70-82; MK Andersen 'Why corruption matters in human rights' (2018) 10 *Journal of Human Rights Practices* 179-190.

47 Resolution 25: Resolution on the negative impact of corruption on the enjoyment of human rights, adopted by the UN Human Rights Council at its 35th Session held in Geneva, Switzerland, from 27 February – 24 March 2017 UN Doc A/HRC/RES/35/25 (2017). The Human Rights Council has adopted several resolutions, decisions and reports on the human rights impacts of corruption https://www.ohchr.org/EN/Issues/CorruptionAndHR/Pages/Documentation.aspx (accessed 10 June 2018).

48 Resolution 236: Resolution on Illicit Capital Flight from Africa, adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights at its 53rd Ordinary Session held in Banjul, the Gambia from 9 to 23 April 2013, para 12.

49 Resolution 25/9: Resolution on the negative impact of the non-repatriation of funds of illicit origin to the countries of origin on the enjoyment of human rights, and the importance of improving international cooperation, adopted by the UN Human Rights Council at its 25th Session held in Geneva, Switzerland, from 3 - 28 March 2014, UN Doc A/HRC/RES/25/9.

50 JP Bohoslavky 'Report on illicit financial flows, human rights and the post-2015 development agenda: Interim study by the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of states on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights' (10 February 2015) UN Doc A/HRC/28/60 para 23.

51 Resolution 236: Resolution on Illicit Capital Flight from Africa, adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights at its 53rd Ordinary Session held in Banjul, the Gambia from 9 to 23 April 2013 para 3.

economic, social and cultural development.[52] The Working Group on Extractive Industries, Environment and Human Rights (WGEI) of the African Commission has expressed discontent over exploitative and non-beneficial mining contracts responsible for IFFs from DRC and has contended that this violates the right to natural resources enshrined in the African Charter.[53] The African Commission has held that the deprivation of the citizens' right to freely dispose of their wealth and natural resources affects their right to economic, social and cultural development and the general responsibility of states 'to individually or collectively ensure the exercise of the right to development.'[54]

IFFs deplete resources for the government to increasingly realise economic, social and cultural rights. It hinders the commitment by African countries in Agenda 2063 to increase domestic resource mobilisation in order to reduce aid dependency, lessen unsustainable debts and elevate Africa-multilateral lending institutions to global status.[55] In Zimbabwe, the discovery of diamonds was celebrated as an opportunity for economic recovery and poverty alleviation. To date however, three quarters of Zimbabweans live beneath the poverty line, a third of the Zimbabwean population faces food insecurity and the country has an external debt exceeding US $10 billion.[56] In the Democratic Republic of the Congo, IFFs from the extractive industry have left many people living below the poverty line despite the country's wealth in natural resources.[57] These examples clearly show the deleterious effects of IFFs on the right to natural resources and the right to development espoused in the African Charter.

In the case of *SERAP v Nigeria* before the Court of Justice of the Economic Community of West African States, the applicants argued that the embezzlement of public funds in the department of education violated the right to education and was illegal and unconstitutional as it violated articles 21 and 22 of the African Charter.[58] Even though the Court did not declare the illegality or unconstitutionality of embezzlement of public funds, it noted the negative impact of corruption on the right to education and ordered the Nigerian government to provide necessary funds to cover the shortfall to ensure

52 Arts 21 & 22 of the African Charter. See also art 2(1) of the of the International Covenant on Civil and Political Rights (1966).

53 African Commission 'Statement of the African Commission on Human and Peoples' Rights on illicit financial flight and other concerns arising out of the Paradise Papers' 12 December 2017 http://www.achpr.org/press/2017/12/d380/ (accessed 2 October 2018).

54 *Democratic Republic of Congo v Burundi, Rwanda and Uganda* (2004) AHRLR 19 (ACHPR 2003).

55 African Union (n 9) 18.

56 Global Witness 'An inside job Zimbabwe: The state, the security forces, and a decade of disappearing diamonds' (2017) 13 https://www.globalwitness.org/en/campaigns/conflict-diamonds/inside-job/ (accessed 30 June 2018).

57 D Kar *et al* 'Capital flight from the Democratic Republic of Congo' (2014) *Global Financial Integrity* 15 https://www.gfintegrity.org/report/capital-flight-democratic-republic-congo/capital-flight-from-the-drc/ (accessed 30 June 2018).

58 *SERAP v Nigeria*, Judgment, ECW/CCJ/APP/12/07; ECW/CCJ/JUD/07/10 (30 November 2010).

a smooth implementation of the education programme.[59] The decision is important as it recognised the destructive effects of corruption and related IFFs to the full enjoyment and realisation of the right to education provided in article 17 of African Charter.[60]

The African Charter places an obligation on individuals to pay taxes imposed by law in the interest of the society.[61] Taxation is one of the major sources which contribute to the state's financial resources. Corruption and IFFs reduce revenue collection as individuals and corporations engage in illegal activities to maximise profits and evade taxes. Also, embezzlement and mismanagement of revenues by tax officials further drain state coffers. According to the Commission, the duty to pay taxes implies an obligation on the state to 'institute an effective and fair taxation system and a budgeting process that ensures that economic, social and cultural rights are prioritised in the distribution of resources'.[62] Therefore, states have an obligation to establish effective measures to reduce IFFs and increase tax revenue. These efforts are compromised by corruption and mismanagement in the tax department. Reduction in tax collections aggravates the state's obligation to progressively realise social, economic and cultural rights of citizens such as the right to access to health enshrined in article 16 of the African Charter and the right to an adequate standard of living provided in article 11(1) of the ICESCR.

IFFs also have detrimental impact on civil and political rights.[63] For example, corruption and IFFs from the health department threaten the rights to life,[64] health and dignity[65] of patients where public funds meant for medication and essential equipment are embezzled by senior authorities. Economically disadvantaged patients are exposed to an unwarranted danger to their well-being as a result of such embezzlement. Olaniyan argues that corruption and the illicit transfer of 'critical resources to offshore accounts and the failure of states to hold suspects to account may satisfy the requirement of "arbitrary deprivation" of life'.[66] Moreover, inadequate police resources affect the recruitment and training of police officers, and may lead to the arbitrary exercise of law enforcement including arbitrary arrests and unlawful detentions. It is a common feature in African countries such as Zimbabwe for police officers to be expected to collect a certain amount of fines per day in order to support the operations of the police

59 *SERAP v Nigeria* (n 58) para 28.

60 See also art 13 ICESCR.

61 Art 29(6) African Charter.

62 African Commission 'Principles and guidelines on the implementation of economic, social and cultural rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights' (2010) para 15, http://www.achpr.org/instruments/economic-social-cultural/ (accessed 30 June 2018).

63 Bohoslavsky (n 50) para 31.

64 Art 4 African Charters.

65 Art 5 African Charter.

66 K Olaniyan *Corruption and human rights law in Africa* (2014) 208.

department and to 'feed' top ranking officials.[67] The United Nations Working Group on Arbitrary Detention has expressed how economic crime disintegrate the credibility of the criminal justice system and threatens the rights of those who cannot pay bribes, including facing arbitrary detention.[68] As a result, arbitrary exercise of power by police offers threatens the right to liberty and security provided in article 6 of the African Charter.

Illicit funds held in offshore accounts may be used to finance political parties or election campaigns contrary to domestic regulations, risking capture of state institutions and undermining the right to vote or to participate in public affairs. Senior state officials and political elites may use their ill-gotten gains to support their political agendas and create an unfair advantage to keep unpopular and corrupt politicians in power.[69] The use of illicit funds for vote buying and election rigging violates the right of citizens to participate in their own government and undermines their right to freely elect their government espoused in article 13(1) of the African Charter.[70]

IFFs breed funding for other criminal activities such as drug trafficking, illegal acquisition of weapons, terrorist financing and corruption.[71] These criminal activities further create a perception of corruption, bad governance and economic deprivation which frustrate citizens, thereby resulting in political instability in the country, region or continent. In 2011, the Arab Spring demonstrated how corruption-related IFFs can spark political instability. Massive protests broke out in Egypt, Tunisia and Libya, with the elimination of corruption being a main rallying call. The High Level Panel reported how consultations in North Africa showed frustration by participants over stolen assets moved abroad and the thorny processes to recover them.[72] Incentives and opportunities for illicit financial flows and related corruption undermine the rule of law as a result of the weakened judiciary, law enforcement and financial institutions. IFFs deprive states of resources to establish and strengthen well-equipped and independent institutions to fight financial crimes.[73]

The above discussion indicates the impact of corruption and IFFs on human rights in Africa. It has been noted correctly that 'curbing illicit financial flows will be essential for realising human rights and

67 See D Matyszak 'Zimbabwe's shady police roadblocks reflect its failing governance' 20 September 2017 *ISS Today* https://issafrica.org/iss-today/zimbabwes-shady-police-roadblocks-reflect-its-failing-governance (accessed 30 June 2018).

68 Report of the United Nations Working Group on Arbitrary Detention (16 February 2019), UN Doc A/HRC/10/21 paras 56-63.

69 Olaniyan (n 66) 233.

70 See also art 25 ICCPR.

71 Bohoslavsky (n 50) para 31.

72 High Level Panel (n 11) 51.

73 Bohoslavsky (n 50) para 32.

achieving sustainable development.'[74] Due to the undeniable link between IFFs and violations of human rights, there have been suggestions to combat these illicit flows from a human rights perspective. For instance, the Global Financial Integrity has argued that the active cooperation by states required to fight IFFs can be achieved easier by showing the real effects of IFFs on human rights. It further argued that 'the right to economic well-being is a key component of global human rights norms and IFFs are ... in distinct violation of these rights.'[75] In this sense, a rights-based approach to IFFs will demonstrate the practical impact of IFFs from developing countries whilst simultaneously invoking developed countries' moral or ethical consciousness for their complicity in human rights violations by providing safe haven for illicit funds.[76] According to a report by the United Nations High Commissioner for Human Rights,

> [r]ights violation due to corruption-related diversion of funds is particularly apparent when States cannot fulfil their minimum core obligations regarding each right. In this context, under certain conditions a successful procedure of asset repatriation might remedy the State's corruption-related failure to complying with human rights obligations. Being a component of any anti-corruption strategy, the asset-recovery process should be understood in light of the human rights framework, as part of the several efforts that States must make in order to comply with their human rights obligations.[77]

It went on to contend that a human rights-based approach to the asset-recovery process of illicit funds demands that recipient countries of IFFs should not exercise discretion over return of assets, but understand asset recovery 'as a duty derived from the obligations of international cooperation and assistance' in ensuring victim states maximise resources to the full realise the economic, social, and cultural rights of citizens.[78] Similarly, a report by the International Bar Association demonstrated the relationship between IFFs (tax abuse), poverty and human rights, and argued that both developing and developed countries should cooperate and offer technical assistance to counter IFFs in terms of the legal obligations stemming from economic, social and cultural rights.[79]

74 UN Human Rights Council 'Final study on illicit financial flows, human rights and the 2030 Agenda for Sustainable Development of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights' 15 January 2016 UN Doc A/HRC/31/61 para 4.

75 Global Financial Integrity 'Illicit financial flows, human rights, and the post-2015 Development Agenda' 1 October 2014 1 https://www.gfintegrity.org/report/illicit-financial-flows-human-rights-post-2015-development-agenda/ (accessed 30 June 2018).

76 As above.

77 UN Human Rights Council Comprehensive study on the negative impact of the non-repatriation of funds of illicit origin to the countries of origin on the enjoyment of human rights, in particular economic, social and cultural rights 14 December 2011 UN Doc A/HRC/19/42 paras 23-24.

78 Global Financial Integrity (n 75) para 26.

79 SB Cohen et al 'A report of the International Bar Association's Human Rights Institute Task Force on illicit financial flows, poverty and human rights' (2013) *International Bar Association* 115 https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=4A0CF930-A0D1-4784-8D09-F588DCDDFEA4 (accessed 3 July 2018).

Therefore, the human rights perspective to IFFs shifts the focus from figures and statistics, and shows the real impact of these illicit flows on human rights. It is without any doubt that corruption and IFFs have devastating effects on the full enjoyment, promotion and protection of human rights in Africa. The inclusion of the crimes of corruption and money laundering in the Statute of the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights indicates the human rights concern of corruption and IFFs from Africa.[80] Article 28I provides the Court with criminal jurisdiction to prosecute acts of corruption of 'a serious nature affecting the stability of a state, region or the Union.' Article 28I *bis* provides for the crime of money laundering and limits the predicate offence to corruption. However, the Statute has been criticised for not using its text to show the link between corruption and violations of human rights, despite the existence of such.[81]

To sum up, the negative effects of corruption and IFFs on human rights in Africa is well documented. It is no surprise that African governments are pushing to block this 'major leakage' of resources. Left unchecked, corruption and IFFs can trigger political instability in a country, region or the continent at large.

4 ANTI-CORRUPTION MEASURES TO COMBAT IFFS

The paper has shown the crucial role played by corruption as a source and enabler or facilitator of all sources of IFFs from Africa. Only by tackling corruption seriously can African governments and leaders be able to reduce incentives that allow IFFs to flourish.[82] Without significant anti-corruption efforts at national, regional and international levels, the problem of IFFs will remain an obstacle to sustainable development and human rights in Africa. According to Schlenther, 'reducing corruption and bribery reduces the opportunities for illicit gains and hence illicit financial flows.'[83] A study conducted by Yepes, a member of staff of the International Monetary Fund, has indicated that countries experiencing high-levels of corruption tend to

80 The yet-to-be operational African Criminal Court will have jurisdiction over 14 international and transnational crimes. The Court's criminal jurisdiction was provided by the Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights (Malabo Protocol) to which the Statute is an annexure.

81 LD Fernandez 'Corruption (article 28I) and money laundering (article 28I*bis)*' in G Werle and M Vormbaum (eds) *The African Criminal Court: a commentary on the Malabo Protocol* (2017) 105.

82 K Olaniyan 'Stemming Africa's illicit financial flows' *Premium Times* 18 February 2015 https://opinion.premiumtimesng.com/2015/02/18/stemming-africas-illi cit-finan cial-flows-by-kolawole-olaniyan/ (accessed 28 May 2018).

83 BO Schlenther 'Addressing illicit financial flows in Africa: how broad is the whole of government approach supposed to be?' (2016) 23 *Journal of Financial Crime* 1083.

struggle to comply with anti-money laundering measures, resulting in increased illicit financial outflows.[84] Poor governance manifested by generalised corruption facilitates IFFs as corrupt institutions and weak regulations make it easier to create and move illicit funds.[85] Hence, significant anti-corruption measures at national, regional and international levels are required to tackle the problem of IFFs. It is unrealistic to combat IFFs effectively without substantially reducing corruption.

The regional anti-corruption programme for 2011 to 2016 by the African Union Advisory Board on Corruption and UNECA included a special project on IFFs including establishment of the High Level Panel.[86] This indicates that there is an increasing focus on illicit financial flows as a corruption problem that allows multinational companies and individuals to employ corrupt means to loot resources from the continent. The High Level Panel recommended that IFFs become a specific component in the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, thereby bringing IFFs into the strategy of the AU Advisory Board on Corruption.[87] Specifically, it recommended the expansion of article 22 of the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, regarding the functions of the AU Advisory Board on Corruption, to include:

> Develop[ing] methodologies for analysing the nature and extent of illicit financial flows from Africa, and disseminate information and sensitize the public on the negative effects of illicit financial flows from Africa.

This recommendation shows that IFFs from Africa should best be tackled from an anti-corruption perspective. The Advisory Board, which plays an important role in promoting and encouraging the adoption of anti-corruption measures by African states, can play a greater role in combating IFFs from Africa. There are several international anti-corruption instruments that combat IFFs from Africa. The United Nations Convention against Corruption (UNCAC) is the sole global anti-corruption instrument and has been ratified by most African countries. The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption (AUCPCC) is the regional anti-corruption legal instrument in Africa. At sub-regional level, the Southern Africa Development Community Protocol against Corruption (SADC Protocol), the Economic Community of West African States Protocol on the Fight against Corruption (ECOWAS Protocol) and the draft East African Community Protocol on Preventing and Combating Corruption (EAC Protocol) have been put in place to add muscle to the fight against corruption in Africa. To begin with, these legal instruments make it

84 CV Yepes 'Compliance with the AML/CFT international standard: Lessons from a cross-country analysis' 2011 *IMF Working Paper* 19.

85 High Level Panel (n 11) 41.

86 Governance and Public Administration Division of the Economic Commission for Africa & the African Union Advisory Board on Corruption (n 44) 7, 22.

87 High Level Panel (n 11) 83.

mandatory to criminalise acts such as bribery, embezzlement of public funds and laundering of proceeds of corruption.[88] This should be the first step taken by African states to combat corruption and IFFs.

The paper proceeds to analyse anti-corruption measures which can play a significant role in combating corruption-related IFFs from Africa, with reference to the provisions of the above instruments. The measures discussed are not exhaustive; they are meant to demonstrate the importance of anti-corruption in combating IFFs.

4.1 Transparency in public procurement

According to the High Level Panel, '[n]on-transparent government procurement and supply chains can provide opportunities for corruption-related IFFs'.[89] Public officials involved in procurement processes may develop corrupt relationships with interested parties where transactions occur outside official channels and in disregard to due process. In Zimbabwe, there is an ongoing case of a business contractor who allegedly was awarded a contract by a minister with no due process and controversially received a payment of US $5 million with no significant development to show how the forward payment was used.[90] He allegedly got permission to transfer money abroad for payment of equipment which was never delivered, and this is potentially a case of IFFs from Zimbabwe through public procurement. Corruption in public procurement increases the costs of service and results in delivery of poor services. It is estimated that about US $2 trillion disappear annually from procurement budgets.[91] Corruption in public procurement dissuades fair competition as contracts are awarded to the most corrupt and politically connected firms. Corrupt firms may be incentivised by their corrupt networks to engage in further illicit activities such as tax evasion with assurance of political protection from accountability.

To reduce the risk of corruption and IFFs, the entire public procurement process should be anchored in 'integrity, transparency, accountability, fairness, efficiency and professionalism.'[92] Article 9 of UNCAC requires state parties to 'take the necessary steps to establish appropriate systems of procurement, based on transparency,

88 Arts 15-24 of the United Nations Convention against Corruption; art 4 African Union Convention on Preventing and Combating Corruption; SADC Protocol art 3; art 6 Economic Community of West African States Protocol on the Fight against Corruption and; art 3 Draft East African Community Protocol on Preventing and Combating Corruption.

89 High Level Panel (n 11) 83.

90 T Rupapa 'Chivayo remanded in custody' *Chronicle* 4 August 2018.

91 S Kuhn & LB Sherman 'Curbing corruption in public procurement: A practical guide' (2014) *Transparency International* 8 https://www.transparency.org/whatwedo/publication/curbing_corruption_in_public_procurement_a_practical_guide (accessed 10 July 2018).

92 Kuhn & Sherman (n 91) 12.

competition and objective criteria in decision-making, that are effective, inter alia, in preventing corruption.'[93] These measures include timely and public call for tenders; establishment of clear conditions for participation, selection criteria and procurement rules; objective and predetermined criteria for public procurement decisions; establishment of effective domestic review and appeal processes; and measures to regulate conduct of responsible personnel such as declaration of personal interests, screening procedures and training requirements.[94] The United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) has published guidelines on good practices to meet measures provided in the article.[95]

Political interferences constrain compliance with transparency measures in procurement processes. Politicians in many African countries involve themselves in government contract award processes despite clear measures aimed at increasing transparency in procurement. For example, the influence of former President Jacob Zuma of South Africa was used to award government tenders to Gupta family-connected businesses was in clear violation of transparency measures in public procurement.[96] The problem of political interference is aggravated by a lack of political will by the government to commit and back anti-corruption initiatives, particularly when involving corruption by powerful persons. African countries should ensure that there is no political interference in the procurement processes and must be ready to offer political backing to ensure such non-interference.

4.2 Combating private sector corruption

Over the years, '[c]entralised public sector corruption has transformed into decentralised private sector corruption' in Africa.[97] Private entities are increasingly playing significant roles in public service delivery. As a result, they have become more susceptible to corruption in a bid to secure business from the government and to maximise profits. However, there has been little focus on corruption in the private sector. Corruption in the private sector is two-fold: private-to-public corruption and private-to-private corruption. The former is the most common type of corruption which involves corruption between a

93 See also art 5(4) AUCPCC, art 4(1)(b) SADC Protocol; art 5(b) ECOWAS Protocol; art 6(2)(b) draft EAC Protocol.

94 Arts 8(1)(a)-(e) UNCAC.

95 UN Office on Drugs and Crime *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption* (2013) 7-36.

96 D Pilling & J Cotterill 'Jacob Zuma, the Guptas and the selling of South Africa' *Financial Times* 30 November 2017.

97 S Gossel 'Africa needs to develop new ways of stemming illicit financial flows' 10 May 2016 *The Conversation* http://theconversation.com/africa-needs-to-develop-new-ways-of-stemming-illicit-financial-flows-58892 (accessed 15 July 2018).

private entity and a public official. The latter involves the 'abuse of entrusted power within and/or between the economic zones under the ownership of private entities'.[98] Private-to-public corruption has received more attention than private-to-private corruption.[99] It has been contended that the former is a small component of corruption by companies as corruption within the private sector is common.[100] According to Argandona:

> The privatisation of many publicly owned companies has shifted onto the private sector problems that previously were seen as belonging exclusively to the area of private-to-public corruption. In fact, the distinction between private-to-public and private-to-private corruption is increasingly coming to be seen as irrelevant.[101]

Private sector corruption may be in the form of bribery, extortion or solicitation, dubious commissions and gifts, facilitation payments, favouritism, illegitimate use or trading of information, and undue influence for private gain, among other forms.[102] In South Africa, a leading private firm Steinhoff was involved in 'accounting irregularities', a form of private sector corruption, which was aimed at recording losses in the company and thereby making it easier to externalise funds.[103] Article 12 of UNCAC provides for state parties to implement preventive measures in the private sector, including measures for transparent accounting and auditing practices.[104] Accounting which shows financial activities of an entity, and auditing which checks or monitors the accuracy of accounting, provide great potential to establish accountability and to detect of corrupt activities.[105] Preventing abuse of power by private entities for unethical accounting and auditing will reduce 'cooking of books' and illicit flows associated with the practice. Therefore, there is need for an increased focus on combating private sector corruption to reduce any abuse of power, accounting irregularities or 'cooking of books' by corporations leading to IFFs.

4.3 Protection of whistle-blowers and reporting persons

Exposing, reporting and adducing evidence of corruption pose a serious risk to one's life or wellbeing. Journalists, whistle-blowers, anti-

98 MT Tessema & R Koen 'The problem of private-to-private corruption' (2017) 1 *Journal of Anti-Corruption Law* 155.

99 *See* IM Carr 'Fighting corruption through regional and international conventions: A satisfactory solution?' (2007) 15 *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice* 131; A Argandona 'Private-to-private corruption' (2003) 47 *Journal of Business Ethics* 253.

100 D Hess 'Corruption in the value chain: Private-to-private and private-to-public corruption' in D Zinnbauer *et al Global Corruption Report: Corruption and Private Sector* (2009) 19.

101 Argandona (n 99) 254.

102 Argandona (n 99) 255-257.

103 A Lungisa 'The Steinhoff debacle – the biggest fraud in SA history' *Daily Mavericks* 13 December 2017.

104 See also arts 5(4) & 11 AUCPCC, arts 4(1)(c) & (h) SADC Protocol; art 5(f)) ECOWAS Protocol.

105 See J Everett 'Accounting and the global fight against corruption' (2007) 32 *Accounting, Organisations and Society* 513–542.

corruption campaigners, human rights defenders and law enforcement officials involved in fighting corruption are frequent victims of death threats, draconian arrests and enforced disappearances. For example, a whistle-blower in the Democratic Republic of the Congo reported suspicious transactions between the president's family owned bank and other close organisations, and was forced to flee the country after the president's brother threatened to end his life.[106] Paragraph 93 of the UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression noted that journalists covering corruption and organised crimes are in particular danger of violence.[107] According to the Committee to Protect Journalists, between 1992 and 2018, 270 journalists covering corruption cases have been murdered worldwide.[108] A report by Reporters Without Borders indicated that for the period from 2000 to 2010, at least 141 journalists were killed covering organised crime, which is another major source for illicit financial flows.[109]

Hence, effective legal measures to protect *bona fide* whistle-blowers and reporting persons play a crucial role in combating corruption and related IFFs. Employees in the public sector, banks, financial institutions, tax and revenue authorities, and private entities should be protected by law for exposing corruption and any illegal movement of money. All major international anti-corruption instruments require states parties to establish measures to protect whistle-blowers against any disadvantages suffered as a result of reporting the misdeed.[110] The mechanism should provide protection from retaliation and against any criminal or civil liability which may be instituted against the whistle-blower, ensure the confidentiality of information, allow for anonymous reporting, and provide sanctions for false or malicious reporting.

African countries have been reluctant to establish legal frameworks to protect whistle-blowers. Where laws have been established, protection mechanisms have fallen short of international standards or best practices. For example, South Africa established laws on protection of whistle-blowers and reporting persons in 2000.[111] However, it was not backed by political commitments to protect

106 Platform to Protect Whistle-blowers in Africa 'Bank revelations that weaken DRC's President's hold on power', https://pplaaf.org/whistleblowers/jean-jacques-lumum ba.html (accessed 5 August 2018).

107 Frank La Rue 'Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression' (4 June 2012), UN Doc A/HRC/20/17.

108 Committee to Protect Journalists '1313 journalists killed between 1992 and 2018 / motive confirmed' https://cpj.org/data/killed/?status=Killed&motiveConfirmed%5B% 5D=Confirmed&type%5B%5D=Journalist&start_year=1992&end_year=2018&group_by=year (accessed 5 August 2018).

109 Reporters Without Borders '"Muscling in on the media" – a Reporters Without Borders look at organised crime' (24 February 2011), https://rsf.org/en/reports/muscling-media-reporters-without-borders-look-organized-crime (accessed 5 August 2018).

110 Art 13 UNCAC; arts 4(1)(e)&(f) SADC Protocol; art 5(c) ECOWAS Protocol; art 6(2)(f) Draft EAC Protocol.

111 Protected Disclosures Act 26 of 2000.

whistle-blowers of grand corruption. For example, Mosilo Mothepu faced malicious criminal and civil lawsuits for reporting the corrupt relationship between former President Jacob Zuma and the Gupta family, and was unemployed for a long time as organisations regarded her as a 'political risk'. [112] The Protected Disclosures Act was amended in 2017 and it introduces immunity to a whistle-blower from civil or criminal liability arising from any protected disclosure regardless of any prohibition by law, oath, contract, practice or agreement requiring him or her to maintain confidentiality.[113]

4.4 Assets declarations

To reduce corruption and to increase transparency, the wealth of African politicians and senior public officials should be subject to immense scrutiny. Asset declaration by senior public officials is an important anti-corruption tool. A declaration regime serves to prevent any conflict of interests, and most importantly, it monitors unexplained wealth by declarants. In countries like Zimbabwe, lifestyles of many politically-exposed persons cannot be sustained by their income, and the problem has been aggravated by lack of an asset declaration regime.[114] The declaration allows civil society, media, law enforcements agents and financial institutions to monitor and detect any movement of assets or an increase in the estate of the declarants which cannot be reasonably explained by his or her lawful income.

According to the High Level Panel, African governments can help financial institutions to monitor activities of politically-exposed persons (PEPs) by providing lists of PEPs, asset declarations filed by PEPs and the legal position on the prohibition or restriction of PEPs ability to hold financial accounts abroad.[115] Asset declarations as an anti-corruption tool is recognised and provided by several anti-corruption instruments.[116] An effective assets declaration regime should ensure that declarations are made public, verifiable by the public, with effective sanctions for non-compliance. To combat IFFs, asset declarations requirements should be extended to tax and customs officials susceptible to corruption and IFFs.

The main challenges to asset declaration regimes in many African states are the lack of public access to declarations,[117] unverified

112 M Merten 'State Capture: In Parliament, Mosilo Mothepu lifts the lid on the machinations of State Capture at Eskom' *Daily Maverick* 1 November 2017.

113 Sec 9A Protected Disclosures Amendment Act 5 of 2017.

114 J Duri 'Assets declarations by public officers in Zimbabwe as an anti-corruption tool' unpublished LLM thesis, University of the Western Cape, 2016 at 2 (on file with the author).

115 High Level Panel (n 11) 84.

116 Art 8(5) UNCAC; art 7(1) AUCPCC; art 5(g) ECOWAS Protocol; art 6(2)(i) Draft EAC Protocol.

117 See D Kotlyar *et al* 'Asset declarations: A threat to privacy or a powerful anti-corruption tool?' (2016) http://www.worldbank.org/en/news/opinion/2016/09/26/asset-declarations-a-threat-to-privacy-or-a-powerful-anti-corruption-tool (accessed 4 August 2018).

declarations and the lack of sanctions for violation of the declaration regime.[118] For example, in Malawi, assets declarations are submitted with the declaration office and are available to the public upon request.[119] This hinders effectiveness of public monitoring as requests can be denied or can be subject to unnecessary delays. According to an academic research, public disclosures are usually associated with lower levels of corruption as there is more transparency and close monitoring by the public.[120] The lack of verification of declarations affects the effectiveness of the anti-corruption tool as declarants may deliberately make false declarations. This is particularly true when there are no effective sanctions for non-compliance with the declaration requirements. Therefore, African states should establish asset declaration regimes which require public declarations, subject to verification and with effective sanctions for non-compliance.

4.5 Regulation of beneficial ownership

Due to enhanced measures to combat money laundering and terrorist financing by financial institutions, criminals have turned to corporations as vehicles to conceal their proceeds. They abuse the legal personality of corporations to hide the proceeds of crime and not to reveal themselves as beneficial owners. A beneficial owner is the natural person who 'ultimately owns, controls or benefits from a company or trust fund and the income it generates'.[121] The Panama Papers is a typical example of how companies may be abused by corrupt persons to operationalise corrupt agreements or to launder stolen funds.[122] A study by the World Bank revealed that in 213 grand corruption investigations it reviewed, 150 cases involved the misuse of corporate vehicles that concealed, at least in part, beneficial owners in order to disguise the origins of stolen funds.[123] The absence of information on beneficial owners helps corrupt persons to escape liability for misusing corporations as conduit for their illegal activities.

Transparency on beneficial ownership of corporate vehicles is key to the fight against corruption and IFFs. Criminals should find it difficult to hide behind corporate vehicles to engage in corruption or to conceal proceeds of corruption. The Financial Action Task Force has been leading the fight against money laundering through corporate

118 M Chene 'African experience of asset declarations' (2008) 3 https://www.u4.no/publications/african-experience-of-asset-declarations/ (accessed 4 August 2018).

119 Secs 14-17 of the Public Officers (Declaration of Assets, Liabilities and Business Interests) Act 22 of 2013.

120 S Djankov 'Disclosure by politicians' (2016) *National Bureau of Economic Research Paper* 24, http://www.nber.org/papers/w14703 (accessed 4 August 2018).

121 Transparency International 'Beneficial ownership secrecy' https://www.transparency.org/glossary/term/beneficial_ownership (accessed 6 August 2018).

122 The Panama Papers are 11.5 million secret files which revealed how political leaders and prominent figures around the world misuses corporate vehicles to hide their ill-gotten assets and to avoid taxes https://www.icij.org/investigations/panama-papers/ (accessed 6 August 2018).

123 Van der Does de Willebois (n 39) 117.

vehicles. The 40 Recommendations, which countries should adhere to, provide important guidelines on transparency and the beneficial ownership of legal persons. Recommendations 24 and 25 provide that countries should establish measures requiring adequate, accurate and timely information on the beneficial ownership and control of legal persons and arrangements which is obtainable and accessible in timely fashion by competent authorities. Articles 12(2) and 14(1)(a) of UNCAC require state parties to establish comprehensive domestic regulatory and supervisory regimes for banks and other financial institutions, and designate individuals to identify natural persons who are the ultimate beneficiaries of legal persons to prevent laundering of proceeds of corruption. Article 52 provides hortatory obligations on state parties to require financial institutions to verify the identity of beneficial owners of high-value accounts, to enhance scrutiny of accounts held by or on behalf of politically-exposed persons, and to share such information with authorities of other countries when necessary to investigate, claim and recover proceeds of corruption.

To combat corruption-related IFFs, African countries should establish mandatory public registers containing names of beneficial owners of companies and trusts. Corrupt persons would find it difficult to misuse these corporate vehicles where their names are registered as ultimate beneficiaries. What is more, it would make it easier to trace proceeds of corruption by law enforcement officials. The easy identification of beneficial owners would increase financial transparency and lessen corruption and related-IFFs. Also, beneficial ownership information must be required in all assets declarations by public officials in order to ascertain all natural persons with a financial interest in assets declared by the official.

The main challenge has been the reluctance by African countries to establish laws regulating beneficial ownership measures. It is only recently that countries are starting to pay attention to importance of beneficial ownership regime, with Kenya[124] South Africa [125] Zambia[126] all introducing beneficial ownership measures only last year. Some countries like Zimbabwe do not have comprehensive laws regulating beneficial ownership regardless of having amended its anti-money laundering laws recently.[127] Therefore, there is need for African countries to establish beneficial ownership transparency measures which will prohibit the use of shell companies and compel all legal persons and arrangements to reveal the identity of beneficial owners.

4.6 Asset recovery

Asset recovery forms an integral part of the international fight against corruption and IFFs. It is one of the fundamental pillars of UNCAC, and

124 Sec 8 Companies (Amendment) Act 28 of 2017.

125 Secs 21, 21A & 21B Financial Intelligence Centre Amendment Act 1 of 2017.

126 Sec 21 of the Companies Act 10 of 2017.

127 See J Duri & MA Matasane 'Regulation of beneficial ownership in South Africa and Zimbabwe' (2017) 1 *Journal of Anti-Corruption Law* 179-188.

States Parties have an obligation to 'afford one another the widest measure of cooperation and assistance' in recovering ill-gotten assets.[128] It is a common trait for corrupt elite in Africa to stash their stolen assets in the developed world. Western powers have been complicit in the fight against corruption and IFFs from Africa as their secrecy jurisdictions have allowed proceeds of crime to be laundered in their financial system with impunity. The aims of asset recovery are to deprive offenders of the opportunity to enjoy the fruits of corruption and to return stolen assets to the victim country. It can supplement resources in victim country to be used for development and provide a powerful deterrent as well justice to the affected society.[129]

The entire Chapter V of UNCAC contains comprehensive provisions on asset recovery. Essentially, there are two forms of asset recovery: conviction-based asset recovery and non-conviction based asset recovery. The former follows after the prosecution and conviction of a person engaged in corruption. Whereas the latter does not require a criminal conviction, and it usually becomes applicable when the conviction based proceeding is not possible or not desirable.[130] This may be the result of death, flight of the perpetrator, immunity enjoyed by the offender or any other reasonable grounds. Non-conviction based asset recovery processes are more effective than conviction based asset recovery as civil proceedings require a lower standard of proof compared to a criminal prosecution. According to the High Level Panel,

Countries that have been the most successful in tracing, freezing and repatriating stolen assets have legal frameworks that allow asset forfeiture and civil prosecutions without requiring criminal prosecution of the offender.[131]

Asset recovery is usually transnational, and involves requesting of assistance between governments, different legal systems, police forces and political processes. Efficient international cooperation and rapid exchange of information between countries is needed for successful recovery of stolen assets. The importance of mutual legal assistance (MLA) has been stressed out in article 55 of UNCAC which requires States Parties to provide one another legal assistance 'to greatest extent possible.'

Despite comprehensive provisions on asset recovery, little progress has been made to return stolen assets back to Africa. A report by the World Bank indicated that between 2006 and 2012, OECD countries managed to return only US $ 423 million? out of the US $ 2.623 billion frozen assets, with an estimated amount of US $ 130 billion of corruption-related IFFS stashed in the countries.[132] In Nigeria, authorities have been trying to recover funds stolen by former President Sani Abacha during his time in office. At one point, the frustrations in legal processes led to the authorities agreeing to give US

128 Art 51 UNCAC. See also art 16 AUCPCC.
129 High Level Panel (n 11 above) 36.
130 Art 54(1)(c) UNCAC.
131 High Level Panel (n 11) 47.
132 L Gray *et al Few and far: The hard facts on stolen asset recovery* (2014) 21.

$ 105 million of stolen money back to the Abacha family as part of a deal to repatriate stolen assets.[133] Last year, the Swiss government agreed to return US $ 321 million of stolen money acquired by the Abacha family.[134]

Large amounts of stolen assets are yet to be returned to the requesting states in Africa as a result of several barriers including secrecy jurisdictions, reluctance by requested states and lack of expertise in asset recovery processes. Banking secrecy laws in certain jurisdictions that allow banks to refuse to divulge information about their customers hinder the recovery of stolen assets.[135] Law enforcement officials may only access the information by obtaining a judicial order. As a result of secrecy laws, officials are barred from effectively investigating and collecting evidence useful for asset recovery processes. Requested states may refuse a request citing reasons of insufficient information or evidence to justify search for and communication of documents.[136] Additional to secrecy laws, anonymous identity of the beneficial owner of some accounts in these jurisdictions makes it difficult to recover the assets. Assistance is denied on grounds such as lack of trust between two countries, difference in legal traditions, lack of a non-conviction based asset recovery legal framework and the inability to enter into plea agreements and immunity enjoyed by perpetrators.[137] The Human Rights Council has urged cooperation between requesting and requested States in the recovery of proceeds of corruption and 'to demonstrate strong commitment to ensuring the return or disposal of such assets' to the countries of origin, to their prior legitimate owners or to the victims of the crime.[138]

Asset recovery processes are usually expensive and developing countries have scarce resources. As a result, there are inadequate and poorly trained personnel, under resourced asset recovery institutions and lack of knowledge and experience by prosecutors and judges to facilitate and expedite the return of stolen assets. Incompetent asset recovery team will lack effective coordination and effective channels for transmission of MLA requests and follow-up communication.[139]

To counter problems faced in the asset recovery processes, African countries should pursue bilateral and multilateral mutual legal

133 DU Enweremadu 'Nigeria's quest to recover looted assets: The Abacha affair' (2013) 48 *Africa Spectrum* 63.

134 World Bank 'World Bank monitoring of repatriated Abacha funds' (4 December 2017), https://www.worldbank.org/en/news/factsheet/2017/12/04/world-bank-moni toring-of-repatriated-abacha-funds (accessed 7 August 2018).

135 KM Stephenson *Barriers to asset recovery: An analysis of the key barriers and recommendations for action* (2011) 58.

136 Stephenson (n 134) 58.

137 Stephenson (n 134) 19, 47, 66, 69 & 71.

138 Resolution 34/11: Resolution on the negative impact of the non-repatriation of funds of illicit origin to the countries of origin on the enjoyment of human rights, and the importance of improving international cooperation, Adopted by the UN Human Rights Council at its 34th Session held in Geneva, Switzerland, from 27 February - 24 March 2017 UN Doc A/HRC/RES/34/11.

139 Stephenson (n 134) 37.

assistance arrangements. These should be legally-binding between the contracting countries and place an obligation on state parties to provide mutual legal assistance when requested and outline the procedures to follow. Article 59 of UNCAC places an obligation for state parties to consider concluding bilateral or multilateral agreements or arrangements for asset recovery purposes. Such agreements make it easier for cooperation as there will be mutual understanding between states and clear guidelines on the procedure to be followed. They lessen grounds for refusal to cooperate by requested states.

4.7 Interagency cooperation

The High Level Panel recommended that African countries 'create methods and mechanisms for information sharing and coordination among the various institutions and agencies of government responsible for preventing IFFs'.[140] Usually, different agencies have overlapping mandates and pulling resources and information together help to combat corruption and IFFs. For instance, anti-corruption agencies, financial intelligence centres and police departments may pursue a suspicious transaction linked to corruption, and sharing information may speed up investigations or prosecution. Dealing effectively with the problem of corruption and IFFs requires authorities within a country to work better and to become more co-operative. Strong and effective interagency co-operation between anti-corruption commissions, tax and revenue authorities, anti-money laundering agencies, and law enforcement agencies is key to combating the creation and flow of illicit funds, particularly with regards to sharing of information related to corruption and IFFs. Article 38 of UNCAC provides for state parties to establish measures to encourage cooperation between state authorities and with public officials, including information about a suspected act of corruption and to provide necessary information when requested. Hence, African countries should establish legal frameworks requiring cooperation between various state institutions for effective combating of corruption and IFFs

Interagency cooperation is usually limited due to financial, technological and human resources challenges faced by these agencies. According to UNECA, institutions face 'significant challenges stemming from lack of knowledge, poor data, corrupt practices, capacity constraints and limitations in enforcement capabilities'.[141] These challenges weaken institutions and their cooperation is futile. Strong institutions threaten opportunities for politicians and senior officials to engage in criminal activities and to move their assets abroad successfully. There may be lack of genuine political will to provide the necessary resources to build strong and independent institutions. To combat corruption and IFFs, there is need for strong, independent and well-resourced institutions that can share information and cooperate

140 High Level Panel (n 11) 82.
141 UNECA (n 29) 10.

without any political interference when investigating or sharing information on senior public officials or politicians.

5 CONCLUSION

The declaration of 2018 as anti-corruption year in Africa is apt. It comes at a time when the continent is plagued with economic crime costing it billions of dollars every year. Corruption plays a crucial role in IFFs from Africa. It contributes directly to IFFs with huge amounts of proceeds of corruption stashed outside Africa, and it facilitates or enables all other sources of IFFs. Drainage of resources has resulted in stagnant development, limiting the government's ability to fulfil social, economic and cultural rights of citizens. Corruption and IFFs do not spare civil and political rights, and may undermine state institutions and the rule of law making fertile ground for political instability.

African states commitment to fight corruption should include combating IFFs as a priority. Effective anti-corruption measures can play a crucial role in reducing IFFs. The paper has highlighted key anti-corruption measures in a bid to illuminate how anti-corruption measures may play a pivotal role in combating IFFs. These measures include transparency in procurement, regulation of beneficial ownership, assets declarations, protection of whistle-blowers, increased focus on private sector corruption, effective asset recovery regime and enhancing inter-agency cooperation. However, combating corruption and IFFs requires political will on the part of African governments to ensure effectiveness of anti-corruption measures. There is need for genuine political commitment and backing of anti-corruption tools to add muscle to the fight against corruption and IFFs. Without demonstrated political will at national and regional level, anti-corruption measures 'become empty gestures, or camouflage for continued abuses.'[142] Therefore, the declaration of the anti-corruption year in Africa should be followed by genuine political backing of transparency and accountability measures. Countries should be encouraged to ratify legal instruments such as the AUCPCC and sub-regional instruments, and they should ratify the Malabo Protocol, so as to expedite the operation of the African Chamber, which will prosecute corruption and money laundering. Maximising domestic resource mobilisation required for sustainable development and the fulfilment and protection of human rights in Africa is only possible if African countries add much-needed muscles to the fight against corruption.

142 M Johnston & SJ Kpundeh 'Building a clean machine: anti-corruption coalitions and sustainable reform' (2004) *World Bank Policy Research Working Paper 3466* 4.

L'hydre de la corruption dans les relations euro-africaines

*Adam Abdou Hassan**

RÉSUMÉ: La corruption est une thématique ancienne qu'on retrouve dans les relations entre l'Europe et l'Afrique. Comme une hydre, les multiples tentatives juridiques pour prévenir et combattre la corruption dans ces relations demeurent ineffectives. Les États européens, de l'Union européenne, et les États africains, membres du Groupe Afrique Caraïbes Pacifique (ACP), admettent même que seuls les cas « graves » de corruption peuvent impliquer des sanctions d'une partie contre une autre pour non-respect de la bonne gestion des affaires publiques. Comme dans le cadre de la défense de certains droits de l'homme par l'Union européenne en Afrique, la lutte contre la corruption est entachée de considérations stratégiques. Avec le lancement des négociations, en 2018, entre l'Union européenne et l'Union africaine pour un accord devant régir leurs relations en 2020, la lutte contre la corruption dans les relations euro-africaines tentent de se réinventer à nouveau.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The hydra of corruption in Euro-African relations

ABSTRACT: Corruption is a theme that has long recurred in the relations between Europe and Africa. Despite multiple legal attempts to prevent and fight corruption it has like a hydra kept on raising its head. European states, the European Union, and African states that are members of the Africa, Caribbean and Pacific Group of states (ACP), even admit that only 'serious' cases of corruption can involve sanctions for non-compliance with the principles of good governance by one party against the other. As is the case with the protection of some human rights by the European Union in Africa, the fight against corruption is tainted by strategic considerations. With the launch of negotiations in 2018 between the European Union and the African Union for an agreement to govern their relations in 2020, there is an opportunity for the fight against corruption in Euro-African relations to be reinvented.

MOTS CLÉS: corruption, droits de l'homme, bonne gestion des affaires publiques, ACP-UE, Union européenne, Union africaine, Accord de Cotonou, Clause « élément fondamental »

* Docteur en droit public, ATER à l'Université de Rouen-Normandie, Membre de l'Institut Nigérien d'Études Stratégiques et Internationales (INESI), adam.abdou-hassan@univ-rouen.fr, adam.abdou@inesi-niger.org

A Abdou Hassan 'L'hydre de la corruption dans les relations euro-africaines' (2018) 2 *Annuaire africain des droits de l'homme* 347-374
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a15

SOMMAIRE:

1 Introduction 348
2 Un cadre juridique séduisant de lutte contre la corruption dans les relations euro-africaines 352
2.1 La conditionnalité négative ou l'idée de sanctions économiques 353
2.2 Le dispositif de lutte contre la corruption des articles 9 et 97 de l'accord de Cotonou 355
3 L'effectivité et l'efficacité relative de la lutte contre la corruption dans les relations euro-africaines 359
3.1 L'unique application du dispositif des articles 9 et 97: le cas du Libéria 360
3.2 L'exclusion contemporaine de l'application de la clause « élément fondamental » 364
4 La nouvelle dynamique de lutte contre la corruption dans les relations euro-africaines 370
4.1 Les apports du dernier partenariat stratégique UE-UA 370
4.2 Les apports des négociations conventionnelles visant à remplacer l'accord de Cotonou 372
5 Conclusion 374

1 INTRODUCTION

Existant aussi bien dans les pays riches que dans les pays en voie de développement, la corruption remet en cause la qualité des institutions publiques. Il s'agit d'un phénomène social contemporain à l'humanité et présent dans toutes les sociétés.[1] La notion n'est pas éloignée de l'idée d'abus par le dépassement d'un droit ou l'usage d'un droit sans respecter les règles prescrites pour cette action.[2] En droit international public, elle est appréhendée principalement sous deux angles. Dans un premier temps, il s'agit d'un comportement visant à infléchir le consentement d'une des parties à la négociation à l'égard du représentant d'une autre partie, par des promesses d'avantages personnels.[3] Dans un deuxième temps, en droit international pénal, la corruption renvoie à la fourniture directe ou indirecte de tout bien, somme d'argent, de protection ou d'avantage, en vue d'obtenir un certain type de comportement, de décision ou d'abstention, de la part d'une personne investie d'un pouvoir de décision publique ou privée.[4] La corruption est une thématique permettant d'appréhender la complexité et l'ambiguïté des relations entre l'Union européenne et les États africains.

En droit international des traités, la corruption devient, à partir de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités,[5] un vice

1 M S J Mgba Ndji 'La lutte contre la corruption au Cameroun: un effort inachevé' (2018) 1 *Revue internationale de droit comparé* 160. Voir aussi C Mattina & F Monier 'Introduction' in C Mattina et al *Dénoncer la corruption: chevaliers blancs, pamphlétaires et promoteurs de la transparence à l'époque contemporaine* (2018) 23-27.

2 F-X Ribordy 'Abus' in A-J Arnaud (dir) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (1993) LGDJ 1.

3 'Corruption' in J Salmon (ed) *Dictionnaire de droit international public* (2001) 275.

4 *Id.* 275-276. Certains instruments distinguent la corruption active et la corruption passive en plus de la corruption transnationale.

5 Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, vol. 1155 *RTNU* I-18232.

du consentement par une création de « toutes pièces » par la Commission du droit international.[6] L'article 50 de la convention de 1969, reprise par la convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales,[7] intègre la corruption par une action directe ou indirecte d'un représentant étatique ou d'une organisation internationale, pour l'obtention de son consentement à être lié par un traité, comme une irrégularité substantielle pouvant entraîner la nullité du traité. Cet aspect « délictuel » ou frauduleux implique la nullité du traité même si la corruption ne constitue qu'un aspect marginal du consentement. Toutefois, face aux difficultés de prouver la corruption, la pratique internationale n'offrant pas des exemples dans ce domaine, les sujets de droit international (États et organisations internationales) préfèrent se pencher sur la corruption dans les ordres juridiques internes par la promotion de diverses conventions. Les impulsions pour le combat et l'éradication de la corruption se trouvent ainsi dans les agendas internationaux et régionaux. Les principaux instruments internationaux et régionaux pour lutter contre la corruption concernent la convention des Nations Unies contre la corruption,[8] la convention interaméricaine contre la corruption,[9] la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne,[10] la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de l'Organisation de coopération et de développement économiques,[11] la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe,[12] la convention civile sur la corruption du Conseil de

6 P Daillier, M Forteau & A Pellet *Droit international public* (2009) 217.

7 Du 21 mars 1986, non encore entrée en vigueur.

8 Du 31 octobre 2003 (en vigueur depuis le 14 décembre 2005) vol. 2349 *RTNU* 41.

9 Du 29 mars 1996 (en vigueur depuis le 6 mars 1997), voir http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption_signatories.asp (consulté le 25 octobre 2018). Voir aussi E Hansbury & B Duhaime 'Les enjeux de la corruption sur le continent américain: une réflexion sur le rôle du système interaméricain de protection des droits humains dans la consolidation des politiques de lutte contre la corruption' (2015) 52 *Annuaire Canadien de droit international* 77.

10 Du 26 mai 1997, JO 25/6/1997 n° C 195 2 (en vigueur depuis le 28 septembre 2005). Voir aussi F Gouttefarde & E Ahipeaud 'Les politiques de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption' in D Dormoy (dir) *La corruption et le droit international* (2010) 85-88.

11 Du 17 décembre 1997 (en vigueur depuis le 15 février 1999), voir http://www.oecd.org/fr/corruption/conventionsurlaluttecontrelacorruptiondagentspublicsetrangersdanslestransactionscommercialesinternationales.htm (consulté le 25 octobre 2018). Voir aussi P Cavalerie 'La convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales' (1997) 43 *Annuaire français de droit international* 609.

12 Convention n° 173, adoptée le 27 janvier 1999 (en vigueur depuis le 1er juillet 2002). Voir https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173 (con-sulté le 25 octobre 2018).

l'Europe,[13] ou encore la convention sur la prévention et la lutte contre la corruption de l'Union africaine.[14]

Ainsi, la lutte contre la corruption est devenue une « préoccupation importante de la communauté internationale ».[15] Pour les institutions européennes comme le Parlement européen, « la corruption entrave l'efficacité de l'aide et, par conséquent, sape les objectifs de développement de l'Union européenne et ralentit le rythme de développement dans les pays partenaires de l'Union européenne ».[16] Dès lors, le combat contre la corruption est projeté dans les relations extérieures de l'Union. Procédant à une « disqualification des fictions démocratiques »,[17] elle a des conséquences sur le respect des droits de l'homme, l'État de droit, la démocratie et la bonne gouvernance.[18] Elle représente, selon la Commission européenne, la « première entrave » à la bonne gestion des affaires publiques.[19] Ces considérations ont poussé les Communautés européennes, puis l'Union européenne, a abordé la thématique de la corruption dans ses relations avec les États africains sous le prisme de la bonne gestion des affaires publiques principalement et de la bonne gouvernance.[20]

Ces relations sont principalement régies par des sources conventionnelles issues du cadre des relations entre deux organisations internationales, le Groupe des États Afrique, Caraïbes, Pacifique (ACP) et l'Union européenne (UE)[21] – Accords ACP-UE de Lomé et de

13 Convention n° 174, adoptée le 4 novembre 1999 (en vigueur depuis le 1 novembre 2003). Voir https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174 (consulté le 25 octobre 2018).

14 Adoptée le 12 juillet 2003 (en vigueur depuis le 5 août 2006). Voir https://au.int/en/treaties/african-union-convention-preventing-and-combating-corruption (consulté le 25 octobre 2018). Voir aussi M Sinjela 'La convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption' in A A. Yusuf, F Ouguergouz (dirs) *L'Union africaine: cadre juridique et institutionnel. Manuel sur l'Organisation Panafricaine* (2013) 257-265.

15 n 6, 217.

16 Résolution du Parlement européen du 6 avril 2006, sur 'l'efficacité de l'aide et la corruption dans les pays en développement (2005/2141(INI))' P6_TA(2006)0141 Point C.

17 A Garapon 'La peur de l'impuissance démocratique' (2014) 2 *Esprit* 26.

18 Commission du développement *Avis du 2 juin 2017 à l'intention de la commission des affaires étrangères, Sur la corruption et les droits de l'homme dans les pays tiers (2017/2028(INI))* Parlement européen DEVE Rapporteur pour avis: Stelios Kouloglou AD\1126899FR.docx PE602.794v02-00 3-5. Voir aussi Committee on development Opinion of 25 april 2013 for the Committee on Foreign Affairs *On corruption in the public and private sectors: the impact on human rights in third countries (2013/2074(INI))* European Parliament DEVE Rapporteur: Michal Tomasz Kaminski AD\940957EN.doc PE510.602v02-00 3-4.

19 Commission européenne Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 12 mars 1998 *Démocratisation, État de droit, respect des droits de l'homme et bonne gestion des affaires publiques:: les enjeux du partenariat entre l'Union européenne et les ACP* COM (1998) 146 final 9 et 11.

20 A Abdou Hassan *Les droits de l'homme dans les relations entre l'Union européenne et les États de l'Afrique subsaharienne* (2018) Thèse, Université de Rouen Normandie 379.

21 Ce cadre touche les États de l'Afrique subsaharienne et non tous les États africains (concernant les États d'Afrique du Nord, leurs relations avec l'Union interviennent dans le cadre de la Politique européenne de voisinage). Après les

Cotonou –, mais également par des sources non conventionnelles comme des actes concertés non conventionnels (entre l'UE et l'Union africaine), le partenariat stratégique UE-Union africaine (UA).[22]

Dans ce cadre conventionnel et non conventionnel, le phénomène de la corruption se présente comme une hydre[23] avec une corruption active ou passive des fonctionnaires publics, dans divers services publics, entraînant une perte des recettes étatiques, une mauvaise gouvernance, le manque de confiance aux institutions étatiques et ainsi la remise en cause du lien entre le citoyen et l'État.[24] Dès lors, l'Union, qui a pour ambition de renforcer les institutions étatiques subsahariennes, va promouvoir et exiger le respect d'une gestion saine des institutions publiques subsahariennes.[25]

Si le cadre non conventionnel est incitatif par l'adoption d'instruments de droit souple sur la bonne gouvernance,[26] le cadre conventionnel met en place une clause de conditionnalité dont le non-respect peut entraîner des sanctions économiques ou le retrait de l'aide publique au développement.[27] Toutefois, le statut simplement

conventions de Lomé, l'accord de Cotonou (2000-2020) régit actuellement les relations entre les deux groupes. Voir JO 30/01/1976 n° L 25 2 (Lomé I, signée le 28 février 1975, entrée en vigueur le 28 février 1976); JO 22/12/1980 n° L 347 1 (Lomé II, signée le 31 octobre 1979, entrée en vigueur le 1er janvier 1981); JO 31/03/1986 n° L 86 3 (Lomé III, signée le 28 décembre 1984, entrée en vigueur le 1er mai 1986); JO 17/08/1991 n° L 229 3 (Lomé IV, signée le 15 décembre 1989, entrée en vigueur en 1990, la convention est révisée en 1995 par un accord conclu à Maurice le 4 novembre 1995, entré en vigueur le 29 mai 1998, JO 29/05/1998 n° L 156 3.); JO 15/12/2000 n° L 317 3 (accord de Cotonou, signé le 23 juin 2000, entré en vigueur le 1 avril 2003. Une première révision de l'accord est intervenue en février 2005, entrée en vigueur le 1er juillet 2008, JO 11/08/2005 n° L 209 27. Une seconde révision est intervenue à Ouagadougou (Burkina Faso), le 23 juin 2010. JO 4/11/2010 n° L 287 3).

22 Il s'agit de déclarations officielles entre l'UE et l'UA à la fin de sommets triennaux, accompagnées souvent de plans d'action. Voir par exemple Sommet Afrique-Europe, Le Caire, 3 et 4 avril 2000, 'Plan d'action du Caire' SN 107/4/00 REV 4, 14; Sommet Union africaine-Union européenne 'Declaration: Investing in youth for accelerated inclusive growth and sustainable development' Abidjan, AU-EU/Decl.1(V), 29-30 novembre 2017, 13. Voir aussi Secrétariat général du Conseil *Le partenariat stratégique Afrique-Union européenne: relever ensemble les défis d'aujourd'hui et de demain* (2011) Office des publications officielles de l'Union européenne 161.

23 Dans la mythologie grecque, il s'agit d'un animal dont la tête repousse après avoir été coupée, comme l'hydre de lerne (un serpent à plusieurs têtes qu'on ne peut vaincre qu'en coupant toutes les têtes à la fois).

24 Voir F Gouttefarde & E Ahipeaud 'Les politiques de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption' in D Dormoy (dir) *La corruption et le droit international* (2010) 77.

25 Voir l'article 33 'Développement institutionnel et renforcement des capacités' de l'accord de Cotonou. Les parties relèvent la nécessité d'une 'lutte contre la corruption à tous les niveaux de la société' (para 2).

26 Et non sur la bonne gestion des affaires publiques. Voir par exemple Conseil de l'Union européenne 'Le partenariat stratégique Afrique-UE: une stratégie commune UE-Afrique' Lisbonne, 9 décembre 2007, 16344/07 (Presse 291), http://register. consilium.europa.eu/doc/srv?l=FR&f=ST%2016344%202007%20INIT (consulté le 25 octobre 2018). Voir aussi J Mangala 'Africa-EU partnership on democratic governance and human rights' in J Mangala (dir) *Africa and the European Union: a strategic partnership* (2013) 69-92.

27 La conditionnalité peut être entendue comme, 'l'idée de soumettre un droit ou

« fondamental » de la clause de conditionnalité dans les relations euro-africaines dénote son importance moindre comparativement au respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit qui constituent des « éléments essentiels » de l'accord et dont la mise en œuvre demeure normative. En effet, seuls « les cas graves de corruption, active et passive » de l'article 9(3) de l'accord de Cotonou constituent une violation de « l'élément fondamental », conformément à l'article 97 du même accord intitulé « procédure de consultation et mesures appropriées concernant la corruption ». Dès lors, les cas de corruption dans les relations euro-africaines n'ont été que très rarement sanctionnés. Se pose ainsi la question de savoir si la lutte contre la corruption est un leurre permettant aux parties – Union européenne, d'une part, États africains, d'autre part – de justifier leur combat contre la mauvaise gestion des affaires publiques? En effet, le cadre juridique de lutte contre la corruption dans les relations euro-africaines semble séduisant (Partie 1), cependant, dans la pratique, il s'illustre par une effectivité et une efficacité relative (Partie 2), d'où la dynamique nouvelle de repenser la lutte contre la corruption avec le futur accord de 2020 – devant remplacer l'accord de Cotonou – par une coordination et une interaction entre l'UE et l'UA (Partie 3).

2 UN CADRE JURIDIQUE SÉDUISANT DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION DANS LES RELATIONS EURO-AFRICAINES

Le droit est une nécessité sociale et il traduit le plus souvent un « instrument de rapports idéologiques » et donc un « construit ».[28] Ainsi, « notre rapport au droit est fréquemment un rapport avec une

encore un avantage [par exemple l'aide au développement] au respect d'un certain nombre de critères, de droit ou de pratiques. Dire par ailleurs que la conditionnalité est politique, c'est souligner le caractère politique des exigences ainsi posées', voir C Schneider, 'L'Union européenne et la conditionnalité politique: une contribution particulière du droit communautaire à la défense de la démocratie, de l'État de droit et du respect des droits de l'homme dans la société internationale', Communication au forum de Nijni Novgorod, Juillet 2004, 1; C Schneider, 'Droits de l'homme et transferts de souveraineté dans l'Union européenne: conséquences pour la définition et le développement des droits de l'homme' in Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), en collaboration avec le Groupe d'excellence 'Formation des ordres normatifs' (Université de Goethe), le Centre d'excellence pour les fondations du droit européen et la recherche politique (Université d'Helsinki), *Séminaire: définition et développement des droits de l'homme et souveraineté populaire en Europe, Francfort sur Main, 15-16 mai 2009* (2010) Conseil de l'Europe, CDL-UD(2010)007, 6. Voir aussi C Schneider, E Tucny, 'Réflexions sur la conditionnalité politique appliquée à l'élargissement de l'Union européenne aux pays d'Europe centrale et orientale' (2002) 33 *Revue d'études comparatives Est-Ouest* 12-14; E Tucny *L'Union européenne et la conditionnalité politique* (2003) Thèse, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, sous la direction de C Schneider, 3-26.

28 J Commaille *À quoi nous sert le droit?* (2015) Gallimard 42.

réalité *construite, représentée* en fonction de finalités politiques et de finalités propres à la culture juridique ».[29] La récurrence de la corruption, dans les ordres juridiques nationaux africains, et les scandales répétitifs ont poussé les États européens à l'établissement d'un cadre juridique de lutte contre ce phénomène dans leurs relations avec les États africains. Par l'instauration de règles relatives aux sanctions ou d'une conditionnalité négative (2.1) que les parties – l'Union européenne principalement – mettent en place un dispositif conventionnel de lutte contre la corruption (2.2).

2.1 La conditionnalité négative ou l'idée de sanctions économiques

Depuis la convention de Lomé IV, les droits de l'homme et la « légitimité démocratique » sont devenus un « fondement et [une] condition de coopération ou d'association ».[30] Comme dans le cadre onusien, l'Union européenne a une conception « globalisante » des droits de l'homme indissociable de la démocratie et de l'État de droit.[31] L'internationalisation des droits de l'homme s'est incorporée dans les conventions de Lomé au point de conditionner l'aide publique au développement au respect de ces droits.[32] La conditionnalité politique négative, qui permet la mise en œuvre pratique de la clause de conditionnalité politique, renvoie à une « sanction économique» ou « arme économique »[33] par l'application de la clause de suspension,[34] puisqu'il s'agit de lier « la politique économique d'un État avec un autre État à l'octroi par ce pays de concessions politiques ».[35] Cependant, toujours dans une dimension préventive, avant la « sanction

29 Id.

30 L-A Sicilianos *L'ONU et la démocratisation de l'État: systèmes régionaux et ordre juridique universel* (2000) 103-106.

31 *Id.* 251 et 253-254. L'UE 'reprend' et 'puise' dans les 'grands instruments onusiens' et les instruments régionaux de protection des droits de l'homme, J-F Flauss 'Droits de l'homme et relations extérieures de l'Union européenne' in S Leclerc, J-F Akandji-Kombé, M-J Redor (dirs) *L'Union européenne et les droits fondamentaux* (1999) 137-172 et 137.

32 P Buirette-Maurau 'Les difficultés de l'internationalisation des droits de l'homme à propos de la Convention de Lomé' (1985) 3 *RTDE* 463-486; Schneider (n 27) 1.

33 D Frisch 'La dimension politique dans les rapports avec les partenaires de Lomé' in GEMDEV *La Convention de Lomé en questions: les relations entre les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP) et l'Union européenne après l'an 2000* (1998) Karthala 55-64 et 62 ; M-H Labbé *L'arme économique dans les relations internationales* (1994) 127.

34 Voir F Capotorti 'L'extinction et la suspension des traités' (1971-III) 134 Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye 548 et s.

35 G Otis 'La conditionnalité démocratique dans les accords d'aide au développement conclus par l'Union européenne' in OIF (Organisation internationale de la Francophonie), Symposium sur l'accès aux financements internationaux, actes de la table ronde préparatoire n° 3 'La bonne gouvernance: condition et objet du financement'-21 novembre 2003, 152; J Auvret-Finck 'Les procédures de sanction internationale en vigueur dans l'ordre interne de l'Union et la défense des droits de l'homme dans le monde' (2003) 1 *RTDE* 11. Les sanctions peuvent aller au-delà de l'économique et intégrer des restrictions de visas ou autres.

économique », il est possible également de déclencher la procédure de plainte pour violation des droits de l'homme qui subsiste au niveau de l'Assemblée parlementaire paritaire.[36] En cas de déconvenue des procédures préventives[37] visant à éviter la violation des droits de l'homme, d'autres procédures de l'accord de Cotonou interviennent pour déclencher les sanctions à l'encontre de l'État subsaharien en cause. Ces sanctions « doivent rester l'*ultima ratio*, le dernier recours ».[38] Les dispositifs internes à l'accord de Cotonou sont progressifs et vont d'une suspension partielle à une suspension totale de la coopération pour non-respect des droits de l'homme, de la démocratie, de l'État de droit et de la bonne gouvernance.

Ces sanctions permettent d'appréhender le cadre théorique de la notion de partenariat et de la notion d'égalité entre les parties. Elles questionnent « l'équilibre contractuel ».[39] Nonobstant le contenu de l'article 2(2) de l'accord – intitulé « principes fondamentaux » – sur la « souveraineté » des États ACP (Afrique, Caraïbes, Pacifique) dans les stratégies de développement de leurs économies et de leurs sociétés, cette « souveraineté » s'inscrit dans le « respect des éléments essentiels

36 Dans le cadre des relations ACP-UE, le Bureau de l'Assemblée paritaire a mis en place une procédure d'examen de 'plaintes' relatives aux droits de l'homme dans un règlement de procédure en 1988. Initialement informelle, la procédure a été formalisée au cours de la 4e législature de l'Assemblée paritaire (1990-1995). L'Assemblée paritaire sous les conventions de Lomé devient l'Assemblée parlementaire paritaire (APP) sous l'accord de Cotonou. L'examen concerne des cas 'individuels' et se déroule à huis clos au niveau du bureau de l'APP. La procédure est mentionnée au paragraphe 11 de l'article 2 relatif au 'Bureau' du règlement intérieur de l'APP (dans sa version amendée de 2013). À la réception de la requête au Bureau de l'APP, ce sont les vice-présidents désignés de l'institution qui sont chargés d'instruire les cas de violation des droits de l'homme et d'apporter des réponses. Au cours de la 4e législature, le Bureau a examiné des plaintes relatives à des détentions arbitraires (Tchad, Soudan), à des allégations de torture (Guinée équatoriale) ou encore des emprisonnements de journalistes (Nigéria). L'Assemblée peut aussi examiner des thématiques générales relatives aux droits de l'homme par l'adoption de résolutions ou de rapports. Sur ces développements, J-F Akandji-Kombé 'Les accords entre l'Union européenne (UE) et les États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP) (Accord de Cotonou)' in P Tavernier (dir) *Recueil Juridique des droits de l'homme en Afrique, Volume I, 1996-2000* (2002) Bruylant 496-497; Règlement de l'Assemblée parlementaire paritaire ACP-UE (adopté le 3 avril 2003 et révisé les 25 novembre 2004, 23 novembre 2006, 28 juin 2007, 28 novembre 2008, 18 mai 2011, 29 novembre 2012, 19 juin 2013 et 27 novembre 2013), DV\1013727FR.doc, AP101.347v07-00. Voir aussi K Vasak 'Le droit international des droits de l'homme' (1974-IV) 140 Recueil des cours - Académie de droit international de La Haye Académie de droit international de La Haye 370 (sur le mécanisme de requêtes, de contrôle par voie de pétition ou de réclamation).

37 Il faut mentionner que dans un cadre préventif, la lutte contre la corruption est promue dans la coopération et l'intégration régionale (article 29(1)(b) de l'accord de Cotonou) et que la transparence est promue dans le cadre de la mise en œuvre des programmes d'ajustement structurel (article 67(7)). Depuis la deuxième révision de l'accord de Cotonou, la « bonne gouvernance » est intégrée dans tous les domaines de la coopération (article 20 § 2). Voir aussi M Damen (ed) *Workshop requested by the INTA committee. Anti-corruption provisions in EU free trade and investment agreements: delivering on clean trade*, European Parliament, Policy Department for External Relations, Directorate General for External Policies of the Union, PE 603.867, avril 2018, 22.

38 Frisch (n 33) 61.

39 Capotorti (n 34) 549.

et fondamentaux décrits à l'article 9 ».[40] Il s'agit donc d'une souveraineté limitée et relative des États ACP dans le partenariat – qui suppose l'équilibre – et la coopération au développement avec l'Union européenne. Dans ce sens, le professeur Jean-Marc Sorel précise que l'accord de Cotonou est « une forme de contrat léonin où l'un des cocontractants détient un pouvoir supérieur, la « part du lion » au sens étymologique, par une forme de volontariat incité à base de contraintes suggérées ».[41] C'est cette « part du lion » qu'illustrent les dispositifs des articles 9 et 96 et ceux des articles 9 et 97. Les pays s'écartant du dispositif de l'article 9, qui renvoie aux articles 96 et 97, « sont tout simplement inéligibles à l'aide publique au développement (APD) et sont considérés comme des États non démocratiques et donc non civilisés ».[42] On peut y voir un « filtre idéologico-politique » permettant de distinguer les « bons États africains des mauvais, « voyous » ou « scélérats »».[43]

Si les droits de l'homme constituent l'objet de l'accord de Cotonou, ils sont le plus souvent déclaratoires. Or, le dispositif conventionnel des articles 9 et 96 correspondant à la clause « éléments essentiels» et à sa clause de suspension pose une normativité forte.[44] Ce dispositif est la disposition juridique phare de l'accord de Cotonou dont les règles primaires et secondaires se rencontrent et sont appliquées. Cependant, le dispositif des articles 9 et 97 relatif à la clause « élément fondamental » et à sa clause de suspension illustre une portée relative, de par ses conditions d'application.

2.2 Le dispositif de lutte contre la corruption des articles 9 et 97 de l'accord de Cotonou

Nonobstant le caractère simplement « fondamental », qui dénote une moindre importance comparativement aux éléments essentiels, la mauvaise gestion des affaires publiques dans les « cas graves de corruption » dans les États ACP et subsahariens peut entraîner des mesures appropriées et une suspension de l'accord conformément à l'article 97 de l'accord (clause de suspension). Le dispositif 9/97 est semblable à celui des articles 9/96, à la différence près qu'il introduit une dose d'équilibre entre les parties qui affaiblit ses procédures. Ces faiblesses conduisent à une relativité des normes qu'il pose.

40 Alinéa 2 de l'article 2 de l'accord.

41 J-M Sorel 'L'implication des conditionnalités économiques des institutions financières internationales sur les relations ACP-UE: modèle en crise ou crise des modèles ?' in D Perrot (dir) *Les relations ACP/UE après le modèle de Lomé: quel partenariat ?* (2007) 484.

42 Y A Chouala 'L'Afrique dans le nouveau partenariat international: enjeux de civilisation et de puissance' (2003) 34 *Études internationales* 62.

43 Id.

44 Nous ne revenons pas sur ce dispositif ici, voir. sur ce point A Abdou Hassan *Les droits de l'homme dans les relations entre l'Union européenne et les États de l'Afrique subsaharienne* (2018) Thèse, Université de Rouen Normandie, 372-378.

Contrairement à l'article 5 de Lomé IV (clause « élément fondamental ») qui prend simplement « la forme de principes programmatoires, et non celle de garanties concrètes des droits de l'homme susceptibles d'être utilisée en y subordonnant l'application du traité »,[45] le respect de la bonne gestion des affaires publiques peut être mise en œuvre en pratique en ce qui concerne l'accord de Cotonou. Le principe de bonne gestion des affaires publiques provient des « mécanismes hérités des IFI [Institutions financières internationales] ».[46] Le paragraphe 3 de l'article 9 est exclusivement consacré à la bonne gestion des affaires publiques. Le principe est défini clairement par l'alinéa premier du paragraphe 3 qui souligne que:

> La bonne gestion des affaires publiques se définit comme la gestion transparente et responsable des ressources humaines, naturelles, économiques et financières en vue du développement équitable et durable. Elle implique des procédures de prise de décision claires au niveau des pouvoirs publics, des institutions transparentes et soumises à l'obligation de rendre compte, la primauté du droit dans la gestion et la répartition des ressources, et le renforcement des capacités pour l'élaboration et la mise en œuvre de mesures visant en particulier la prévention et la lutte contre la corruption.

Si la définition de l'accord de Cotonou est limpide sur le concept de bonne gestion des affaires publiques, la communication de 1998 demeure plus détaillée. Elle donne une définition identique à celle de l'accord de Cotonou qui reprend ainsi une conception définie unilatéralement dans le droit mou d'une institution européenne,[47] mais, la communication de 1998 revient en détail sur les « aspects » de la bonne gestion des affaires publiques.[48] Cette perception européenne de la bonne gestion des affaires publiques s'inscrit dans une perspective libérale reprenant le principe de la bonne gouvernance issue du monde de l'entreprise.[49] Or, l'administration est en principe soumise au principe de légalité de son action qui exclut ainsi des actes de

45 E Riedel & M Will 'Clauses relatives aux droits de l'homme dans les accords extérieurs des Communautés européennes' in P Alston (dir) *L'Union européenne et les droits de l'homme* (2001) 756-757.

46 Gouttefarde & Ahipeaud (n 24) 107.

47 L'article 5 de Lomé IV révisée ne donnait aucune définition de la bonne gestion des affaires publiques tout comme aucune définition de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit. Les éléments définis unilatéralement dans la communication de 1998 seront repris au minimum dans l'accord de Cotonou. Ainsi, pour les détails de cette reprise au minimum, il faut donc à nouveau se référer à la communication de 1998.

48 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 12 mars 1998, *Démocratisation, État de droit, respect des droits de l'homme et bonne gestion des affaires publiques: les enjeux du partenariat entre l'Union européenne et les pays ACP*, 10 (point 15) et 9-11 (points 12 à 16).

49 La définition de l'article 9(3) est alors 'suffisamment large pour correspondre aux définitions également larges attachées à la notion de bonne gouvernance', F Gouttefarde, E Ahipeaud (n 23 ci-dessus) 109. Pour Ghislain Otis 'la gouvernance est une affaire de riches née de la nécessité pour les sociétés occidentales de gérer rationnellement l'abondance matérielle, la révolution technologique et la complexité sociale qu'elles engendrent. Il est indéniable que la bonne gouvernance présuppose la disponibilité de nombreuses ressources matérielles, techniques et humaines', Otis (n 35) 156. Voir aussi Garapon (n 17) 20-21. Avec la notion de bonne gouvernance on relève 'une vision très économique en ce qu'elle

corruption. L'Union européenne (UE) en fait même un « *autonomous objective* » de ses relations extérieures.[50]

L'alinéa 2 du paragraphe 3 de l'article 9 détermine le caractère fondamental de la bonne gestion des affaires publiques qui doit inspirer les politiques internes et internationales des parties. Le choix du caractère fondamental et non pas du caractère essentiel de cet élément s'explique en raison des « vifs affrontements »[51] entre l'UE et les États ACP sur la notion de conditionnalité. L'UE voulait intégrer la notion de « bonne gouvernance » dans les éléments essentiels de l'accord sur le modèle des IFI (Banque Mondiale, Fonds monétaire international etc), les États ACP, majoritairement les États subsahariens, voyaient dans la volonté européenne « un alourdissement de la conditionnalité » et « un risque d'ingérence supplémentaire ».[52] La bonne gouvernance est écartée au profit de la notion de « bonne gestion des affaires publiques » que mentionnait déjà Lomé IV bis. Les États ACP se sont aussi « montrés réticents à ce que la violation des principes de bonne gestion conduise à des sanctions ».[53] La conditionnalité se trouve « adoucie »[54] par une « portée juridique moindre»[55] du dispositif relatif à la « bonne gestion des affaires publiques ». Dans cette logique, « seuls les cas graves de corruption, active et passive, tels que définis à l'article 97 constituent une violation de cet élément ».[56] L'article 97, intitulé « procédure de consultation et mesures appropriées en matière de corruption », reprend les mêmes éléments de procédure que ceux de l'article 96,[57] et les mesures appropriées et le cas exceptionnel de la suspension ne peuvent intervenir que dans les « cas graves de

49 n'en considère que la dimension "*business*" mais aussi parce qu'elle s'adresse à *l'homo œconomicus*, c'est-à-dire à des acteurs rationnels susceptibles de bien calculer leurs intérêts. Il faut rejeter la corruption non parce qu'elle est intrinsèquement mauvaise mais parce qu'elle est inefficiente économiquement et dangereuse pour les affaires'.

50 S Poli 'The promotion of good governance as an autonomous objective of the EU's external relations' in S Poli (ed), *Protecting human rights in the European Union's external relations* (2016) 5 Centre for the Law of EU External Relations 115-137.

51 Gouttefarde & Ahipeaud (n 23) 108.

52 *Id.*

53 *Id.* 109.

54 J Tenier 'Afrique – L'Afrique dans ses relations juridiques avec l'Union européenne' in *Abécédaire de droit de l'Union européenne: en l'honneur de Catherine Flaesch-Mougin* (2017) 51-52.

55 B Gueye 'La bonne gouvernance dans le partenariat UE/ACP (Accord de Cotonou)' in *Le droit de l'Union européenne en principes: liber amicorum en l'honneur de Jean Raux* (2006) 774.

56 Alinéa 2 du paragraphe 3 de l'article 9.

57 Le paragraphe 2 de l'article 97 précise que 'chaque partie peut inviter l'autre à procéder à des consultations. Celles-ci commencent au plus tard 30 jours après l'invitation tandis que le dialogue établi dans le cadre de la procédure de consultation ne dure pas plus de 120 jours'. Le paragraphe 3 souligne lui que 'si les consultations ne conduisent pas à une solution acceptable par les parties ou en cas de refus de consultation, les parties prennent les mesures appropriées. Dans tous les cas, il appartient, en premier lieu, à la partie auprès de laquelle ont été constatés les cas graves de corruption de prendre immédiatement les mesures

corruption ».[58] Il s'agit d'éviter le détournement de l'appui financier européen dans le cadre des politiques et programmes économiques sectoriels.[59]

L'article 97 ne contient aucune définition des « cas graves de corruption, active et passive» contrairement à ce qu'affirme l'alinéa 2 du paragraphe 3 de l'article 9, il faut alors se reporter à la communication de 1998. Cette dernière définit uniquement la corruption comme « l'abus de pouvoir ou l'incivisme au niveau du processus de prise de décision en vue d'en tirer des bénéfices ou des avantages indus, [et] constitue une entrave majeure au développement en général et à une bonne gestion des affaires publiques ».[60] Cette définition est une reprise de celle contenue dans la communication du 21 mai 1997 sur « une politique anticorruption de l'Union ».[61] C'est cette dernière qui détermine les notions de corruption active et de corruption passive.[62] C'est donc dans le droit mou de l'Union

5 nécessaires pour remédier à la situation. Les mesures prises par l'une ou l'autre partie doivent être proportionnelles à la gravité de la situation. Le choix doit porter en priorité sur les mesures qui perturbent le moins l'application du présent accord. Il est entendu que la suspension serait un dernier recours'.

D'autres auteurs notent une distinction fondamentale entre les procédures des articles 96 et 97, puisque si 'le non-respect des "éléments essentiels" est soumis à *une conditionnalité politique juridiquement contraignante* et déclenche, en l'absence de solution acceptable à l'issue des consultations, des "mesures appropriées" conformes au droit international et proportionnelles à la violation, la méconnaissance de l'élément fondamental qu'est la bonne gestion des affaires publiques ne peut au plus, en cas de corruption grave, qu'entrainer des consultations, qui ne peuvent elles-mêmes entraîner la suspension de l'accord qu'en *derniers recours*. En pratique, les malversations financières ne pourront entraîner une suspension de l'accord que si la partie ACP à qui elles sont reprochées refuse tout compromis et affiche une mauvaise fois persistante, tandis que la violation des éléments essentiels peut entraîner, en cas d'urgence, une suspension immédiate, dès lors que celle-ci semble "appropriée"' (nous soulignons),

58 Gouttefarde, E Ahipeaud (n 23 ci-dessus) 109-110. Le *fait générateur* concerne également les 'cas graves', notion qu'on ne retrouve pas dans le contenu de l'article 96. On ne peut pas parler de différence fondamentale dans les deux procédures, mais d'une similitude avec un contraste de degré relatif à l'inexistence de la notion d'urgence dans l'article 97. Paragraphe 1 de l'article 97.

59 *Id.*

60 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 12 mars 1998, *Démocratisation, État de droit, respect des droits de l'homme et bonne gestion des affaires publiques: les enjeux du partenariat entre l'Union européenne et les pays ACP*, 11 (point 16). Voir aussi M Kamto *Droit international de la gouvernance* (2013) 197-202; 'Corruption' in J Salmon (dir) (n 3) 275-276.

61 Commission européenne, Communication au Conseil et au Parlement européen du 21 mai 1997, *Une politique anticorruption de l'Union*, 192 final, COM (1997) 2.

62 Elle précise que 'tous les actes de corruption impliquent au moins deux parties, la partie qui verse le pot de vin - délit de corruption active - et la partie qui reçoit le pot de vin - délit de corruption passive. La corruption active peut être le fait d'un particulier ou d'une personne morale (par exemple une société). La corruption passive peut comprendre l'acceptation de pots de vin par des fonctionnaires, des hommes politiques, des employés, etc. Elle peut aussi être le fait de personnes qui ne prennent pas les décisions elles-mêmes, mais qui ont une influence sur celles qui les prennent' (*id.* 2 et 3).

européenne qu'on retrouve le vivier de mesures communautaires de lutte contre la corruption.[63]

La nécessité du dispositif des articles 9 et 97 peut être posée, puisque seuls les « cas graves » de corruption peuvent conduire à des mesures appropriées. Aucune définition n'est donnée de ce que l'on entend par « cas graves », ce qui fait dire à M. Christian Eninam Trimua que la question de la corruption ne « sera que très rarement sanctionnée ».[64] Philippe Vincent relève que « les parties contractantes semblent [...] reconnaître le caractère inévitable d'un certain degré de corruption. Ce faisant, elles se prémunissent contre les critiques quant au maintien en vigueur de l'accord vis-à-vis d'États notoirement corrompus ».[65] On ne relève qu'un seul cas d'application de l'article 97 en ce qui concerne l'Afrique subsaharienne et il s'agit du cas du Libéria en 2002. Cependant, il ne s'agissait pas d'une application autonome de l'article 97, mais d'une application combinée de l'article 96 et de l'article 97.[66] Les recherches empiriques d'économistes, relatives à 34 pays d'Afrique subsaharienne, de 1984 à 2009, démontrent la relativité de la notion de bonne gouvernance dans les relations entre l'Union et les États subsahariens au regard de l'augmentation des cas de corruption.[67] Ces recherches illustrent une régression du respect de la bonne gouvernance en liaison avec le respect de la démocratie.[68] Dans la pratique, le dispositif 9/97 est une coquille vide.

3 L'EFFECTIVITÉ ET L'EFFICACITÉ RELATIVE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION DANS LES RELATIONS EURO-AFRICAINES

Découlant du latin *effectivus* – « actif », « qui produit » –, l'effectivité renvoie au « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles

63 F Gouttefarde, E Ahipeaud (n 23) 94-101. On peut toutefois relever que l'Union a conclu la convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, Décision 2008/801/CE du Conseil du 25 septembre 2008 relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de la convention des Nations Unies contre la corruption, JO 28/10/2008 n° L 287 1. Voir aussi Commission européenne, Rapport au Conseil et au Parlement européen du 3 février 2014, *Rapport anticorruption de l'UE*, 38 final, COM (2014) 47. Il s'agit du premier rapport de l'UE sur la corruption.

64 C E Trimua 'Le financement communautaire de l'ajustement structurel dans les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique à travers les conventions de Lomé IV et de Cotonou' (2005) 4 *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2186-2187.

65 P Vincent 'L'entrée en vigueur de la convention de Cotonou' (2005) 6/6 *Cahiers de droit européen* 167. Voir S Poli (n 47) 124.

66 Commission européenne, Communication au Conseil du 21 février 2002, *Proposition de décision du Conseil portant conclusion de la procédure de consultations avec le Liberia au titre de l'article 96 et de l'article 97 de l'accord de Cotonou*, 103 final, COM (2002) (2003/C 20 E/04) 9; Gouttefarde & Ahipeaud (n 23) 112.

67 O Gokcekus & Y Suzuki 'Trade with the EU reduce corruption in Africa?' (2013) 28 *Journal of Economic Integration* 610-631 et 616-617.

68 *Id.* 619.

énoncées par le droit ».[69] C'est la particularité de ce qui existe en fait, la « qualité d'une situation juridique qui correspond à la réalité, d'une compétence qui s'exerce réellement ».[70] L'efficacité exprime elle « la mesure dans laquelle une institution ou une règle atteignent le but qui leur a été conféré par leur auteur ».[71] S'inscrivant dans une analyse économique des droits de l'homme, l'Union donne une dimension englobante des deux notions.[72] Dans ce cadre, effectivité/efficacité tendent à être synonymes et à se rejoindre. La réalité de la lutte contre la corruption dans les relations euro-africaines se matérialise par une seule application du dispositif des articles 9 et 97 concernant le Libéria (A) et une exclusion contemporaine de l'application de cette clause « élément fondamental » (B).

3.1 L'unique application du dispositif des articles 9 et 97: le cas du Libéria

L'entrée en vigueur de la clause de suspension de Lomé IV se fait sous la présidence de M. Taylor, tout comme l'adoption et l'application provisoire de l'accord de Cotonou. L'arrivée au pouvoir de M. Taylor et de ses rebelles ne transforme pas la culture de violence et de prédation des ressources minières (les diamants principalement) qu'ils effectuaient auparavant (lors de la guerre civile). Ainsi, l'Union européenne précise que des violations des droits de l'homme « lui ont été rapportées depuis la fin de la guerre civile » et que les forces de sécurité jouissent d'une « apparente impunité » dans leurs relations

69 P Lascoumes 'Effectivité' in A-J Arnaud (ed) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (1993) 217 ; J Commaille 'Effectivité' in D Alland, S Rials (dirs) *Dictionnaire de la culture juridique* (2003) 583.

70 'Effectivité' in J Salmon (ed) *Dictionnaire de droit international public* (2001) Bruylant/AUF 411.

71 J Touscoz *Le principe d'effectivité dans l'ordre international* (1964) LGDJ 4-5. Pour certains auteurs, la 'science juridique ne s'attache pas normalement aux problèmes d'efficacité'; C De Visscher *Les effectivités du droit international public* (1967) A. Pedone 18 et 76-80 (alors que 'l'efficacité est pour l'interprète une notion "donnée", l'effectivité se présente comme une notion "recherchée"').

72 Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions du 27 mars 2013, *Le tableau de bord de la justice dans l'UE: un outil pour promouvoir une justice effective et la croissance*, 160 final, COM (2013) 1-3. La Commission considère l'efficacité et l'efficience comme partie intégrante d'un 'système de justice effectif' (*id.* 2-3). Voir également, Commission européenne, Communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions du 1er octobre 2008, *Intégration régionale pour le développement des ACP*, 604 final, COM (2008), 6 ; Commission européenne, Décision du 14 octobre 2008, portant ouverture d'une enquête au titre de l'article 18, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 980/2005 du Conseil en ce qui concerne l'application effective de certaines conventions sur les droits de l'homme au Sri Lanka (2008/803/CE), JO 18/10/2008 n° L 277 34.

avec les civils.[73] La corruption est devenue structurelle sous la présidence de M. Taylor. Ce faisant, les exigences de bonne gouvernance sont violées par « l'absence de transparence dans la gestion des entreprises publiques et des ressources de l'État ».[74] Ces faits amènent l'UE à opérer pour la première fois la liaison entre les mécanismes 9/96 et 9/97 de l'accord de Cotonou.

Dans le cas libérien,[75] il est à noter que l'Union n'utilise pas deux procédures distinctes pour les deux mécanismes, mais une procédure unique du Conseil. Le Conseil procède à une sollicitation du gouvernement libérien le 23 juillet 2001.[76] Les consultations se déroulent à Bruxelles le 9 novembre 2001 et sont conclues par le Conseil le 25 mars 2002.[77] Face à la menace de se voir priver du bénéfice du 8e FED (Fonds européen de développement) et du 9e FED en préparation, le gouvernement libérien prend des engagements[78] auprès de l'Union pour assurer l'application de la clause « éléments essentiels » et de la clause « élément fondamental ».

Ces engagements permettent un dialogue politique poussé entre l'UE et le Liberia par deux réunions à Monrovia, le 6 décembre 2001 et le 12 février 2002.[79] Le gouvernement libérien présente même un rapport sur le respect des engagements pris, le 19 décembre 2001.[80] Les engagements pris ne sont pas entièrement exécutés. Malgré de nombreuses avancées dans la mise en œuvre de ces engagements, dans une lettre du 22 janvier 2002, l'Union juge qu'il subsiste encore de « graves sujets de préoccupations »[81] relatives aux comportements des forces de sécurité à l'égard des civils, l'indépendance des deux commissions créées, de l'égalité de traitement entre les chefs de

73 Commission européenne, Communication au Conseil du 21 février 2002, *Proposition de décision du Conseil portant conclusion de la procédure de consultations avec le Liberia au titre de l'article 96 et de l'article 97 de l'accord de Cotonou*, 103 final (2003/C 20 E/04) COM (2002) 1.

74 *Id.*

75 Devant la situation déplorable du respect des droits de l'homme, de l'État de droit, des principes démocratiques et de la bonne gestion des affaires publiques, l'Union européenne invite le gouvernement libérien à des consultations au titre des articles 96 et 97 de l'accord de Cotonou.

76 Commission européenne, Communication au Conseil du 21 février 2002 (n 70) 1.

77 Décision du Conseil du 25 mars 2002 portant conclusion de la procédure de consultation avec le Liberia au titre des articles 96 et 97 de l'accord de partenariat ACP-CE (2002/273/CE), JO 13/04/2002 n° L 96 23.

78 Commission européenne, Communication au Conseil du 21 février 2002, (n 70) 1-2. Ces engagements concernent: la création d'une Commission des droits de l'homme ; la création d'une Commission nationale de réconciliation ; le lancement d'enquêtes judiciaires sur les exactions des militaires sur les populations civiles ; la libéralisation de l'exercice du journalisme et des sociétés civiles ; la protection des leaders de l'opposition et l'arrêt des accusations contre eux ; la revitalisation du pouvoir judiciaire ; le paiement des fonctionnaires ; la gestion saine des entreprises publiques ou encore la cessation de liens avec la RUF (*Revolutionary United Front*) responsable de la guerre civile en Sierra Leone.

79 *Id.* 2.

80 *Id.*

81 *Id.* 3.

l'opposition dans la course aux élections de 2003 et la transparence dans la gestion des entreprises publiques.[82] La Commission fait alors une contre-proposition allant au-delà des propositions libériennes pour tendre vers un rétablissement du respect des droits de l'homme dans ce pays.[83]

Le Conseil ne suspend pas la coopération avec le Libéria, mais prend des mesures appropriées conformément aux articles 96 et 97.[84] L'Union procède à « une approche graduelle et conditionnelle» en demandant au Liberia de mettre en œuvre les propositions de la Commission reprises par le Conseil, mais également « qu'il soit rapidement en mesure d'être considéré comme ayant satisfait aux demandes du Conseil de sécurité des Nations Unies en ce qui concerne la situation au Sierra Leone ».[85] L'Union lie la mise en œuvre du 8e FED aux « progrès réellement accomplis pour restaurer des structures démocratiques efficaces» et à l'amélioration de la « gestion des finances publiques ».[86] Le 9e FED ne sera également notifié qu'une « fois que des élections libres et régulières auront eu lieu ».[87] L'Union débloque néanmoins 25 millions d'euros pour les personnes déplacées, qu'on peut considérer comme de l'aide humanitaire. Le contrôle des progrès réalisés par le gouvernement libérien s'est effectué dans le cadre du dispositif de l'article 8 de l'accord de Cotonou relatif au dialogue politique.

Dans le contexte de cette « approche graduelle et conditionnelle », une contestation intérieure prend forme, cette dernière se superpose à une pression de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et pousse Charles Taylor à s'exiler au Nigeria le 11 août 2003.[88] L'évolution de la situation politique et sécuritaire du pays pousse l'UE à adopter des mesures urgentes dès le 25 août 2003, au titre de la notion d'urgence contenue dans l'article 96 de l'accord de Cotonou.[89] Si le Conseil suspend le chapitre 1 de l'Annexe 4 de l'accord

82 *Id.*

83 Comme le renforcement des institutions et la lutte contre la pauvreté, la lutte contre l'impunité, la garantie de la liberté de presse, la bonne gestion des recettes fiscales, etc. (*id.* 3).

84 Article 2 de la Décision du Conseil du 25 mars 2002 portant conclusion de la procédure de consultation avec le Liberia au titre des articles 96 et 97 de l'accord de partenariat ACP-CE (2002/273/CE), précitée.

85 Annexe 'Projet de lettre au Ministre des Affaires étrangères', de la Décision du Conseil du 25 mars 2002 portant conclusion de la procédure de consultation avec le Liberia au titre des articles 96 et 97 de l'accord de partenariat ACP-CE (2002/273/CE), précitée.

86 *Id.*

87 *Id.*

88 Il est arrêté au Nigeria en Mars 2006 puis extradé vers la Sierra Leone pour être ensuite jugé à La Haye par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, pour crimes contre l'humanité, R Otayek 'Libéria' in Encyclopædia Universalis, Version Numérique Multimédia

89 Décision du Conseil du 25 août 2003 adoptant des mesures concernant le Liberia au titre de l'article 96 de l'accord de partenariat ACP-CE en cas d'urgence particulière (2003/631/CE), JO 03/09/2003 n° L 220 3.

de partenariat ACP-CE,[90] il prévoit toutefois la mise en œuvre rapide du 8e et du 9e FED afin d'appuyer le processus de paix et l'obtention d'un accord de paix global.[91] Cette attitude européenne s'explique par le fait que l'ancien gouvernement libérien, la société civile, des factions rebelles et les partis politiques ont signé un accord de paix en août 2003 à Accra mettant fin à la guerre civile prévalent dans le pays.[92] Mais, pour respecter les résolutions de l'ONU, le Conseil adopte des règlements européens,[93] c'est-à-dire des mesures restrictives au-delà des mesures appropriées de l'article 96 de l'accord de Cotonou.

Afin de surveiller le retour au respect des droits de l'homme, des principes démocratiques, de l'État de droit et de la bonne gouvernance, l'Union européenne surveille de près les mesures mises en œuvre par le gouvernement d'union nationale issu de l'accord d'Accra. Pour ce faire, le dialogue politique est alors privilégié.[94] L'élection de Mme Ellen Johnson-Sirleaf, en novembre 2005, à la tête du Liberia ouvre une « nouvelle ère » dans le pays et dans ses relations extérieures.[95] Ce renouveau enclenche un « cycle promoteur de redressement » et une mission d'évaluation de l'UE en avril 2006 pour analyser la situation du pays.[96] Les actions entreprises par le nouveau gouvernement de Mme Johnson[97] dans le cadre de la consolidation de l'État de droit, de la

90 Le chapitre 1: Programmation nationale de l'Annexe IV 'Procédures de mise en œuvre et de gestion'. Il concerne la stratégie de coopération (article 2), l'allocation des ressources (article 3), la préparation et l'adoption du programme indicatif (article 4) ou encore le processus de revue (article 5).

91 Annexe 'Projet de lettre au Ministre des Affaires étrangères du Liberia', de la Décision du Conseil du 25 août 2003 adoptant des mesures concernant le Liberia au titre de l'article 96 de l'accord de partenariat ACP-CE en cas d'urgence particulière (2003/631/CE), précitée.

92 'Exposé des motifs' in Commission européenne, Communication au Conseil du 10 décembre 2004, *Proposition de Décision du Conseil modifiant la décision 2003/631/CE du Conseil du 25 août 2003 adoptant des mesures concernant le Liberia au titre de l'article 96 de l'accord de partenariat ACP-CE en cas d'urgence particulière*, 806 final, COM (2004) 2.

93 Entre autres: Règlement (CE) n° 1662/2003 du Conseil du 22 septembre 2003 modifiant le règlement (CE) n° 1030/2003 imposant certaines mesures restrictives à l'égard du Liberia, JO 23/09/2003 n° L 235 1; Règlement (CE) n° 2061/2003 de la Commission du 24 novembre 2003 modifiant, pour la troisième fois, le règlement (CE) n° 1030/2003 du Conseil imposant certaines mesures restrictives à l'égard du Liberia, JO 25/11/2003 n° L 308 5.

94 Décision du Conseil du 22 décembre 2004 modifiant la décision 2003/631/CE adoptant des mesures concernant le Liberia au titre de l'article 96 de l'accord de partenariat ACP-CE en cas d'urgence particulière (2005/16/CE), JO 12/01/2005 n° L 8 12.

95 Otayek (n 88).

96 'Exposé des motifs' in Commission européenne, Communication au Conseil du 30 mai 2006, *Proposition de Décision du Conseil modifiant la décision 2003/631/CE adoptant des mesures concernant le Liberia au titre de l'article 96 de l'accord de partenariat ACP-CE en cas d'urgence particulière*, 267 final, COM (2006) 2.

97 À la fin de son mandat, Mme Johnson est récipiendaire du Prix Mo Ibrahim pour la bonne gouvernance, EEAS, 'Statement by the Spokesperson on Ellen Johnson Sirleaf being awarded the 2017 Ibrahim Prize for Achievement in African Leadership' Bruxelles, 12/02/2018, consultable sur: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/39760/statement-spokesperson-ellen-johnson-sirleaf-being-awarded-2017-ibrahim-prize-achievement_en (consulté le 25 octobre 2018).

démocratie, de la bonne gouvernance et de la protection des droits de l'homme, permettent la levée des restrictions européennes.[98] L'Union intensifie le dialogue politique et la construction de l'État libérien qu'elle considère comme un État fragile.[99]

L'unique application des articles 9 et 97 s'est pas fait de façon autonome mais combinée avec les articles 9 et 96, ce qui démontre le caractère relatif et subsidiaire de ces dispositions comparativement à celles des articles 9 et 96. L'efficacité et l'effectivité de la lutte contre la corruption dans les relations euro-africaines est donc relative, comme l'illustre la pratique contemporaine.

3.2 L'exclusion contemporaine de l'application de la clause « élément fondamental »

Les scandales de corruption sont une pratique courante de la chronique politique et judiciaire européenne.[100] En ce sens, il n'y a pas une différence fondamentale dans les pratiques françaises ou britanniques et celles des pays de l'Afrique subsaharienne. Près de 76% des européens estiment que la corruption est répandue dans leurs pays, comme le mentionne le premier rapport de l'UE sur la corruption de 2014.[101] La corruption n'est donc pas une spécificité subsaharienne, ce qui explique la simple mention des « cas graves » de corruption dans l'accord de Cotonou. Cependant, quand on s'intéresse à certains cas que l'on peut qualifier de « sérieux », l'Union – partie déclenche la procédure de sanction au regard du déséquilibre des relations – n'applique pas la procédure de l'article 97, comme dans les cas congolais, ougandais ou malawites. Cela traduit les « exceptions permanentes au droit »[102] dans ces relations et il arrive même que la

98 Article premier de la Décision du Conseil du 27 juin 2006 modifiant la décision 2003/631/CE adoptant des mesures concernant le Liberia au titre de l'article 96 de l'accord de partenariat ACP-CE en cas d'urgence particulière (2006/450/CE), JO 01/07/2006 n° L 179 51. Les actions concernent par exemple: le respect de la liberté d'expression, le programme d'assistance à la gestion économique et à la bonne gouvernance, les élections libres etc. Annexe 'Lettre à la Présidente du Liberia' de la Décision du Conseil du 27 juin 2006 modifiant la décision 2003/631/CE adoptant des mesures concernant le Liberia au titre de l'article 96 de l'accord de partenariat ACP-CE en cas d'urgence particulière (2006/450/CE), précitée.

99 European Commission, *Country Strategy Paper and Indicative Programme for the period 2008-2013, Republic of Liberia – European Community* 27, consultable sur: http://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/csp-nip-liberia-2008-2013_en.pdf (consulté le 25 octobre 2018); European Commission, *National Indicative Programme for the period 2014-2020, European Union – Liberia*, p. 16-17, consultable sur: https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/pin-liberia-fed11-2014_en.pdf (consulté le 25 octobre 2018).

100 A Béja 'La corruption, maladie de la démocratie. Un mal d'époque?' (2014) 2 *Esprit* 15-18 et 15.

101 Commission européenne, Rapport au Conseil et au Parlement européen du 3 février 2014, *Rapport anticorruption de l'UE*, 38 final COM (2014) 7 et 8.

102 V Dimier & C Breton 'Le Fonds européen de développement en action: du réseau Ferrandi à l'Érythrée' (2014) 102 *Revue Outre-Mers* 106.

Commission elle-même soit impliquée dans des cas de mauvaise gestion ou de corruption en Afrique subsaharienne.

Renvoyant à un « abus de pouvoir aux fins d'un profit personnel »,[103] la corruption, nonobstant son appréhension économique dans l'accord de Cotonou, révèle « la *fragilité* – pire encore: la falsifiabilité – de la loi ».[104] Elle procède à une « disqualification des fictions démocratiques».[105]

Tout d'abord, en République démocratique du Congo (RDC), si l'Union reconnaît « la réalité [...] des problèmes liés à la mauvaise gestion, la corruption »,[106] elle, finance à hauteur de 30 millions d'euros le renforcement des capacités de gestion des finances publiques[107] sans prendre en compte les dispositions de l'accord de Cotonou relatives à la bonne gouvernance. Contrairement à l'Union européenne, le FMI a suspendu 240 millions de dollars de prêts à la RDC pour l'omission de publication de contrats miniers, dont l'attribution serait entachée de cas extrêmes de corruption.[108]

En questionnant l'effectivité de l'aide européenne dans le domaine de la gouvernance en RDC,[109] la Cour des comptes européenne établit que les résultats de la gestion du 9^{e} et du 10^{e} FED entre 2003 et 2011[110] par la Commission demeurent limités.[111] La Commission elle-même reconnaît les limites de son approche en matière de corruption en invoquant « *the fragility and post-crisis situation in DRC* ».[112] Il s'agit dès lors de minimiser les cas graves de corruption afin de parvenir à «

103 Annexe 'Méthodologie' in Commission européenne, Rapport au Conseil et au Parlement européen du 3 février 2014 (n 98 ci-dessus) 42 ; 'Corruption' in J Salmon (dir) (n 3) 275-276.

104 A Garapon (n 17) 23.

105 *Id.* 26. Voir aussi G Blundo, J-P Olivier De Sardan 'La corruption comme terrain: une approche socio-anthropologique' in G Blundo (dir), *Monnayer les pouvoirs: espaces, mécanismes et représentations de la corruption* (2000) PUF, 21-46 et 21.

106 Commission européenne, *Programme Indicatif National, 11^{e} Fonds européen de développement 2014-2020, Commission européenne et Gouvernement de la République démocratique du Congo*, 18, https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/nip-drc-20140626_fr.pdf (consulté le 25 octobre 2018); Commission européenne, *Document de stratégie pays et Programme Indicatif National du 10^{e} FED, 2008-2013, République démocratique du Congo – Communauté européenne*, p. 8-9, http://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/csp-nip-congo-dr-2008-2013_fr.pdf (consulté le 25 octobre 2018).

107 Commission européenne, *Programme Indicatif National, 11^{e} Fonds européen de développement 2014-2020, Commission européenne et Gouvernement de la République démocratique du Congo* (n 103) 18.

108 BBC 'Le FMI suspend ses prêts à la RDC' *BBC*, 3 décembre 2012, consultable sur: http://www.bbc.com/afrique/region/2012/12/121203_rdc_fmi_prets.shtml (consulté le 25 octobre 2018).

109 European Court of auditors *EU support for governance in the Democratic Republic of Congo* (2013) Special Report n° 9/2013 Publications Office of the European Union, 16.

110 *Id.* 14.

111 *Id.* 17-18.

112 *Id.* 44.

enraciner la démocratie et les droits de l'homme »[113] dans les institutions congolaises.

La priorité est donc donnée au dialogue politique de l'article 8 de l'accord de Cotonou, mais également à des programmes économiques comme PROINVEST (Programme de Partenariat UE-ACP pour la Promotion de Flux d'Investissement et de Technologie vers les Pays ACP),[114] BizClim (Vers un environnement favorisant le développement du secteur privé dans les pays ACP),[115] ou encore l'impulsion donnée par la Facilité d'investissement de la BEI et le Centre pour le développement des entreprises (CDE).[116] En outre, avec ses missions civiles et militaires, – Artémis, EUPOL Kinshasa, EUPOL RD Congo, EUSEC RD Congo, EUFOR RD Congo –, l'UE « attache une grande importance à la stabilité régionale» des Grands lacs.[117] L'inapplication de l'article 97 de l'accord de Cotonou se justifie dès lors au regard des objectifs sécuritaires et économiques.

Ensuite, les réactions de l'Union ont été également timorées à l'égard de détournement de fonds européens par la primature ougandaise. Le détournement de 10 millions d'euros par les fonctionnaires du service du Premier ministre a poussé des États européens comme l'Irlande, la Grande-Bretagne, l'Allemagne, le Danemark et la Norvège à geler le déblocage de l'aide publique au développement à l'Ouganda en 2012.[118] Cette attitude avait poussé l'Union à geler également l'APD pour 6 mois[119] sans pour autant enclencher la procédure de l'article 97. À la suite d'une suspension de 12 fonctionnaires par l'Ouganda, l'aide avait repris.[120]

113 Commission européenne, *Programme Indicatif National, 11e Fonds européen de développement 2014-2020, Commission européenne et Gouvernement de la République démocratique du Congo* (n 103 ci-dessus) 7 (nous soulignons).

114 Voir http://ec.europa.eu/development/body/theme/proinvest_fr.htm (consulté le 25 octobre 2018).

115 Voir http://www.bizclim.org/fr/index.php (consulté le 25 octobre 2018).

116 Délégation de l'Union européenne en République démocratique du Congo 'La République démocratique du Congo et l'UE', *SEAE*, 11 mai 2016, https://eeas.europa.eu/delegations/dr-congo-kinshasa/1096/la-republique-democratique-du-congo-et-lue_fr (consulté le 25 octobre 2018).

117 *Id.* L'Union a adopté des mesures restrictives à l'encontre de certains responsables congolais impliqués dans la remise en cause de la paix en RDC, Décision d'exécution (PESC) 2017/399 du Conseil du 7 mars 2017 mettant en œuvre la décision 2010/788/PESC concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de la République démocratique du Congo, JO 8/03/2017 n° L 60 41; Décision d'exécution (PESC) 2017/905 du Conseil du 29 mai 2017 mettant en œuvre la décision 2010/788/PESC concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de la République démocratique du Congo, JO 29/05/2017 n° L 138I 6.

118 Reuters 'EU freezes aid to Uganda over graft' *The Irish Times*, 4 december 2012, http://www.irishtimes.com/news/eu-freezes-aid-to-uganda-over-graft-1.752566 (consulté le 25 octobre 2018).

119 *Id.* Voir également, M Schenkel 'L'argent de l'UE nourrit la corruption' *Voxeurop*, 21 décembre 2012, consultable sur: http://www.voxeurop.eu/fr/content/article/3193221-l-argent-de-l-ue-nourrit-la-corruption (consulté le 25 octobre 2018).

120 D Desaunay 'Les "applis" de smartphone anti-corruption de l'Ouganda' *RFI*, 30 septembre 2014, http://www.rfi.fr/afrique/20140930-ouganda-appli-smartphone-anti-corruption/ (consulté le 25 octobre 2018).

Or, pour la Cour des comptes, il est impossible de déterminer comment l'argent de l'aide est dépensée. Cela constitue des zones d'ombres concernant l'aide octroyée à l'Ouganda.[121] La réponse de la Commission se limite à s'efforcer « avec d'autres donateurs, [...] [à] identifier les domaines clés où des mesures d'atténuations des risques [qui] pourraient se révéler appropriées ».[122] L'Union européenne préfère promouvoir la bonne gouvernance et la lutte contre la corruption par l'octroi de ressources financières et le renforcement des capacités des finances publiques de l'État ougandais.[123] La priorité demeure « *[the] intense political dialogue* »[124] et la négociation pour la signature d'un accord de partenariat économique (APE) avec la *East African Community* (EAC) dans laquelle l'Ouganda joue un rôle important.[125] Même dans ces cas de corruptions que l'on peut considérer comme graves, l'Union européenne n'applique pas les dispositions de l'article 97 de l'accord de Cotonou.

Enfin, le « *cashgate* » au Malawi, en 2013, c'est-à-dire le « plus grand scandale de l'histoire du pays »,[126] n'a pas entraîné la mise en œuvre de la clause « élément fondamental». Des fonctionnaires malawites détournent 74 millions d'euros à partir de services de paiements fictifs et de pensions fictives, pour l'achat de voitures de luxe, de résidences et d'hôtels particuliers.[127] Après une menace de suspension de l'aide européenne au Malawi, l'UE évoque une « crise de confiance »[128] et suspend 111 millions d'euros d'aide jusqu'à la fin de l'enquête et du procès. Suite à des arrestations et au début d'un procès, l'aide reprend quelques mois après, sans pour autant que l'Union puisse savoir avec certitude si elle continue à être détournée ou non. L'article 97 de l'accord de Cotonou n'est pas appliqué et on ne peut pas

121 Cour des comptes européenne *Rapport spécial n° 11/2010: la gestion par la Commission, de l'appui budgétaire général dans les pays ACP, ainsi que dans les pays d'Amérique Latine, et d'Asie (présenté en vertu de l'article 287, paragraphe 4, deuxième alinéa, du TFUE)* (2011) Office des publications officielles de l'Union européenne 22 (point 35), 24 (point 36), 30 (point 55).

122 *Id.* 66 (point 39).

123 European Commission *11th European Development Fund (EDF) 2014-2020, National Indicative Programme, Uganda*, 5-6 et 12-14, https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/nip-uganda-fed11-2014_en.pdf (consulté le 25 octobre 2018); European Commission, *Country Strategy Paper and National Indicative Programme 2008-2013, Republic of Uganda – European Union* 23.

124 European Commission, *11th European Development Fund (EDF) 2014-2020, National Indicative Programme, Uganda* (n 120 ci-dessus) 7.

125 Delegation of the European Union to Uganda 'Uganda and the EU', *EEAS*, 16 may 2016, consultable sur: https://eeas.europa.eu/delegations/uganda/1947/uganda-and-eu_en (consulté le 25 octobre 2018).

126 T McConnell 'Malawi. Corruption: le plus grand scandale de l'histoire du pays' *Courrier International*, 03/02/2014, http://www.courrierinternational.com/article/2014/02/03/corruption-le-plus-grand-scandale-de-l-histoire-du-pays?page=all (consulté le 25 octobre 2018).

127 *Id.*

128 Expression de M. Alexander Baum, ambassadeur de l'UE au Malawi, T McConnell, *id.* Voir aussi, European Commission, *National Indicative Programme 2014-2020, Republic of Malawi – European Union*, p. 6, https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/nip-malawi-edf11-2015_en.pdf (consulté le 25 octobre 2018).

parler d'effectivité des dispositions de lutte contre la corruption puisque l'éphémère suspension de l'aide européenne n'a pas dissipé les scandales de malversation. En effet, les cas de scandales de corruption sont récurrents au Malawi[129] et c'est même la Banque Européenne d'Investissement (BEI) qui mène des enquêtes qu'elle transmet par la suite aux autorités malawites.[130] Comme avec l'Ouganda, l'Union préfère miser sur le dialogue politique[131] et faire de la lutte contre la corruption un élément clé de ses relations avec le Malawi par le renforcement des capacités institutionnelles de l'État malawite.[132]

Les cas graves de corruption qu'on retrouve en RDC, en Ouganda et au Malawi n'ont pas entraîné une application effective de la clause « élément fondamental » de l'accord de Cotonou.[133] Ce faisant les parties semblent intégrer l'idée d'une existence de la corruption qu'on pourrait qualifier de « normale ». L'application de l'article 97 n'est pas une priorité.[134] Le Parlement européen critique l'absence de mise en œuvre de cet article.[135] Il rappelle que:[136]

> L'accord de Cotonou prévoit à son article 97 une procédure de consultation et l'adoption de mesures appropriées en cas de situations graves de corruption; regrette que cet article n'ait jusqu'à présent été invoqué qu'à une seule occasion ; appelle à renforcer cette procédure dans le futur accord de partenariat entre l'UE et les pays ACP de manière à la rendre véritablement opérationnelle..

En outre, en 2016, des agents du Service européenne à l'action extérieure (SEAE) ont été accusés de corruption dans le cadre de l'attribution du projet « compound » de construction du quartier résidentiel et diplomatique sécurisé de l'UE en Somalie, sans aucune

129 European Commission, *Country Strategy Paper and National Indicative Programme for the period 2008-2013, Republic of Malawi – European Community*, 136 p., p. 3-4, consultable sur: http://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/csp-nip-malawi-2008-2013_en.pdf (consulté le 25 octobre 2018).

130 EIB (European Investment Bank) 'Malawi authorities uncover corruption with EIB help' *EIB*, 1 october 2016, http://www.eib.europa.eu/infocentre/press/news/all/malawi-authorities-uncover-corruption-with-eib-help.htm?lang=fr (consulté le 25 octobre 2018).

131 Delegation of the European Union to the Republic of Malawi 'Malawi and the EU' *EEAS*, 12 may 2016, https://eeas.europa.eu/delegations/malawi/1477/malawi-and-eu_en (consulté le 25 octobre 2018).

132 European Commission, *National Indicative Programme 2014-2020, Republic of Malawi – European Union* (n 125) 8-9.

133 Les cas récents de corruption du service national de la jeunesse au Kenya ou encore de la fédération de football au Ghana montrent l'actualité du phénomène et l'inaction des parties à l'accord de Cotonou. Il faut noter que dans les deux cas les gouvernements de ces deux pays ont pris rapidement des mesures face aux révélations de corruption. L'intervention extérieure n'est donc pas nécessaire au regard d'une réactivité étatique interne.

134 Poli (n 50) 124.

135 Résolution du Parlement européen du 4 octobre 2016, sur l'avenir des relations ACP-UE au-delà de 2020 (2016/2053(INI))', spécialement le point 11, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2016-0371+0+DOC+PDF+V0//FR (consulté le 25 octobre 2018).

136 Id.

réaction de la Commission.[137] La corruption n'est donc pas l'apanage des fonctionnaires des États subsahariens mais se rencontre également chez les fonctionnaires européens. La Cour des comptes européenne relève régulièrement la mauvaise gestion du FED par la Commission européenne.

Les relations entre l'Union européenne et les États subsahariens incorporent l'idée d'une nécessaire corruption puisque seuls les « cas graves » doivent être sanctionnés. La Cour des comptes européenne a relevé cette anomalie en critiquant de façon acerbe la Commission dans sa gestion de l'appui budgétaire en Afrique subsaharienne:[138]

> Dans ses programmes d'ABG [Appui budgétaire général], la Commission n'a accordé que relativement peu d'attention au risque de corruption en ce qui concerne les objectifs, l'aide au renforcement des capacités et le suivi, et n'y fait que brièvement référence dans ses documents d'évaluation des programmes. Cela tient au fait que la Commission tend à considérer cette question comme relevant de la gouvernance au sens large; en conséquence, cette problématique n'a pas été suffisamment prise en compte dans le cadre des efforts de réforme de la GFP [Gestion des finances publiques]. En 2008, la Commission a toutefois sensiblement renforcé son action de lutte contre la corruption en Ouganda, en liaison avec d'autres donateurs et l'Office européen de lutte antifraude.

Certains observateurs – comme Timothy Kalyegira – de la question de la gestion du FED et de ses dérivés dans les pays subsahariens soulignent même que « si les pays européens 'n'ont rien de mieux à faire des deniers de leurs contribuables que de les donner à un gouvernement qui a de lourds antécédents en matière de corruption', il 'n'est que logique' que de hauts responsables corrompus se servent de

137 C Fayo 'Soupçons de corruption dans un projet européen en Somalie' *Le Monde*, 15 avril 2016, consultable sur: http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/04/15/soupcons-de-corruption-dans-un-projet-europeen-en-somalie_4902768_3212.html#r YkoOvGQzp9TQjKm.99 (consulté le 25 octobre 2018).

138 Cour des comptes européenne *Rapport spécial n° 11/2010*: *La gestion par la Commission, de l'appui budgétaire général dans les pays ACP, ainsi que dans les pays d'Amérique Latine et d'Asie (présenté en vertu de l'article 287, paragraphe 4, deuxième alinéa, du TFUE)* (2011) Office des publications officielles de l'Union européenne 24 (para 86). Et également les pages 20 (para 30), 21 (para 32), 31 (encadré), 45 (para 89) du Rapport spécial n° 11/2010. La Cour revient régulièrement sur la mauvaise gestion des relations entre l'UE et les États subsahariens par la Commission, la corruption étant structurelle et la Commission n'ayant que peu de bonnes pratiques, Cour des comptes européenne *Rapport spécial n° 2/2005 relatif aux aides budgétaires du FED aux pays ACP: la gestion par la Commission du volet 'réforme des finances publiques », accompagné des réponses de la Commission (présenté en vertu de l'article 248, paragraphe 4, deuxième alinéa, CE) (2005/C 249/01)*, JO 07/10/2005 n° C 249 1 et 10(34) 26 et 33(34); Cour des comptes européenne *Note d'information, Rapports annuels relatifs à l'exercice 2011 – Introduction et explication* (2012) Office des publications officielles de l'Union européenne 31-32; Cour des comptes européenne *Rapport annuel sur l'exécution du budget (2012/C 344/01)* JO 12/11/2012 n° C 344 1 et 171-172 (paras 7.9 à 7.10). Voir aussi Cour des comptes européenne *Rapport spécial n° 35/2016: L'utilisation de l'appui budgétaire pour améliorer la mobilisation des recettes nationales en Afrique subsaharienne (présenté en vertu de l'article 287, paragraphe 4, deuxième alinéa, du TFUE)*, (2017) Office des publications officielles de l'Union européenne 19 (para 31) et 22-23 (para 41).

cet argent pour acheter des maisons et des voitures de luxe ».[139] Il faut relever que la Commission européenne n'est pas elle-même un modèle dans le domaine de la bonne gestion des affaires publiques.[140] Ces paramètres font qu'avec les sommets UE-UA de 2017 et les négociations entamées en 2018 pour établir l'accord devant remplacer l'accord de Cotonou en 2020, une place importante est accordée à la lutte contre la corruption par la promotion de la notion de bonne gouvernance – non plus la notion de bonne gestion des affaires publiques – et du cadre panafricain de lutte contre la corruption.

4 LA NOUVELLE DYNAMIQUE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION DANS LES RELATIONS EURO-AFRICAINES

Cette nouvelle dynamique s'illustre à deux niveaux. Au niveau du partenariat stratégique UE-UA dans les actes concertés non conventionnels (4.1), et au niveau des négociations visant à remplacer l'accord de Cotonou (4.2).

4.1 Les apports du dernier partenariat stratégique UE-UA

Dans le cadre du partenariat stratégique entre l'UE et l'UA, depuis sa Communication conjointe avec le Haut représentant du 4 mai 2017[141] adoptée par le Conseil de l'Union le 19 juin 2017, la Commission prend en compte le cadre stratégique panafricain, c'est-à-dire l'Agenda 2063 et le socle normatif de l'UA. Cette communication a déterminé les orientations adoptées lors du cinquième sommet triennal entre les deux organisations, des 29 et 30 novembre 2017 à Abidjan (Côte d'Ivoire), et a établi la feuille de route des relations entre ces dernières pour les années 2018-2020.[142]

139 Cité par M Schenkel 'Ouganda: l'argent de l'UE nourrit la corruption' *Voxeurop*, 21 décembre 2012, http://www.voxeurop.eu/fr/content/article/3193221-l-argent-de-l-ue-nourrit-la-corruption (consulté le 25 octobre 2018).

140 J Sinnige 'Union européenne. Notes de frais: révélations sur les jets privés de la Commission' *Courrier International*, 10 août 2017, http://www.courrier international.com/article/union-europeenne-notes-de-frais-revelations-sur-les-jets-prives-de-la-commission (consulté le 25 octobre 2018).

141 Commission européenne, Haute Représentante de l'Union pour les Affaires étrangères et la politique de sécurité, Communication conjointe au Parlement européen et au Conseil du 4 mai 2017, *Un nouvel élan pour le partenariat Afrique-UE*, JOIN (2017) 17 final, SWD (2017) 150 final, SWD (2017) 151 final, 26.

142 *Id.* 1.

Si l'Agenda 2063 de l'UA est explicitement mentionnée tout comme l'Architecture africaine de gouvernance (AAG),[143] la Commission ne fait pas référence, dans sa communication, à la Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption de l'Union africaine. Elle revient toutefois sur le « renforcement des systèmes de gouvernance »[144] en encourageant notamment:[145]

> la coopération en matière de gestion des finances publiques, en privilégiant notamment les politiques/instruments proactifs de lutte contre la corruption et la fraude et en garantissant des systèmes efficaces de contrôle des finances publiques, le tout en soutenant le développement des capacités dans des domaines tels que les réformes de la politique fiscale, de l'administration fiscale et de la gestion des recettes issues des ressources naturelles ainsi qu'en luttant contre les flux financiers illicites, dans la foulée du programme d'action Addis-Abeba.

Cette position est adoptée conjointement entre l'UE avec ses États membres et l'UA avec ses États membres lors de la Déclaration du 5ème Sommet UE-UA des 29-30 novembre 2017.[146] Les États ont alors apporté leur soutien à « the declaration by the Assembly of the African Union of 2018 as the year of 'Winning the Fight Against Corruption: A Sustainable Path for Africa's Transformation' ».[147] Nonobstant la consécration de 2018 comme année de lutte contre la corruption de l'UA, il faut relever qu'un membre du Comité consultatif sur la

143 *Id.* 9. L'AAG se fonde sur 'un pilier [de] normes et valeurs communes/partagées' comme l'Acte Constitutif de l'Union Africaine; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples; la Déclaration de 1990 sur la situation politique et socio-économique en Afrique et les changements fondamentaux se déroulant dans le monde; l'Agenda du Caire pour la relance du développement économique et social de l'Afrique (1995); la Déclaration d'Alger sur les changements inconstitutionnels de gouvernement (2000); la Déclaration de Lomé sur une réponse de l'OUA aux changements inconstitutionnels de gouvernement; la Déclaration de l'OUA/UA sur les principes régissant les élections démocratiques en Afrique (2002); le protocole de 2003 relatif à la création du Conseil de Paix et de Sécurité de l'Union Africaine; la Convention de l'Union africaine pour la protection et l'assistance des personnes déplacées en Afrique (Convention de Kampala); la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption; le Protocole de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique; la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (aux pages 2-3). Le cadre institutionnel de l'AAG est composé de la Commission de l'UA; le Conseil de paix et de sécurité de l'UA; le Système continental d'alerte rapide; la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples; la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples; le Fond pour la Démocratie et l'assistance électorale; le Parlement panafricain; le Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique; le Mécanisme Africain d'Evaluation par les Pairs; le Conseil Economique, Social et Culturel; le Conseil consultatif de l'UA sur la corruption (à la page 4). Voir Union africaine 'Réunion technique sur l'Architecture africaine de gouvernance, 15-17 mars 2010, Banjul (Gambie)', https://www.iag-agi.org/IMG/pdf/architecture398b.pdf (consulté le 25 octobre 2018).

144 Commission européenne, Haute Représentante de l'Union pour les Affaires étrangères et la politique de sécurité, Communication conjointe au Parlement européen et au Conseil du 4 mai 2017 (n 138) 9-13.

145 *Id.* 12.

146 Voir African Union – European Union, Declaration 'Investing in youth for accelerated growth and sustainable development' 29-30 november 2017, Abidjan, AU-EU/Decl.1(V), paras 11 et 12(3) et paras 57(10), http://www.consilium.europa.eu/media/31991/33454-pr-final_declaration_au_eu_summit.pdf (consulté le 25 octobre 2018).

147 *Id.* 10 (para 57).

corruption au sein de l'Union africaine,[148] le ghanéen M. Daniel Batidam, a démissionné de ses fonctions en juin 2018 au regard de la « mauvaise gouvernance, l'abus de pouvoir à des fins de profits personnels et le manque d'intégrité au sein de plusieurs départements de l'institution continentale ».[149] Cette actualité illustre le caractère illusoire des dernières déclarations de bonnes intentions du Sommet UE-UA de novembre 2017. En effet, il s'agit d'actes concertés non conventionnels relevant du droit mou, dont le non-respect par des institutions de l'UA par exemple n'est susceptible de déclencher aucune sanction. On note aussi des nouveautés dans le cadre des négociations visant à établir un nouvel accord devant remplacer l'accord de Cotonou.

4.2 Les apports des négociations conventionnelles visant à remplacer l'accord de Cotonou

L'accord de Cotonou doit prendre fin en 2020 conformément à son article 95(1). Le même article prévoit, dans son paragraphe 4, d'entamer des négociations en vue d'examiner les dispositions qui régiront ultérieurement les relations ACP-UE dix-huit mois avant l'expiration de l'accord. De ce fait, la Commission a préparé dès décembre 2017, un projet d'accord dans sa *Recommandation de Décision au Conseil autorisant l'ouverture de négociations relatives à un accord de partenariat entre l'Union européenne et le groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique*, du 17 décembre 2017,[150] qui reprend certains éléments du partenariat stratégique.[151] Suite à cette proposition de la Commission européenne, le Conseil exécutif de l'UA adopte une *Décision relative à la position commune africaine pour la négociation d'un nouvel accord de coopération avec l'Union européenne*.[152] L'UA se félicite de la position européenne tendant à l'affaiblissement ou à la disparition du groupe ACP pour un cadre unique de coopération d'Union à Union/de Continent à Continent, indépendamment du cadre de la coopération ACP-UE.[153]

148 Organe institué par l'article 22 'mécanisme de suivi' de la convention de l'UA sur la prévention et la lutte contre la corruption, pour assurer l'application de la convention, analyser et rédiger des rapports sur la corruption.

149 R Guezodje 'Mauvaise gouvernance à l'Union africaine' *Deutsche Welle*, 18/06/2018, https://www.dw.com/fr/mauvaise-gouvernance-%C3%A0-lunion-africaine/a-44283580 (consulté le 25 octobre 2018).

150 Commission européenne, Communication du 12 décembre 2017, *Recommandation de Décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations relatives à un accord de partenariat entre l'Union européenne et le groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique*, 763 final COM (2017).

151 *Id.* 3.

152 Conseil exécutif 'Décision relative à la position commune africaine pour la négociation d'un nouvel accord de coopération avec l'Union européenne' Doc. Ext/EX.CL/2(XVIII) 1. https://au.int/sites/default/files/decisions/34054-ext_ex_cl_dec_ 1-2xviii_f26_march.pdf (consulté le 25 octobre 2018).

153 *Id.*, voir le point 4 (ii).

La proposition de la Commission vise à parvenir à un nouvel accord scindé en trois pactes régionaux qui auront un socle commun.[154] Le socle commun serait applicable aux trois pactes régionaux (UE-Afrique avec l'Afrique dans sa dimension continentale et non plus subsaharienne, UE-Pacifique et UE-Caraïbes). Si la première partie du socle commun – sur les dispositions communes – de la proposition d'accord mentionne l'engagement des parties à la prendre des mesures concrètes relatives à défendre la bonne gouvernance,[155] la deuxième partie du socle commun – sur les priorités stratégiques – fait toujours de la bonne gouvernance « un élément fondamental » du futur accord.[156] La notion de bonne gouvernance remplace celle de bonne gestion des affaires publiques et les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit restent des « éléments essentiels » du futur accord. Ainsi, nonobstant la modification mineure, il n'y a pas de changement radical par rapport à l'accord de Cotonou.

Le « Pacte UE-Afrique » a pour objectif de remplacer et d'actualiser « la stratégie commune Afrique-UE (Joint Africa-EU Strategy, JAES) ». Il fera également référence à des documents essentiels pour les deux parties, notamment l'Agenda 2063 de l'Afrique, la stratégie globale pour la politique étrangère et de sécurité de l'Union européenne et le consensus européen pour le développement.[157] Le « Pacte » reprendra ainsi les documents des Sommets UE-UA, ainsi que les textes de l'UA et de l'UE. La deuxième partie du « Pacte » – sur les priorités stratégiques – contient un titre II intitulé « droits de l'homme et gouvernance démocratique » s'inspirant du cadre de lutte contre la corruption de l'UA. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, y sont explicitement citées afin qu'elles « soient pleinement mises en œuvre ». Un encouragement est donné au « plus grand recours à l'administration en ligne » et la lutte contre la corruption par la mise en place d'une « une législation visant à réduire les flux financiers illicites, la fraude et la criminalité organisée ». La Convention de l'UA sur la prévention et la lutte contre la corruption n'est toutefois pas mentionnée.

Les nouvelles propositions européennes de la négociation du futur accord de 2020 sont simplement formelles et non substantielles. On ne relève pas de rupture par rapport à l'accord de Cotonou par un passage d'une clause « élément fondamental » à une « clause élément essentiel ». On note juste le passage de la lutte contre la corruption dans le cadre d'une bonne gestion des affaires publiques à la lutte contre la corruption dans le cadre de la bonne gouvernance avec des propositions de solutions relatives à l'e-administration. Si le Conseil

154 Commission européenne, Communication du 12 décembre 2017 (n 147) 1.

155 Voir le titre premier relatif aux objectifs.

156 Voir le titre premier intitulé 'Droits de l'homme, libertés fondamentales, démocratie, État de droit et bonne gouvernance'.

157 Voir la première partie relative au 'fondement de la coopération'.

adopte les directives de négociation proposées par la Commission, le 22 juin 2018,[158] la position de l'UA n'est pas encore établie. Dès lors, les propositions mentionnées sont susceptibles d'évoluer, mais, au regard du scandale récent dans le Comité consultatif sur la corruption de la convention de l'UA sur la prévention et la lutte contre la corruption, nous restons sceptiques quant à une réelle effectivité et efficacité du futur cadre juridique de lutte contre la corruption dans les relations euro-africaines. Une des solutions effectives à la lutte contre la corruption peut être la féminisation des postes de responsabilité. Certaines recherches ont montré que cette féminisation peut introduire une différence dans la bonne gestion des affaires publiques.[159]

5 CONCLUSION

La lutte contre la corruption dans les relations euro-africaines est une lutte sans fin au regard de la mauvaise volonté des acteurs européens et africains qui admettent un « minimum » de corruption tout en combattant les « cas graves » sur le papier. La réalité démontre que même les cas graves ne font pas l'objet d'une attention particulière par la partie qui octroie l'aide publique au développement. L'exclusion de l'application de la clause « élément fondamental' traduit les « exceptions permanentes au droit »[160] conventionnel de Cotonou. Les apports du dernier sommet UE-UA de novembre 2017 sont à relativiser au regard de leur caractère proclamatoire et les propositions dans le cadre des négociations du futur accord de 2020 ne démontrent pas une remise en cause fondamentale de l'ancien dispositif de l'accord de Cotonou. La féminisation des postes de responsabilité serait peut-être une des solutions pour lutter efficacement contre la corruption dans les relations euro-africaines.

158 Council 'EU - African, Caribbean and Pacific countries future partnership: Council adopts negotiating mandate' Press release, 375/18, 22/06/2018.

159 C Kumar Jha & S Sarangi 'Women and corruption: what positions must they hold to make a difference?' (2018) 151 *Journal of Economic Behavior & Organization* 219.

160 Dimier & Breton (n 102) 106.

Corruption and the right to vote in free and fair elections in Africa: is the will of the people on auction?

Edward Kahuthia Murimi and Selemani Kinyunyu***

ABSTRACT: This article examines the extent to which corrupt practices in electoral processes in Africa have hindered realisation of human rights generally and the right to vote in free and fair elections specifically. It demonstrates that corruption has had a deleterious effect on enjoyment of socio-economic rights, civil and political rights. The authors posit that there is an established pattern of widespread voter bribery, misuse of state resources and absence of effective regulations on campaign and political party financing in many African countries. The net effect of this pattern has been to render the genuineness of most elections questionable and free expression of the will of electors doubtful. The authors propose, inter alia, that African judiciaries should abandon their fixation with quantitative assessments in electoral disputes where mathematical questions of whether there is a clear 'winner' take precedence. This, at the expense of failure to interrogate the qualitative aspects of electoral processes and which interrogation would invalidate electoral outcomes tainted by corruption. To demonstrate commitment to safeguarding the right to vote in free and fair elections, we argue that political and judicial organs of the AU should understand corruption in electoral processes as attempts at unconstitutional change of government or retention of power.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

Corruption et le droit de vote dans élections libres et équitables en Afrique: la volonté du peuple à vendre

RÉSUMÉ: Cet article examine la mesure dans laquelle la corruption dans les processus électoraux en Afrique a entravé la réalisation des droits de l'homme en général et du droit de vote lors d'élections libres et équitables en particulier. L'article démontre que la corruption a eu un effet préjudiciable sur la jouissance des droits socio-économiques, civils et politiques. Les auteurs estiment qu'il existe un schéma établi de corruption généralisée, d'utilisation abusive des ressources de l'État et d'absence de réglementation efficace sur le financement des campagnes et des partis politiques dans de nombreux pays africains. Ce schéma a mis en doute la sincérité de la plupart des élections. Il a également remise en question la libre expression de la volonté de l'électeur. Les auteurs proposent, entre autres, que les cours et tribunaux africains abandonnent leur fixation sur les évaluations quantitatives lors des contentieux électoraux où la question mathématique qui prime est celle de savoir si un « gagnant » se dégage clairement. Ceci, au détriment de l'échec de l'examen des aspects qualitatifs des processus électoraux qui pourrait conduire à l'invalidation des

* LLB (University of Nairobi), Diploma in Human Rights and Gender Equality (Uppsala University) and LLM *Cum Laude* (University of Pretoria); Advocate of the High Court of Kenya and currently a Technical Advisor in the Good Governance Programme at GIZ-Kenya.

** LLB (Tumaini University), Post Graduate Diploma (The Law School of Tanzania) and an LLM (University of the Western Cape); Advocate of the High Court of Tanzania and currently Senior Policy Officer for Political and Legal Matters at the African Union Advisory Board on Corruption.

EKMurimi & S Kinyunyu 'Corruption and the right to vote in free and fair elections in Africa: is the will of the people on auction?' (2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 375-399
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a16

résultats électoraux dont le processus a été entaché d'actes de corruption. Afin de démontrer leur volonté de préserver le droit de vote lors d'élections libres et équitables, nous soutenons que les organes politiques et judiciaires de l'Union africaine doivent comprendre la corruption dans les processus électoraux comme une tentative de changement anticonstitutionnel de gouvernement ou de maintien du pouvoir.

KEY WORDS: corruption, right to vote, free and fair elections, African Democracy Charter, election observation mission

CONTENT:

1 Introduction 376
2 What is corruption and why is it perceived as being pervasive in Africa? 379
3 Nexus between corruption and human rights in Africa 382
3.1 Negative impact of corruption on selected human rights 384
4 Elections in Africa and the challenge of corruption 387
4.1 Legal framework on the right to vote and its interplay with corruption 390
5 African Union anti-corruption normative framework 394
6 Enhancing the right to vote and integrity of elections in Africa 396
7 Conclusion 398

1 INTRODUCTION

> Corruption is a cancer: a cancer that eats away at a citizen's faith in democracy.
>
> Joe Biden[1]

The subject of corruption has been interrogated extensively and the theoretical and empirical research on corruption is said to have produced 'a bewildering array of alternative explanations, typologies and remedies'.[2] Scrutiny of the subject by various academic disciplines has resulted in differences on causes, definitions, forms and consequences of corruption. However, there is unanimity that corruption is a longstanding, pervasive problem and a phenomenon that countries across the globe have had to grapple with.[3]

The corruption challenge, however, is particularly complex to tackle in Africa. According to the Corruption Perceptions Index 2017 by Transparency International, Africa is overall the worst performing region.[4] Huge investments have been made in the war on corruption by, among others, governments, development agencies and civil society organisations. At the African Union (AU) level, 2018 was declared the African Anti-Corruption Year, one of the aims being to lift the continent

1 Remarks by then United States Vice-President Joe Biden to Romanian civil society groups and students, Cotroceni Palace, Bucharest, Romania, 21 May 2014. Full text of the speech is available at https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/05/21/remarks-vice-president-joe-biden-romanian-civil-society-groups-and-stude (accessed 23 August 2018).

2 I Amundsen 'Political corruption: an introduction to the issues' (1999) 7 *Chr Michelsen Institute Development Studies and Human Rights* 1.

3 BA Gebeye 'Corruption and human rights: exploring the relations' (2012) 70 *Human Rights and Human Welfare Working Papers* 5.

4 See https://www.transparency.org/news/feature/a_redefining_moment_for_afri ca (accessed 23 August 2018).

out of the burden of corruption and to contribute to the attainment of Agenda 2063, Africa's development roadmap.[5] At the United Nations (UN) level, reference to the subject of corruption is made in the UN 2030 Agenda for Sustainable Development and Sustainable Development Goals. Goal 16 aims to 'promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels'. One of the targets under this goal is to 'substantially reduce corruption and bribery in all their forms'.[6] However, owing to the acknowledged complex nature of corruption with no quick-fix solutions to it, addressing corruption is a long-term process. Transparency International suggests a multi-pronged approach in anti-corruption efforts, including through public programmes, government reorganisation, law enforcement, public awareness and the creation of institutions to prevent corruption as well as attitude changes at all levels.[7] Others have proposed institutional and societal reforms where institutional reforms entail limiting authority, improving accountability and realigning incentives. Societal reforms include mobilising political will for sustained anti-corruption efforts and changing societal attitudes that foster corruption such as allegiance to personal loyalties over objective rules.[8]

The list of negative implications of corruption on the continent and elsewhere is a long one. This vice has been identified as a factor that negatively impacts on economies through losses of revenue because, among other reasons, governments cannot tax money hidden in bribes. Corruption also discourages investment and breeds inefficient delivery of public services as money and services are redirected from the general population.[9] Additionally, corruption is blamed for economic inefficiency as it inflates business costs such as in the case when bribes are demanded in order to obtain public works contracts. Bribery also leads to increased transaction costs because of the need for increased secrecy and anti-bribery policing.[10] When it occurs in the judiciary, corruption undermines the rule of law, while in public administration it results in inequality in providing services.[11]

5 Concept Note on the African Anti-Corruption Year 2, http://www.aga-platform.org/sites/default/files/2018-04/African%20Anti-Corruption%20Year%20-Concept%20No te1.pdf (accessed 23 August 2018).

6 Available at https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf (accessed 28 August 2018).

7 Cited in J Andvig et al 'Research on corruption: a policy-oriented survey' (2000) *Chr Michelsen Institute (CMI) & Norwegian Institute of International Affairs (NUPI)* 9.

8 P Dininio 'A handbook on fighting corruption' (1999) *Technical Publication Series, Centre for Democracy and Governance* 1, http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/usaid/fighting_corruption.pdf (accessed 23 August 2018).

9 D Stockemer 'Bribes and ballots: the impact of corruption on voter turn-out in 75 democracies' (2014) 4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1452312 (accessed 23 August 2018).

10 BC Smith Good governance and development (2007) 182.

11 Dininio (n 8) 5.

Human rights are equally adversely affected by the prevalence of corruption, and it is this interplay between human rights and corruption that will be the preoccupation of this article, with a particular focus on political participation rights in Africa. Four reasons have been advanced as to why it is relevant to link corruption and human rights.[12] First, clarity on the impact of corruption on human rights paves the way for the use of existing human rights mechanisms to combat corruption. Second, a perception of corruption as a violation of human rights raises awareness among the public about the consequences of corruption on individual interests which may result in greater public support for the fight against corruption. Third, a human rights approach to corruption may assist in circumventing legal technicalities that permit certain acts as technically lawful, but which constitute human rights violations. An example here is where judicial systems do not strictly forbid nepotism as unlawful, but such acts may be challenged as human rights violations of, say, equal rights to political participation or the right to equal access to public services. Fourth, given that it is widely accepted that corruption has the potential to undermine the full enjoyment and realisation of human rights, anti-corruption efforts are necessary ingredients of promoting and protecting human rights.[13]

Politically, it has been suggested that corruption undermines good governance and democracy as a whole by subverting formal processes.[14] Corruption has fuelled the rise of state and institutional capture which in turn breeds illiberal democracies. In the context of elections and civic processes, corruption reduces accountability and representation in policy making. Given that contested elections have become a major trigger of instability in Africa, corruption also increasingly is a key driver of systemic governance deficits and violent conflict on the continent. The 2007-2008 post-election violence in Kenya where 1 300 people lost their lives, the loss of 3 000 lives in Côte d'Ivoire after the 2010 presidential elections and the death of 800 people in Nigeria after the 2011 presidential voting are illustrations of how deadly electoral disputes are on the continent. At the heart of the causes of these violent elections are allegations of vote rigging by corrupt politicians.[15]

This article will focus on the nexus between corruption and the right to vote in free and fair elections. While existing literature has largely focused on corruption and its relationship with human rights in general, the article narrows down on the right to vote specifically. This specific attention to the right to vote is informed by an appreciation of the centrality of this right in facilitating African citizens to participate

12 JB Terracino 'Corruption as a violation of human rights' (2008) 2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1107918 (accessed 23 August 2018).

13 As above.

14 Dininio (n 8) 5.

15 SM Burchard *Electoral violence in sub-Saharan Africa: causes and consequences* (2015) 1 3; Human Rights Watch 'Nigeria: post-election violence killed 800' 16 May 2011, https://www.hrw.org/news/2011/05/16/nigeria-post-election-violence-killed-800 (accessed 15 October 2018).

in affairs of their governments, and peaceful transitions of power on the continent. The article thus aims to elaborate on how the right to vote can be protected from corrupt practices in the African context. It further aims to contribute to the growing body of knowledge that is advocating a shift to qualitative and not merely the quantitative assessment of elections in Africa. Qualitative assessments give primacy, beyond numbers, to issues such as corruption in determining whether elections are free and fair, while quantitative assessments are preoccupied with mathematical questions of whether there is a clear winner according to the vote count. The article is divided into five sections. Part 2 defines the concept of corruption in Africa. Part 3 details the negative impact of corruption on human rights. Part 4 examines corruption in elections generally and specific implications for the right to vote. Part 5 examines the AU anti-corruption normative framework. Part 6 outlines proposals for enhancing the right to vote and integrity of elections in the continent, while part 7 contains concluding observations.

2 WHAT IS CORRUPTION AND WHY IS IT PERCEIVED AS BEING PERVASIVE IN AFRICA?

Many definitions and categorisations of corruption exist. Andvig et al have referred to the variety as a 'battery of definitions' that only leave the option of choosing a set of definitions to work with. However, this may still be done in an 'infinite number of ways'.[16] Even the attempt to understand and define corruption as one phenomenon has been faulted on the grounds that in reality there are different forms of corruption and corruption levels may be perceived differently in one location depending on the form of corruption being considered.[17] Some authors have categorised corruption as either petty or low-level corruption or grand or high-level corruption, where the former includes all corruption that involves citizens making small graft payments to government officials in return for favours, while the latter entails bribery by interest groups to gain influence in the decision-making processes of government.[18] While adopting the petty versus grand categorization, Githongo posits that there is yet a third category of corruption which he calls 'looting'. According to his argument, this involves 'the kind of scams whose figures are so huge that when they are successfully concluded they have macroeconomic implications fairly quickly – they cause banks to collapse, inflation to rise, the exchange

16 Andvig (n 7) 10.

17 T Søreide 'Drivers of corruption. a brief review' (2014) *World Bank Studies. Washington, DC: World Bank* 5.

18 NS Neudorfer 'Development, democracy and corruption: how poverty and lack of political rights encourage corruption' (2015) 35 *Journal of Public Policy* 423.

rate to decline'.[19] Other broad analytical categorisations include political corruption versus bureaucratic corruption.[20] In this regard political corruption, on the one hand, is understood as occurring where high-ranking politicians and political decision makers take advantage of their positions to extract huge bribes from national and transnational corporations and embezzle large sums of money from public coffers into their private bank accounts. Bureaucratic corruption, on the other hand, is corruption in public administration experienced by citizens on a daily basis in their interaction with public administration and services such as hospitals, schools and licensing authorities.[21]

Zeroing in on specific definitions, several definitions have been widely adopted and will be highlighted. The World Bank has adopted what it refers to as a 'straightforward' definition of corruption – the abuse of public office for private gain.[22] Transparency International defines corruption as 'the abuse of entrusted power for private gain', perhaps the most widely-used definition.[23] Another common definition is that it is a 'transaction between private and public sector actors through which collective goods are illegitimately converted into private-regarding payoffs'.[24] Narrow or strict definitions of corruption, often captured in legal instruments, also exist and these tend to describe corruption in terms of particular agents, sectors or transactions.[25] The United Nations Convention against Corruption (UNCAC), while not providing an express definition of corruption, outlines a number of acts that state parties are required to establish as criminal offences. These include bribery; trading in influence; the abuse of functions; illicit enrichment; embezzlement; and laundering the proceeds of crime.[26] Similarly, the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption contains a generic definition of corruption that includes all acts and practices proscribed in the Convention.[27] Important to note for purposes of this article, however, is the fact that corruption in various contexts will have both legal and socio-cultural definitions and these are not always congruent.

19 J Githongo 'The culture of corruption in Kenya' Presentation made at the Annual General Meeting of the German Development Service in Kenya, Trisan Hotel, 1 December 2000, http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/politicaleconomy/Githongo/The%20Culture%20of%20Corruption%20in%20Kenya.doc (accessed 24 August 2018).

20 Andvig et al (n 7) 18.

21 As above.

22 The World Bank 'Helping countries combat corruption: the role of the World Bank' (1997) 8, http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/corrptn.pdf (accessed 24 August 2018).

23 See https://www.transparency.org/what-is-corruption#define (accessed 24 August 2018); Dininio (n 8) 3.

24 Andvig et al (n 7) 11.

25 As above.

26 See ch III of the Convention.

27 Art 1.

Nonetheless, it has been observed that anti-corruption efforts need to target both types of corruption.[28] The article does not seek to problematise the analytical conceptions of corruption but rather delves into the practical implications of the vice on human rights generally, and specifically on the right to vote in free and fair elections. The bottom line for the authors and, in the words of Justice Potter Stewart of the Supreme Court of the United States, is that we know it (corruption) when we see it.

We now briefly turn to the question of why corruption is perceived as being so prevalent on the African continent in relation to other regions of the world. Søreide identifies five factors that create opportunities for corruption and, therefore, are the drivers of corruption.[29] These factors, we submit, are applicable to the African context. The first driver is the idea of creating shortage. As an example, civil servants that have a discretionary authority create shortages in order to make corruption more rewarding by controlling supply. Examples include teachers who create shortages of good grades by reserving top grades for students who bribe, regardless of their abilities, or public officers that create shortages of public contracts by excluding suppliers that are unwilling to offer bribes. Second, Søreide contends that the manner in which state authority and bureaucracy are structured contributes to creating opportunities for corruption. In fragile, post-conflict countries and those where state authority is imposed, state authority becomes a tool for corruption. The misuse of this authority is further enabled by illiteracy, citizens that are uninformed of what to expect and generally weakened control functions. Third, corporate structures can drive corruption when the private sector is organised for corruption. This is exemplified by companies that are registered in tax havens to avoid paying taxes and other structures established to facilitate financial secrecy. Fourth, exclusive access to information is another driver of corruption as different actors exploit asymmetric information. Within the private sector, the motivation to create obstacles to competition is identified as another driver of corruption. Lastly, access to revenue from abroad in the form of revenues from export of natural resources and development aid is another key driver of corruption, this being particularly applicable to African countries. The argument here is that while such revenues can spur development, they are often detrimental. Actors attempt to benefit from these revenues with the help of corruption, and this entails high competition for influencing positions with incumbent politicians doing everything it takes to stay in power. In the process, such politicians undermine democratic processes to avoid being replaced by another network of allies.[30]

While discussing the challenge of corruption in Nigeria, Achebe contends that endemic corruption in the country is primarily driven by

28 BI Spector et al *Corruption assessment handbook: draft final report* (2006) 7, http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/USAIDCorAsmtHandbook.pdf (accessed 24 August 2018).

29 Søreide (n 17) 9-20.

30 Søreide (n 17) 17.

'a complete failure of leadership that has made corruption easy and profitable'.[31] Achebe asserts that to control corruption there is a need for checks and balances 'that will make corruption 'inconvenient' – with appropriate jail sentences and penalties to punish those that steal from the state'.[32] We observe that corruption in Africa is driven by a myriad of factors that do not uniformly apply to all African countries and not in the same degree. Generally, we are in agreement with the summation of the causes of corruption in the continent as described by Lumumba as follows:[33]

> In Africa, some of the identifiable causes of corruption include the negative colonial legacy, poor leadership, politics of the belly, omnipotent state, greed and selfishness, clientelism and patronage, nepotism, absence of popular participation of the public in government, weak institutions of governance, lack of accountability and transparency, lack of political will, weak ethical values, centralist nature of the state and concentration of state power, weak judicial system and constant insecurity and conflicts.

With the above overview of corruption as a concept and its drivers on the African continent, the next section will demonstrate the link between corruption and human rights generally. The subsequent section will zero in on the impact of corruption on the right of African citizens to vote in free and fair elections.

3 NEXUS BETWEEN CORRUPTION AND HUMAN RIGHTS IN AFRICA

While the relationship between corruption and economic performance is now well understood, the nexus between corruption and human rights is yet to be fully appreciated, and serious research on this relationship is in its early stages.[34] Viljoen observes that the links between corruption and human rights 'are manifold'; that all potential gains of human rights may be lost if the vice stifles entrepreneurship, economic development and ultimately breeds political dissent.[35] There is a warning, however, against a generalisation of this link and that not all acts of corruption imply a human rights violation.[36] Overstretching this logic, it is argued, will 'banalise and overextend the application of human rights principles'.[37] It is to this end that the United Nations

31 S Baldauf 'Chinua Achebe on corruption and hope in Nigeria' 22 March 2013, https://www.csmonitor.com/World/Africa/2013/0322/Chinua-Achebe-on-corruption-and-hope-in-Nigeria (accessed 26 August 2018).

32 As above.

33 PLO Lumumba 'Corruption: the bane of Africa' in E Nduku & J Tenamwenye (eds) *Corruption in Africa: a threat to justice and sustainable peace* (2014) 22.

34 JT Gathii 'Defining the relationship between human rights and corruption' (2009) 31 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 126.

35 F Viljoen *International human rights law in Africa* (2012) 272-273.

36 The International Council on Human Rights Policy 'Corruption and human rights: making the connection' (2009) 3, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract _id=1551222 (accessed 26 August 2018).

37 The International Council on Human Rights Policy (n 36) 4.

Human Rights Council has been working on assessing the negative impact of corruption on the enjoyment of human rights.[38]

Existing conventions on corruption and human rights have not made this connection any clearer as it is observed that international conventions on corruption rarely mention human rights and, conversely, key human rights conventions hardly refer to corruption.[39] However, there are exceptions, and the AU Convention on Preventing and Combating Corruption is an example. The Preamble to the Convention recognises the negative effects of corruption and impunity on the political, economic, social and cultural stability of African states and its devastating effects on the economic and social development of African peoples. It further recognises that corruption undermines accountability and transparency in the management of public affairs as well as socio-economic development on the continent. Article 2(4) of the Convention lists one of the objectives of the Convention as being 'to promote socio-economic development by removing obstacles to enjoyment of economic, social and cultural rights as well as civil and political rights'. Further, article 3(3) of the Convention establishes as one of the principles of the Convention the respect for human rights in accordance with the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter). Even though these provisions are 'not framed in the language of a human rights instrument', as Viljoen observes, the Convention recognises the indivisibility between corruption, human rights and development.[40]

Judicial interpretation in national and regional courts suggests that courts are not in doubt as to the linkages between corruption and human rights. The South African Constitutional Court on several occasions has determined that corruption negatively impacts on human rights. The Court has found that corruption and maladministration 'undermine the constitutional commitment to human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms'.[41] The Constitutional Court has further ruled that 'corruption has a deleterious impact on a number of rights in the Bill of Rights'; in addition, that 'the state's obligation to respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights thus inevitably, in the modern state, creates a duty to create efficient anti-corruption mechanisms'.[42] The African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) has also made a determination that buttresses the relationship between corruption and human rights. Article 3 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) provides for the jurisdiction of the Court which

38 Resolution A/HRC/RES/35/25 of the United Nations Human Rights Council, 23 June 2017.

39 The International Council on Human Rights Policy (n 36) 4.

40 Viljoen (n 35) 273.

41 *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath & Others* 2001 (1) SA 883 (CC).

42 *Glenister v President of the Republic of South Africa & Others* 2011 (3) SA 347 (CC).

extends to interpretation of the African Charter, the African Court Protocol and 'any other relevant human rights instrument ratified by the state concerned'. In the case of *Actions pour la Protection des Droits de l'Homme v Côte d'Ivoire* the African Court determined that the African Charter on Democracy, Elections and Governance (African Democracy Charter) is a human rights instrument for purposes of article 3 of the African Court Protocol.[43] This means that the African Court can interpret and apply the African Democracy Charter. There are numerous provisions in the Democracy Charter that address corruption,[44] and the argument can therefore be made that for the African Court to clothe itself with jurisdiction to interpret such provisions is an acknowledgment of the link between human rights (the primary preoccupation of the Court) and subjects covered in the African Democracy Charter such as corruption.

3.1 Negative impact of corruption on selected human rights

The impact of corruption on specific human rights is well captured in existing literature and particularly with regard to socio-economic rights. This impact will be illustrated below, albeit non-exhaustively, as the emphasis will be on four rights, namely, the rights to equality and non-discrimination; the right to a fair trial; the right to adequate housing; and the right to health.

The African Charter guarantees every individual an entitlement to the rights and freedoms in the Charter 'without distinction of any kind such as race, ethnic group, colour, sex, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, fortune, birth or other status'.[45] In addition, every individual is guaranteed equality before the law and equal protection of the law[46] as well as the right of equal access to public service.[47] It has been suggested that 'corrupt acts intrinsically distinguish, exclude or prefer ... in ways that impede individuals from exercising one or more rights'.[48] Public officials are required to treat all individuals equally, but corruption often leads to some being privileged over others. When similar cases in public service are treated differently as a result of corruption, the principle of equality and non-discrimination is infringed as corruption is not an objective or reasonable justification for the differential treatment.[49] The Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights has noted that corruption leads to discriminatory access to public services and

43 Application 1/2014 Judgment of 18 November 2016 para 65.
44 See arts 2(9), 3(9), 27(5) & 33(3).
45 Art 2.
46 Art 3.
47 Art 13(2).
48 The International Council on Human Rights Policy (n 36) 32.
49 The International Council on Human Rights Policy (n 36) 33.

particularly excludes the poor from access to goods and services offered by the administration. The Committee further observed that corruption offends the principle of non-discrimination and in the process affects other human rights when, for instance, it motivates discriminatory access requirements that negatively impact on the right to education.[50]

Corruption also negatively affects the right to a fair trial. The various components of this right are guaranteed in article 7 of the African Charter. Corruption in the judiciary has been identified as a 'very concrete example that illustrates the negative impact of corruption on the enjoyment of human rights' as it directly affects the right to a fair trial by an independent and impartial tribunal.[51] Corruption in the judiciary has been described as entailing

> acts or omissions that constitute the use of public authority for the private benefit of court personnel, and results in the improper and unfair delivery of judicial decisions. Such acts and omissions include bribery, extortion, intimidation, influence peddling and the abuse of court procedures for personal gain.[52]

In Uganda, for example, the Uganda Law Society has complained that court files are deliberately misplaced in what has been termed as files 'developing feet'. This is one of the ways of extorting bribes from accused persons who after having paid bribes are then informed that their files have been found.[53] Besides members of the bench, other actors in the judicial system, such as the police when they tamper with evidence or prosecutors who deliberately fail to act competently in dealing with evidence generated by the police, can all contribute to judicial corruption.[54] All the above illustrations of corruption in the judicial system can directly contribute to a violation of the right to a fair trial.

Socio-economic rights such as the right to adequate housing, health and education can equally be negatively affected by corrupt practices. The right to adequate housing is not expressly provided for in the African Charter, but the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) has inferred the right from other rights in the Charter. The Commission has determined that the combined effect of the right to property, health and protection of the family 'reads into the Charter a right to shelter or housing'.[55] The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (ESCR Committee), the treaty body under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), has issued a General Comment elaborating on the right to adequate housing. The ESCR Committee clarified that

50 Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights, A/HRC/28/73, 5 January 2015 7.

51 As above.

52 MN Pepys 'Corruption within the judiciary: causes and remedies' in Transparency International *Global Corruption Report 2007: corruption in judicial systems* (2007) 3.

53 Economic Commission for Africa 'Deepening the judiciary effectiveness in combating corruption' (2009) ECA/GPAD/TP/06/3,16.

54 Transparency International (n 52) xxi.

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

factors determining adequacy of housing included legal security of tenure; the availability of services, materials, facilities and infrastructure; affordability; habitability; accessibility; location; and cultural adequacy.[56] Corruption undermines these factors in various ways, and examples include the bribery of officials to grant leases on land that is already occupied, thus undermining security of tenure. The embezzlement of funds meant for housing or construction of substandard houses occasioned by the fraudulent selection of contractors impairs habitability.[57] A 2010 presidential housing project in South Africa that was intended to provide plots of land for slum dwellers south of Johannesburg illustrates how corruption can undermine the right to adequate housing. Officials responsible for this project were accused of having collected monies from local residents, the intended beneficiaries, later either allocating the land to non-residents or illegally receiving money from several residents for single plots. Many were therefore left without land intended for better housing after having lost money corruptly demanded by officials.[58]

Corrupt practices also directly and indirectly contribute to a violation of the right to health. Dainius Puras, the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, has submitted a report to the UN General Assembly that focuses on the implications of corruption on the right to health.[59] The report notes that 'most common forms of corruption in the health sector are selling government posts, absenteeism, bribes, procurement corruption, theft or misuse of property, fraud, and embezzlement of user fee revenue, as well as informal payments to health-care providers'. Corruption scandals in Kenya's Ministry of Health illustrate the extensive nature of procurement corruption in the health sector, in the process undermining the right to health. Kenya's Auditor-General confirmed that the Ministry could not account for US $10 million because of unavailable payment vouchers and related supporting documents. Recently, the same Ministry allegedly occasioned the loss of US $70 million through the purchase of CAT scanners at inflated costs.[60] Besides these direct ways in which corruption can negatively impact on the right to health, corrupt practices can indirectly occasion a negative

56 Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment 4: The right to adequate housing adopted at its 6th session, 13 December 1991 (E/1992/23).

57 The International Council on Human Rights Policy (n 36) 51.

58 C Ryan 'Presidential housing project bogged down in corruption and fraud' 10 January 2017, https://www.groundup.org.za/article/presidential-housing-project-bogged-down-corruption-and-fraud/ (accessed 17 October 2018).

59 Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, UN General Assembly, A/72/137, 14 July 2017.

60 F Olick 'New audit confirms Sh5 billion Afya House scandal' The Star 6 March 2018, https://www.the-star.co.ke/news/2018/03/06/new-audit-confirms-sh5-billion-afya-house-scandal_c1725045 (accessed 17 October 2018); I Oruko 'Sh7bn scandal hits health ministry' Daily Nation 19 June 2018, https://www.nation.co.ke/news/Sh7bn-scandal-hits-Health-ministry/1056-4619498-hs9tysz/index.html (accessed 17 October 2018).

impact on the right to health. For example, where public officers corruptly permit unlawful and unregulated waste disposal, the negative implications on health are an indirect effect of the corrupt act.

As seen from the above examples, corruption can, broadly, have a negative impact on various human rights. Narrowly and technically, corrupt acts can occasion violations of human rights, which violations can withstand judicial scrutiny and legal criteria for establishing human rights violations. The next section and the rest of the article focus on the link between corruption and political rights. The spotlight will specifically be on the right to vote in free and fair elections.

4 ELECTIONS IN AFRICA AND THE CHALLENGE OF CORRUPTION

Emphasising the importance of the right to vote, Justice Albie Sachs of the South African Constitutional Court has described this as follows:[61]

> The vote of each and every citizen is a badge of dignity and of personhood. Quite literally, it says that everybody counts. In a country of great disparities of wealth and power it declares that whoever we are, whether rich or poor, exalted or disgraced, we all belong to the same democratic South African nation.

However, in many African countries the right to vote all too often is not respected and the voices of voters are muzzled, courtesy of electoral fraud manifested in various acts that could rightly be described as corrupt acts. Three reports from the European Union Election Observation Missions (EU-EOM) on elections in three African states paint a general picture of the way in which corruption plays out in the period before and during elections on the continent. In Eastern Africa, Uganda held presidential elections in 2016 and the EU-EOM final report on the elections outlined several corrupt practices, including the distribution of cash during campaigns, camouflaged as the reimbursement of participants' transport costs. During campaigns large sums of money were given to religious and community leaders. In addition, party representatives would leave money at gas stations for voters to obtain free fuel. As voting day drew nearer, the report notes that parliamentary candidates for the ruling party received 'facilitation cash' of up to 20 million Uganda shillings (about USD 5 400) for parliamentary candidates and 15 million Uganda shillings (about USD 4 100) for local election candidates.[62]

In Southern Africa, Zambia held its general elections in August 2016 and the EU-EOM similarly observed incidents of corruption in the electoral process. The final report noted that the ruling party, the Patriotic Front, used state resources to offer incentives to voters. These included allocations of land to former miners; the cancellation of water accounts in the Copperbelt province; and the distribution of subsidised

61 *August & Another v Electoral Commission & Others* 1999 (3) SA (CC) 1 para 17.

62 European Union *Election Observation Mission Final Report Uganda Presidential, Parliamentary and Local Council Elections*, 18 February 2016 19, https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/uganda-fr-forprint-14-04-2016_en_0.pdf (accessed 30 August 2018).

fertiliser in Central Province. Further, in the absence of regulations on campaign finance and any limits on campaign spending, the Mission observed that 'resources available to political parties and candidates varied considerably and there was no transparency or accountability in both the sources of funding and how funds were spent'.[63]

The third illustration is from West Africa where Sierra Leone held general elections in March 2018. The final report by EU-EOM noted that 'a feature of the campaign was the abuse of incumbency' and this was characterised by giving money to attendees of events organised by the ruling party. Notably, other political parties also handed out money. There were also instances of government officials working for the ruling party. An example was the head of a parastatal who was also the Chairperson for the ruling party in one of the districts.[64] Election observation missions of the AU have also established a lack of integrity on the part of election officials. Zanzibar conducted re-run elections in March 2016, and the AU Technical Election Observation Mission noted fraudulent counting processes. In one instance the presiding officer 'simply counted the number of invalid ballot papers, deducted them from the total number of cast ballot papers and concluded that the rest were for CCM without physically counting the ballots'. In another incidence of electoral fraud, the presiding officer counted the votes alone and then announced the results to the party agents and observers.[65] International IDEA has observed that a lack of transparency on the part of the electoral management body in electoral processes leads to a suspicion that fraud is taking place. Examples of such absence of transparency according to the institution include cases where observers and members of the public cannot access a progressive vote count and aggregation data or where there is an undue delay in announcing and validating results.[66]

The above examples demonstrate the negative role of money in Africa's politics and particularly in electoral processes, the absence of effective regulations on campaign and political party financing compounding the situation. A number of factors have been identified to explain why such regulations, even where they exist, have not impacted the behaviour of different actors in the political process, including political parties, candidates and financiers. Some of these factors include (a) the existence of a largely poor electorate that the state and political elite treat as dependents or clients; (b) illicit financial flows

63 European Union Election Observation Mission *Final Report Republic of Zambia General Elections and Referendum* 11 August 2016 21, https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/final_report_eu_eom_zambia_3.pdf (accessed 30 August 2018).

64 European Union Election Observation Mission *Final Report Republic of Sierra Leone Presidential, Parliamentary and Local Council Elections 2018*, 21 June 2018, https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_eom_sl_2018_final_report_4.pdf (accessed 30 August 2018).

65 African Union Commission *African Union Technical Election Observation Mission to the 20 March 2016 Re-Run Elections In Zanzibar, Tanzania*, June 2016 9, https://au.int/en/documents/20160620-0 (accessed 30 August 2018).

66 International Institute for Democracy and Electoral Assistance 'Electoral management design' (2014) 23, https://www.idea.int/sites/default/files/publications/electoral-management-design-2014.pdf (accessed 3 September 2018).

and proceeds of crime that are used to finance political activities; (c) weak oversight and poorly-conceptualised penalties for violations of political financing regulations; and (d) the behaviour and attitudes of party members and leaders.[67]

It is evident from the above that most corrupt acts are perpetrated by incumbents and the use of money in the abuse of state resources is a defining aspect. Important to note, however, is the fact that the abuse of state resources does not only involve the spending of money. Other ways include state media favourably covering the incumbent party or using civil servants in campaigns while they are still on duty.[68] The preliminary statement issued by the EU-EOM following the 30 July 2018 harmonised elections in Zimbabwe noted that there was biased coverage by the state-owned media with the ruling party receiving 84,9 per cent and 81,8 per cent air time on state television and radio respectively. The ruling party, ZANU-PF, and its presidential candidate 'benefited from extensive additional coverage on ZBC through news on government achievements and live broadcasting of activities conducted by Emmerson Mnangagwa as Head of State'.[69] There are suggestions that the way in which corruption plays out in the financing of campaigns and political parties influences the outcome of elections and the political decisions made afterwards. The special interests behind the political financing, which can be in the form of legal and illegal businesses, have been blamed for the phenomenon referred to as 'state capture'. State capture has been described as a situation in a country where 'the policy and legal environment of the state is shaped to the captor's advantage at the expense of the rest of the population'.[70] South Africa's Chief Justice Mogoeng aptly captures this threat as follows:[71]

> The reality is that private funders do not just thoughtlessly throw their resources around. They do so for a reason and quite strategically. Some pour in their resources because the policies of a particular party or independent candidate resonate with their world-outlook or ideology. Others do so hoping to influence the policy-direction of those they support to advance personal or sectional interests. Money is the tool they use to secure special favours or selfishly manipulate those who are required to serve and treat all citizens equally.

From the above examples, which are only illustrative of what is occurring in many other African countries, the authors observe that the overall integrity of elections is questionable when these acts are

67 International Institute for Democracy and Electoral Assistance 'Southern Africa policy dialogue: money in electoral processes' International IDEA Policy Dialogue, 15-16 August 2016, Namibia 16.

68 M Ohman 'Africa' in International IDEA *Funding of political parties and election campaigns: handbook on political finance* (2014) 55.

69 European Union Election Observation Mission Republic of Zimbabwe Harmonised Elections 2018 Preliminary Statement, 1 August 2018 10, https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/010818ps_-_eu_eom_zimbabwe.pdf (accessed 31 August 2018).

70 International Council on Human Rights Policy 'Integrating human rights in the anti-corruption agenda: challenges, possibilities and opportunities' (2010) 46, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705396 (accessed 2 September 2018).

71 *My Vote Counts NPC v Minister of Justice and Correctional Services & Another* 2018 (8) BCLR 893 (CC) para 40.

observed in electoral processes. Broadly speaking, the prevalence of such practices on the continent seriously dents the quality and legitimacy of the 'democracies' on the continent. Instead of the vote of every citizen counting, these acts disenfranchise the African electorate, and the political elite essentially put a price on the voice of the citizen through the various forms of undue influence and blatant bribery. The net effect is that the right to vote in free and fair elections faces the risk of becoming a theoretical right as the practice is in such great contrast to the normative elements of this right.

The next section examines the content of the right to vote in free and fair elections and the enabling legal framework and how incompatible the elements of this right are with corruption. It further examines duties of states to protect, respect and promote this right as interpreted by treaty bodies, regional and national courts.

4.1 Legal framework on the right to vote and its interplay with corruption

The right to vote in free and fair elections is guaranteed in several international, regional and national legal instruments. A brief overview of these instruments and their relationship with African states is outlined below.

The Universal Declaration of Human Rights (Universal Declaration) provides for every person's right and opportunity to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely-chosen representatives, and the right of equal access to public service. It further provides that the will of the people shall be the basis of the authority of government and this will shall be expressed in periodic and genuine elections.[72] A similar provision is provided for in article 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), which has been ratified by all African UN member states except South Sudan.[73] Specifically, article 25(b) of ICCPR provides for the right and opportunity of every citizen 'to vote and to be elected at *genuine* periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the *free expression of the will of the electors*'.[74] The obligations of state parties to ICCPR are therefore applicable to all African states, with the abovementioned exception. The right to vote is also found in other international human rights instruments, including the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD);[75] the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW);[76] and the Convention on the Political Rights of

72 Art 21.

73 See the list of ratifications at http://indicators.ohchr.org/ (accessed 2 September 2018).

74 Our emphasis.

75 Art 5.

76 Art 7.

Women.[77] Importantly, in order to have meaningful elections, the protection of some other fundamental rights and freedoms is critical. These rights are the right to freedom of expression; freedom of information; freedom of assembly; freedom of association; and freedom of movement.[78] The language used in article 25 of ICCPR makes it clear that incidences of undue influence in African states' elections as illustrated above raise the question of whether such elections are genuine and whether the results of such elections are a free expression of the voters.

The Human Rights Committee, the treaty body charged with monitoring the implementation of ICCPR, has issued General Comment 25 to elaborate on article 25 of ICCPR.[79] In elaborating paragraph 25(b), the Committee stated that elections must be conducted freely and fairly and that persons entitled to vote must be free to vote for any candidate for election and be free to support or oppose government. This should be permitted 'without undue influence or coercion of any kind which may distort or inhibit the free expression of the elector's will'. The Committee further clarified that conformity with the right to vote requires that voters are able to 'form opinions independently, free of violence or threat of violence, compulsion, *inducement or manipulative interference* of any kind'.[80] As discussed earlier, campaign and political party financing, if not regulated, can unduly influence the course of an election, often in favour of the ruling parties. In an apparent recognition of this, the Committee elaborated that reasonable limitations on expenditure during campaigns can be justified especially where these are meant to ensure that 'the free choice of voters is not undermined or the democratic process distorted by the disproportionate expenditure on behalf of any candidate or party'.[81] In addition to the above, state parties to ICCPR are required to indicate in state reports measures adopted to 'guarantee genuine, free and periodic elections and how their electoral system or systems guarantee and give effect to the free expression of the will of the electors'.[82]

At the regional level, article 13 of the African Charter provides for every citizen's right to participate in her country's government directly or through freely-chosen representatives in accordance with the law. Article 17 of the African Democracy Charter in provides that 'State Parties re-affirm their commitment to regularly holding transparent, free and fair elections in accordance with the Union's Declaration on the Principles Governing Democratic Elections in Africa'. This entails

77 Arts I, II & III.

78 Centre for Human Rights 'Human rights and elections: a handbook on the legal, technical and human rights aspects of elections' (1994) 5, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training2en.pdf (accessed 2 September 2018).

79 Human Rights Committee General Comment 25 Article 25 The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service, adopted at the 57th session of the Human Rights Committee on 12 July 1996, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7.

80 Human Rights Committee General Comment 25 (n 80) para 19 (our emphasis).

81 As above.

82 Human Rights Committee General Comment 25 (n 80) para 22.

having independent and impartial national election bodies, national mechanisms to resolve election disputes in a timely manner, fair and equitable access to state-controlled media during elections and a binding code of conduct governing all political actors.

In the case of *Actions pour la Protection des Droits de l'Homme v The Republic of Côte d'Ivoire* the African Court made a determination that an imbalance in the composition of the Ivorian electoral body (eight government representatives and four opposition representatives) meant that it could not meet the conditions of independence and impartiality.[83] In an interesting joint interpretation of the African Democracy Charter and the African Charter, the African Court ruled that this imbalance in the composition of the electoral body and the law enabling the same constituted a violation of article 17 of the Democracy Charter, which in turn affected 'the right of every Ivorian citizen to participate freely in the conduct of the public affairs in his country as guaranteed by article 13 of the Charter on Human Rights'.[84] The authors submit that in line with the above logic, corrupt activities in electoral processes that go against the implementation principles of the African Democracy Charter which include a 'condemnation and rejection of acts of corruption, related offenses and impunity'[85] would also be a violation of the right to vote in free and fair elections that can be read into article 13 of the African Charter.

It is useful to note that the African Court, while deciding on an alleged violation of article 13 of the African Charter, has endorsed the interpretation of article 25 of ICCPR by the Human Rights Committee in General Comment 25. In the case of *Rev Christopher R Mtikila v United Republic of Tanzania*[86] the African Court stated:

> The Court agrees with this General Comment, as it is an authoritative statement of interpretation of Article 25 of ICCPR, which reflects the spirit of article 13 of the Charter and which, in accordance with Article 60 of the Charter, is an 'instrument adopted by the United Nations on human and peoples' rights' that the Court can 'draw inspiration from' in its interpretation of the Charter.

At the national level, the right to vote is provided for in most national constitutions on the continent.[87] National courts have had occasion to interpret the relationship between corruption and the right to vote in free and fair elections, and three decisions of the Supreme Court of Uganda and Kenya and the Constitutional Court of South Africa are highlighted. In *Rtd Col Dr Kizza Besigye v Electoral Commission, Yoweri Kaguta Museveni*[88] the Supreme Court of Uganda found that there was evidence of a deletion of voters' names from the voters' register, wrongful counting and tallying of results, bribery,

83 Application 1/2014 (n 43) paras 129-133.

84 Application 1/2014 (n 43) para 136.

85 Art 3(9) African Democracy Charter.

86 Application 11/2011 para 107.

87 Examples include art 38 of the Constitution of Kenya; sec 19 of the South African Constitution; art 54 of the Angolan Constitution; and art 40 of the Malawian Constitution.

88 Election Petition 1 of 2006 [2007] UGSC 24 (30 January 2007).

intimidation, violence, multiple voting and ballot stuffing.[89] However, the Court still dismissed the petition on the grounds that the irregularities and malpractices did not substantially affect the overall outcome of the elections.[90] We observe that the Court placed more importance on the numbers, essentially endorsing the approach that quantity will tramp quality.

The decision of the Ugandan courts can be contrasted with the unprecedented decision in the region where the Supreme Court of Kenya in *Raila Amolo Odinga & Another v Independent Electoral and Boundaries Commission & 2 Others*[91] the Court nullified the election of Uhuru Kenyatta as President. Although the Court found that the allegations of bribery, undue influence and inducement had not been proven, it still nullified the elections on the grounds of other 'illegalities and irregularities'. Importantly, and in contrast with the decision in the *Kizza Besigye* case, the Court underscored that quantity was as important as quality in elections. The Court held:[92]

> Where do all these inexplicable irregularities, that go to the very heart of electoral integrity, leave this election? It is true that where the quantitative difference in numbers is negligible, the Court, as we were urged, should not disturb an election. But what if the numbers are themselves a product, not of the expression of the free and sovereign will of the people, but of the many unanswered questions with which we are faced? In such a critical process as the election of the President, isn't quality just as important as quantity? ... It is our finding that the illegalities and irregularities committed by the 1st respondent were of such a substantial nature that no Court properly applying its mind to the evidence and the law as well as the administrative arrangements put in place by IEBC can, in good conscience, declare that they do not matter, and that the will of the people was expressed nonetheless.

The South African Constitutional Court in *My Vote Counts NPC v Minister of Justice and Correctional Services and Another*[93] had to interpret the interplay between the right to vote, the right of access to information and the threat of corruption in the context of failure to disclose information on private funding for political parties and independent candidates. In underlining the importance of transparency in electoral processes, the Court observed:[94]

> The future of the nation largely stands or falls on how elections are conducted, who gets elected into public office, how and why they get voted in. Only when transparency and accountability occupy centre stage before, during and after the elections may hope for a better tomorrow be realistically entertained.

The Court further held that a 'lack of transparency on private funding provides fertile and well-watered ground for corruption or the deception of voters'.[95] In conclusion, the Court made the determination that whereas every citizen has a right to free and fair elections, there can

89 As discussed in OB Kaaba 'The challenges of adjudicating presidential election disputes in domestic courts in Africa' (2015) 15 *African Human Rights Law Journal* 346.

90 As above.

91 Presidential Petition 1 of 2017, http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/140716/ (accessed 4 September 2018).

92 At paras 378-379 of the majority decision.

93 *My Vote Counts* (n 71).

94 *My Vote Counts* (n 71) para 32.

95 *My Vote Counts* (n 71) para 48.

be no free and fair elections when the media and civil society as a whole have no access to information about private political funding.[96]

From the above it is observed that the right to vote in free and fair elections is directly violated when corruption taints the electoral process. The free expression of the electors cannot be ascertained when they are compromised by bribes, when governments compromise the independence of national electoral bodies or when sources of campaign or political party funding are shrouded in secrecy, as discussed above. African states are obligated under international and regional human rights instruments to take legislative and other measures to ensure that their citizens enjoy the right to vote. The challenge, however, remains walking the talk as most African states have anchored the right to vote at the highest level – in national constitutions – and therefore the problem is not necessarily the absence of norms.

In the next section we examine the AU anti-corruption legal framework, its sufficiency or lack thereof to protect the right to vote, and subsequently interrogate what role the AU and regional economic communities can play to utilise the existing normative framework for the practical realisation of the right of African citizens to vote in free and fair elections.

5 AFRICAN UNION ANTI-CORRUPTION NORMATIVE FRAMEWORK

Various AU instruments address the issue of corruption, albeit with varying degrees of detail. Article 12 of the AU Convention on Values and Principles of Public Service and Administration obligates state parties to, inter alia, enact laws and adopt strategies to fight corruption through the establishment of independent anti-corruption institutions. Articles articles 2(9), 3(9), 27(5), 33(3) of the African Democracy Charter mandate state parties to promote the fight against corruption, to condemn and reject acts of corruption and to prevent and combat corruption and related offences. Paragraph 83 of the New Partnership for Africa's Development (NEPAD) Declaration (2001) highlights the adoption of effective measures to combat corruption and embezzlement as one of the focus areas for institutional reforms under NEPAD's capacity-building initiatives. In the AU Declaration on the Principles Governing Democratic Elections in Africa (2002) AU member states commit themselves to 'take all necessary measures and precautions to prevent the perpetration of fraud, rigging and any other illegal practices throughout the electoral process'.[97] The objectives, standards, criteria and indicators for the African Peer Review Mechanism (APRM), adopted in March 2003 by the NEPAD Implementation Committee, lists 'fighting corruption in the political sphere' as one of the key objectives for democracy and political governance. At the regional level, anti-corruption instruments include

96 *My Vote Counts* (n 71) para 95.
97 Para III (g) of the Declaration.

the Economic Community of West African States (ECOWAS) Protocol on the Fight against Corruption[98] and the Southern African Development Community (SADC) Protocol against Corruption.[99] The most comprehensive anti-corruption instrument by the AU is the Convention on Preventing and Combating Corruption which is discussed in greater detail below.

In response to the corruption pandemic, on 11 July 2003 the Assembly of Heads of State and Government of the AU adopted the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption.[100] This Convention has five primary aims, namely, to promote and strengthen mechanisms required to prevent, detect, punish and eradicate corruption; to promote, facilitate and regulate state cooperation on corruption matters; to coordinate and harmonise corruption policies and legislation; to promote the free enjoyment of economic, social and cultural rights as well as civil and political rights; and to foster transparency and accountability in the management of public affairs.[101] The Convention further requires state parties to adopt administrative, legislative and supplementary measures to prevent and combat corruption.[102] The Convention currently has 49 signatories and 38 ratifications out of the total of 55 member states of the AU.[103] This makes it one of the most widely-ratified AU instruments, indicative, at least on paper, of the overwhelming political support to tackle graft on the continent. The Convention is one of the AU's shared values instruments that anchor the African Governance Architecture (AGA), the overall political and institutional framework of the AU, in the promotion of democracy, human rights and good governance on the continent.[104] The Convention therefore adopts a multidisciplinary approach to the problem of corruption.

The Convention generally recognises the need to combat corruption as a means to foster civil and political rights. It defines as one of its objectives under article 2(5) the requirement of state parties to establish the necessary conditions to foster transparency and accountability in the management of public affairs. With respect to civic processes, the Convention in article 10(a) proscribes the use of funds acquired through illegal and corrupt practices to finance political parties, and in article 10(b) requires state parties to incorporate the principle of transparency in the funding of political parties.

98 See https://eos.cartercenter.org/uploads/document_file/path/406/ECOWAS_Protocol_on_ Corruption.pdf (accessed 15 September 2018).

99 http://www.eods.eu/library/SADC_Protocol%20Against%20Corruption_2001_EN.pdf (accessed 15 September 2018).

100 The list of countries that have signed, ratified or acceded to the Convention is available at http://www.au.int/en/sites/default/files/corruption.pdf (accessed 22 August 2018).

101 Art 2 African Union Convention on Preventing and Combating Corruption.

102 K Olaniyan 'The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption: a critical appraisal' (2004) 4 *African Human Rights Law Journal* 75.

103 n 99.

104 See an overview of AGA at http://www.aga-platform.org/about (accessed 1 November 2018).

The Convention, notably, does not explicitly make reference to corruption in the context of the right to vote. On the one hand, this may not be deemed problematic as the right to vote may be hampered by offences covered in the Convention, such as simple bribery. On the other hand, the narrow scope within which corruption and elections are discussed in the Convention creates challenges for fully curbing the vice. The requirement for regulating political parties ignores the reality that individual actors, conduits and independent candidates play a major role in electoral processes and can also engage in corrupt practices that impact the right to vote. Limiting the monitoring of funding to only political parties ignores these realities. Further, the Convention does not make reference to other forms of electoral corruption such as promises to voters that may in other contexts be deemed as peddling in influence or compensation to opposing candidates to withdraw from elections which in the context of commercial transactions can be considered collusion. These are some of the few areas that are not considered by the Convention but that have a significant impact in undermining the right to vote.

6 ENHANCING THE RIGHT TO VOTE AND INTEGRITY OF ELECTIONS IN AFRICA

We propose that the AU Advisory Board on Corruption, pursuant to articles 22(5)(a) and (b) of the AU Convention on Preventing and Combating Corruption, in collaboration with relevant anti-corruption actors at regional and national levels, spearheads further research and dialogue on the relationship between corruption and the right to vote. Such initiative should broadly focus on interrogation of the structural challenges in addressing corruption in elections and narrowly to propose standards to protect, promote and fulfil the right to vote in free and fair elections in an environment devoid of corruption. This would additionally contribute to the integration of human rights principles and norms in the war on corruption and enhancing strategies in this war with a human rights framework.

As the article has discussed, the legitimacy of any government is based on the free expression of the will of the voters. Article 30 of the AU Constitutive Act bars the participation in activities of AU governments that come to power through unconstitutional means. The African Democracy Charter in article 23 and the Lomé Declaration of July 2000 on the framework for an OAU response to unconstitutional changes of government have prescriptively defined what constitutes unconstitutional changes. These include replacing a democratically-elected government through a military *coup d'état*; interventions by mercenaries, armed dissident groups and rebel movements; the refusal by an incumbent government to relinquish power to the winning party after free, fair and regular elections; and constitutional and legal amendments infringing on democratic changes of government. We propose that, in examining whether amendments or revisions of constitutions or legal instruments may amount to unconstitutional changes, AU policy organs examine whether such amendments have

been procured through corrupt means. In addition, given that there are growing calls to amend the African Democracy Charter, it is also proposed that an amendment be included to consider widespread corruption in electoral processes as an act giving rise to attempts at unconstitutional changes of government or retention of power.

The proposed African Court of Justice and Human and Peoples' Rights (Merged African Court) has been vested with the power to prosecute international and transnational crimes including the crime of unconstitutional changes of government.[105] The Court has been widely viewed as a unique African response to the peculiar challenges of the continent. Despite the existence of prohibitions against corruption in general and election offences in particular that may hamper the right to vote, not much is done to the perpetrators of these acts. Vesting the Merged African Court with jurisdiction to prosecute election offences at a future date may serve as suitable deterrent at the regional level if perpetrators operate with impunity domestically.

Within the confines of existing legislative frameworks, greater attention needs to be paid to political financing. While the AU Convention on Preventing and Combating Corruption makes reference to the financing of political parties, all political actors, whether individuals or parties, must be subject to rules that ensure transparency, accountability and the creation of a level playing field. Member states, regional economic communities and the AU need to ensure that political actors document the source of the funds and how they are utilised. Where discrepancies are noted, sanctions must be imposed, including disbarment from elections.

Effective election monitoring can be a catalyst in promoting the integrity of elections on the continent. For the AU election observation missions to realise this potential, a number of reforms are required to address the practical and political constraints they face. In theory, the AU has committed to deploying long-term observer missions in member states to ensure that the focus on elections is not preoccupied by occurrences on voting day. However, in practice, resource constraints have meant that the number of monitors and the length of time spent in the pre-election, election and post-election phases are inadequate. We propose that the AU should develop long-term modalities of collaboration between the AU's election observation missions and domestic observers. We submit that domestic observers would be more effective in detecting corruption in the different stages of the electoral cycle and less costly to deploy.[106]

To this end, the AU should develop specific criteria that will assess the impact of corruption in the entire civic process. Such criteria should be both qualitative and quantitative and should cumulatively

105 See art 28(a) of the Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights.

106 This proposal has been put in practice elsewhere. Between 2001 and 2012 the European Commission supported the Network for Enhanced Electoral and Democracy Support (NEEDS) project. This project was designed to enhance the quality and capacity of European Union election observation missions and to support domestic observer organisations around the world.

contribute to thresholds that would lead to a finding that an electoral process was significantly prejudiced by corruption that it can no longer be deemed free and fair. Developing such criteria can assist states to make the appropriate arrangements preceding a final vote. In addition, the AU should develop follow-up criteria of observed elections as we note that there is no structured follow-up on recommendations after the issuance of final reports. As the article has discussed, there are no quick-fix solutions to the challenge of corruption, and ridding electoral processes of corruption favours not only long-term observation methodologies but meaningful and sustained follow-up on identified areas of improvement. We submit that the less focus there is on previous reports and recommendations by AU observation missions, the less credible the missions are in the next elections they observe in the same country.

We agree with existing proposals[107] on utilising modern technology in election observation. Africa has seen an exponential growth in the number of mobile phone and internet users, and this development has the potential to significantly influence the integrity of elections on the continent. Ushahidi, a crowd-sourcing technology company in Kenya, has successfully used its platform to monitor elections in Kenya.[108] We propose that the AU embeds similar crowd-sourcing technologies in election observation to, inter alia, collect evidence of corruption in electoral processes. We submit that the effective use of such technologies would not only address the practical challenge that observers face of not being able to be in most parts of the country holding elections, but it would also act to deter corruption because of the risk of exposure.

Finally, much more needs to be done to ensure that civic education is widespread to ensure that citizens are not susceptible to bribes. Such education could include graphically detailing how corruption undermines development and social service delivery.

7 CONCLUSION

The article has demonstrated that corruption on the continent negatively affects economies, leads to violations of human rights and undermines good governance and democracy, with deadly consequences when elections influenced by corruption breed violence. The main drivers of corruption include the misuse of state authority; a lack of transparency in the private sector; a lack of access to information; the absence of public participation; weak institutions of governance; and what Achebe called a complete failure of leadership that has made corruption easy and profitable, among other factors. As

107 H Lynge-Mangueira 'Why "professionalizing" international election observation might not be enough to ensure effective election observation' (2012) 17, https://www.idea.int/.../why-professionalizing-international-election-observation-might-not-be-enough.pdf (accessed 11 September 2018).

108 See https://www.ushahidi.com/blog/2017/08/04/ushahidi-monitors-kenyan-elec tions-with-uchaguzi-partnership (accessed 11 September 2018).

the article has shown, of concern is the deleterious effect of corruption on fundamental rights and freedoms. We have established that corruption in practice is seriously undermining the realisation and enjoyment of civil and political rights as well as socio-economic rights. We have analysed how the scourge of corruption particularly violates the right to vote in free and fair elections, a fundamental right from where authority to govern springs. There are disturbing trends in different African states where corruption during elections is rampant, often perpetrated by the incumbents. From handing out cash during political rallies camouflaged as transport reimbursement, distributing subsidised fertiliser days before elections, cancelling utility bills to seek the support of voters to government officials working for ruling parties while on duty, it is not in doubt that the integrity of most elections on the continent is questionable. The content of the right to vote has been authoritatively expounded on by treaty bodies at the UN and AU levels. The consensus is that conformity with the right entails the ability of voters to form opinions independently, free of violence or threat of violence, compulsion, inducement and any other form of manipulative interference. However, domestic jurisprudence has given varying importance to allegations of corruption in electoral processes. On the one hand, some courts are reluctant to nullify election results even where corrupt practices during elections are proven as long as these do not substantively affect the overall outcome, such as in the *Kizza Besigye* case. On the other hand, the *Raila Odinga* case concluded that quality is just as important as quantity and that a court should rightly nullify an election result if tainted by substantive illegalities and irregularities, regardless of numbers and margins of victory. We submit that this is progressive jurisprudence. The array of existing anti-corruption normative frameworks at the continental level is commendable but the challenge remains effective implementation at state level. Even then, there are clear weaknesses in instruments such as the AU Convention on Preventing and Combating Corruption as exemplified by provisions on regulating funding of political parties while ignoring the role of individual actors in corruptly influencing electoral processes. To safeguard the right to vote in free and fair elections, we have made some suggestions for reform. We hope that these proposals will halt the current subversion of the will of the people through fraudulent elections and considerably improve the prospects of African voters to speak clearly and independently through the ballot. Eliminating corruption from electoral processes and therefore protecting the right to vote will go a long way towards ensuring that the will of the people is not auctioned to the highest bidder.

III

CASE COMMENTARIES

COMMENTAIRES DE DECISIONS

The (un)willingness to implement the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights: revisiting the *Endorois* and the *Mamboleo* decisions

Derek Inman, Stefaan Smis**, Ezéchiel Amani Cirimwami*** and Christian Bahati Bahalaokwibuye*****

ABSTRACT: While many commentators have critiqued the lack of enforcement and monitoring mechanisms with the African human rights system, there have only been a few contributions that focus their analysis on the implementation of the recommendations provided by the African Commission on Human and Peoples' Rights. This lacuna means that little is actually known of the status of state compliance. The purpose of this article is to address the issues of implementation and compliance by examining in detail the 'aftermath' of two decisions of the African Commission: *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v Kenya* (*Endorois*) and *Mr Mamboleo M Itundamilamba v Democratic Republic of Congo* (*Mamboleo*). By analysing the way state parties have reacted to these findings, the article aims to shed some light on the effectiveness of the mechanisms set up to monitor compliance, highlights the arguments used by state parties when refusing to implement the recommendations of the African Commission and examines the ways in which implementation is avoided.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

Volonté ou absence de volonté dans la mise en œuvre des recommandations de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples: Évaluation des affaires *Endorois* et *Mamboleo*

RÉSUMÉ: Bien que des nombreux commentateurs ont critiqué l'absence de mécanismes d'application et de suivi de recommandations dans le système africain des droits de l'homme, seulement quelques contributions se sont appesanties sur la mise en œuvre des recommandations de la Commission africaine des droits de

* BA Hons (Carleton) LLM (Nottingham) PhD Candidate (Vrije Universiteit Brussel); Researcher and Doctoral Candidate at the Faculty of Law and Criminology of the Vrije Universiteit Brussel; derek.inman@gmail.com/ Derek.Inman@vub.be.

** LLM PhD (Vrije Universiteit Brussel); Professor of international law and human rights law at the Faculty of Law and Criminology of the Vrije Universiteit Brussel and Reader in international law at the School of Law of the University of Westminster; Stefaan.Smis@vub.be.

*** LLB (Université officielle de Bukavu) LLM (Université catholique de Bukavu) PhD Candidate (Vrije Universiteit Brussel and Université catholique de Louvain); Doctoral Candidate at the Faculty of Law and Criminology at the Vrije Universiteit Brussels and the Faculty of Law and Criminology at the Université catholique de Louvain; amani.cirimwamie@gmail.com.

**** LLB (Université catholique de Bukavu) DES (Univeristé du Burundi) LLM (Université Paris 2 Panthéon-Assas) PhD (Vrije Universiteit Brussel); Associate Professor at the Faculty of Law of the Univesité catholique de Bukavu; bahalao@gmail.com.

D Inman, S Smis, EA Cirimwami & CB Bahalaokwibuye 'The (un)willingness to implement the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights: revisiting the *Endorois* and the *Mamboleo* decisions' (2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 400-426
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a17

l'homme et des peuples. Cette lacune signifie que l'on en sait peu sur le statut de conformité des États vis-à-vis desdites recommandations. Cet article vise à combler ce vide en examinant en détail les 'conséquences' de deux décisions de la Commission africaine: *Centre for Minority Rights Development (Kenya) et Minority Rights Group (au nom du Endorois Welfare Council) c. Kenya* (*Endorois*) et *Mamboleo M Itundamilamba c. la République démocratique du Congo (Mamboleo)*. En analysant la manière dont les États parties ont réagi aux recommandations de la Commission, cet article fait une lumière sur l'efficacité des mécanismes mis en place pour veiller au respect des recommandations, présente les arguments invoqués par les États parties lorsqu'ils ont refusé de mettre en œuvre les recommandations de la Commission africaine et examine la manière dont les États évitent de mettre en œuvre les recommandations.

KEY WORDS: Implementation, compliance, African Commission on Human and Peoples' Rights, recommendations, Kenya, DRC

CONTENT:

1 Introduction 401
2 The *Endorois* decision 407
2.1 Background 407
2.2 Summary of the facts 407
2.3 Claims made before the African Commission 408
2.4 Decision of the African Commission 409
2.5 The 'aftermath' of the *Endorois* decision 414
2.6 Indirect implementation? 417
3 The *Mamboleo* decision 418
3.1 Background 418
3.2 Summary of fact 419
3.3 Claims made before the African Commission 420
3.4 Decision of the African Commission 420
3.5 The 'aftermath' of the *Mamboleo* decision 421
4 Conclusion 424

1 INTRODUCTION

When the African Charter on Human and Peoples' Rights[1] (African Charter or Charter) entered into force in 1986 it was rightfully lauded for its innovative approach: designed to reflect the history, values, traditions, and development of Africa, the African Charter effectively combined African values with international norms by not only promoting internationally recognized individual rights, but also by proclaiming collective rights and individual duties. To ensure compliance, the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission or Commission) was established with a broad mandate to promote, ensure, and interpret the rights that are guaranteed within the African Charter.[2] However, nowhere in the African Charter is it explicitly mentioned that the African Commission would have the power to fulfil its protective mandate by issuing legally binding findings, orders, or remedies. This was an issue of contention during the drafting and the drafters agreed that it was premature to establish an organ with that power.[3] What resulted instead was a system that allowed the African Commission as a quasi-judicial organ to receive and consider communications alleging violations of a state

1 21 ILM 58, 21 October 1986.
2 See art 54 African Charter.
3 See F Viljoen *International human rights law in Africa* (2007) 420-421.

party's Charter obligations and to pronounce decisions possibly accompanied by recommendations on how to remedy the violations.[4]

To understand the limits of the Commission's supervisory mandate requires first to enquire about the legal value of its findings.[5] Simply stated, are these findings legally binding? Leaving aside the human rights courts whose judgments are binding *inter partes*, it has always been a controversial question what legal value to attribute to the findings of the supervisory bodies of human rights treaties, which, strictly speaking, offer recommendations.[6] There is nevertheless a tendency to attribute a growing legal value to these findings, which is illustrated by the fact that national courts and tribunals have been increasingly invoking the findings of treaty bodies.[7] The Spanish Supreme Court, for example, has recently even gone further, explicitly stating that the findings of UN human rights treaty bodies are legally binding.[8] In addition, the Spanish Supreme Court determined that to comply with treaty body decisions is a matter falling within the confines of the rule of law and therefore acting contrary to it would also violate the principles of legality and legal hierarchy recognized in article 9(3) of the Spanish Constitution.[9]

4 Art 58 of the African Charter only refers to the power of the African Commission to 'undertake an in-depth study of the cases [that reveal the existence of a series of serious or massive violations of human and peoples' rights] and make a factual report, accompanied by its findings and recommendations'. However, a progressive interpretation of the African Charter by the African Commission confirmed by its practice and its rules of procedure has resulted in the African Commission accepting communications from individuals, groups of individuals, or non-governmental organizations, speaking on behalf of persons alleging violations of the African Charter that do not necessarily fulfill the criteria of serious or massive violation of human rights by a state party.

5 In this contribution we use the word 'decisions' to refer to all pronouncements of the African Commission whereas 'findings' refer to the conclusion of the African Commission's view in an individual communication.

6 See M O'Flaherty 'The concluding observations of the United Nations human rights treaty bodies' (2006) 6 *Human Rights Law Review* 27.

7 See International Law Association Committee on International Human Rights Law and Practice 'Final Report on the Impact of the Work of the United Nations Human Rights Treaty Bodies on National Courts and Tribunal (Berlin 2004)' https://ila.vettore web.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1155&StorageFileGuid=69d4f406-fc35 -42cd-8eec-308c1b10b807 (accessed 15 August 2018).

8 In an appeal based on a decision of the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women that had found a violation of the Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) in an individual complaint brought forth by Ángela González the Spanish Supreme Court developed an interesting and progressive argument. The Spanish Supreme Court read art 24 of CEDAW, which requests state parties to "adopt all necessary measures at the national level aimed at achieving the full realization of the rights recognized" in CEDAW, and art 7(4) of the Optional Protocol to CEDAW, which obliges state parties to "give due consideration to the views of the Committee", in conjunction with Spanish Constitutional provisions, which adopts a monistic view on the relationship between international and national law (arts 96 and 10(2)), to conclude that the findings of the CEDAW Committee are binding in Spain. See Communication No. 47/2012, *González Carreño v Spain*, CEDAW (16 July 2014), UN Doc CEDAW/C/58/D/47/2012.

A similar move towards attributing more legal weight to the findings of human rights supervisory bodies can also be seen in the African human rights system where the African Commission itself has developed the view that its findings have a binding character. The reasoning of the African Commission is based on a combination of the law of treaties, as codified in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, and article 1 of the African Charter. For the African Commission the principle of *pacta sunt servanda* expressed in article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties holds that agreements are binding upon parties and must be interpreted in good faith. Accordingly, African states that have ratified the African Charter without reservations are bound by its provisions and particularly article 1, which refers to the basic obligation to 'recognise the rights, duties and freedoms enshrined in the Charter and shall undertake to adopt legislative or other measures to give effect to them'. However, while adopting legislation is essential it is not always sufficient. Therefore, when the African Commission, which is mandated to supervise the African Charter and to ensure its protection, is called upon to pronounce an alleged violation of the African Charter it effectively reveals the content of the African Charter and gives an authoritative interpretation. Consequently, its findings must be considered as possessing a legal value that is equal to that of the African Charter. In addition, abiding to its findings is equally an obligation of states, which falls under the 'other measures' referred to in article 1 of the Charter. As the African Commission concluded in *International PEN, Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Interights (on behalf of Ken Saro-Wiwa Jnr) v Nigeria* the state in question, in ignoring a previous decision that had found the state party in violation of article 7(1)(d) of the Charter, had violated article 1 of the Charter.[10] The fact that reference was made to a previous decision clearly indicates that the Commission considers its decisions are binding. Ever since this case the Commission has followed this precedent with little resistance of states. There can be no doubt that the legal value of the African Commission's recommendations plays an important role in the effective implementation of its findings. If a decision is seen as legally binding, then compliance efforts would be positively affected.

As is the case with most of the UN human rights treaty bodies that inspired the drafters of the African Charter, the latter is vague or even silent on the implementation of decisions. However, the Rules of Procedure of the African Commission, which was adopted in 1988, revised in 1995, and replaced by new Rules of Procedure in 2010 to respond to the creation of the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court or Court), clarify, to a certain extent, the issue. Rule 98(4) requests that states report to the African Commission on the

9 Supreme Court of Spain, R. Casacion 1002/2017, Judgment 1263/2018 (17 July 2018). See https://www.womenslinkworldwide.org/files/3045/sentencia-angela-tri bunal-supremo.pdf (accessed 1 August 2018).

10 See *International PEN, Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Interights (on behalf of Ken Saro-Wiwa Jnr) v Nigeria* (2000) AHRLR 243 (ACPHR 1999).

measures taken to implement provisional measures. Rule 112 details the steps, timing and organs involved in the follow-up of the recommendations of the Commission.[11] If the state party has refrained to implement the African Commission's findings, or has not complied with the provisional measures requested within the timeframe defined in Rule 112, the Commission can seize the African Court.[12] The Court will then address the case even if the state party has not recognized the competence of the Court to handle individual complaints. Finally, Rule 125 allows the African Commission to request the African Union Assembly of Heads of State and Government, when it submits its activity report, 'to take necessary measures to implement its decisions' and/or to 'bring all its recommendations to the attention of the Sub-Committee on the Implementation of the Decisions of the African Union of the Permanent Representatives Committee'.

11 Rule 112 states as follows:

1. After the consideration of the Commission's Activity Report by the Assembly, the Secretary shall notify the parties within thirty (30) days that they may disseminate the decision.
2. In the event of a decision against a State Party, the parties shall inform the Commission in writing, within one hundred and eighty (180) days of being informed of the decision in accordance with paragraph one, of all measures, if any, taken or being taken by the State Party to implement the decision of the Commission.
3. Within ninety (90) days of receipt of the State's written response, the Commission may invite the State concerned to submit further information on the measures it has taken in response to its decision.
4. If no response is received from the State, the Commission may send a reminder to the State Party concerned to submit its information within ninety (90) days from the date of the reminder.
5. The Rapporteur for the Communication, or any other member of the Commission designated for this purpose, shall monitor the measures taken by the State Party to give effect to the Commission's recommendations on each Communication.
6. The Rapporteur may make such contacts and take such action as may be appropriate to fulfill his/her assignment including recommendations for further action by the Commission as may be necessary.
7. At each Ordinary Session, the Rapporteur shall present the report during the Public Session on the implementation of the Commission's recommendations.
8. The Commission shall draw the attention of the Sub-Committee of the Permanent Representatives Committee and the Executive Council on the Implementation of the Decisions of the African Union, to any situations of non-compliance with the Commission's decisions.
9. The Commission shall include information on any follow-up activities in its Activity Report.

12 Rule 118 provides as follows:

> If the Commission has taken a decision with respect to a communication submitted under Articles 48, 49 or 55 of the Charter and considers that the State has not complied or is unwilling to comply with its recommendations in respect of the communication within the period stated in Rule 112(2), it may submit the communication to the Court pursuant to Article 5(1)(a) of the Protocol and inform the parties accordingly.
>
> If the Commission has made a request for Provisional Measures against a State Party in accordance with Rule 98, and considers that the State has not complied with the Provisional Measures requested, the Commission may pursuant to article 5(1)(a) of the Protocol, refer the communication to the Court and inform the Complainant and the State concerned.

Unfortunately, research focusing on compliance with decisions of African human rights supervisory bodies is still in its infancy. Ten years ago, Viljoen and Louw pioneered this research by launching a discussion on the possible reasons for (non-)compliance with the decisions of the African Commission. They first identified a handful of factors – legal as well as non-legal – that possibly influence compliance and statistically tested them on the basis of data gathered between 1999 and 2004. The hypothesis was that the way in which the Commission executes its mandate, by producing decisions that are convincing, that fulfil quality standards, and that abides by its role in the follow-up, would influence compliance. Other factors thought to affect compliance relate to: the nature of the case and the type of rights involved; the quality of the complainant and how strong they were involved in the follow-up; the system of government and political stability of the respondent state; the involvement of civil society actors; and, the international pressure exercised upon the state party to the dispute. The results of the study showed that non-legal factors, such as the state context and the involvement of NGOs, are crucial factors in positively influencing compliance.[13] Viljoen and Louw therefore concluded that a stable, open, free and democratic system of government is conducive to compliance. This conclusion is understandable as an undemocratic regime will by nature violate more human rights than a democratic one and will probably be more inclined to disregard human rights remedies at the national and international levels.

The other finding offered by Viljoen relates to the involvement of non-state actors, such as NGOs, in the submission and follow up of cases.[14] This is more remarkable but at the same time also understandable knowing the role these national and international NGOs play in the African human rights system. In addition, Aylinla and Mukundi Wachira, in explaining the reasons for the poor implementation rate, also invoke a number of non-legal issues besides the ones referred to above, stating: 'the lack of political will on the part of state parties, a lack of good governance, outdated concepts of sovereignty, a lack of an institutionalized follow-up mechanism for ensuring the implementation of its recommendations, weak powers of investigation and enforcement and the non-binding character of the Commission's recommendations.'[15] To that, in their study on the implementation of regional human rights decisions, the Open Society Foundation adds that cases 'that require states to respect the traditional civil and political rights of small numbers of individuals have a better chance of being implemented than cases involving larger groups.

13 F Viljoen and L Louw 'State compliance with the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 1994-2004' (2007) 101 *American Journal of International Law* 32.

14 F Viljoen 'The African human rights system and domestic enforcement' in Langford, M, Rodriguez-Garavito, C & Rossi, J (eds) *Social rights judgments and the politics of compliance* (2017) 360.

15 A Ayinla and G Mukundi Wachira 'Twenty years of elusive enforcement of the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights: a possible remedy' (2006) 6 *African Human Rights Law Journal* 456.

Similarly, the complexity of the case itself and attendant complexity of the remedies ordered by the commission, also affect implementation'.[16]

Therefore a lack of clear understanding on why African states do or do not comply with the Commission's decisions does exist and much more research is needed to ascertain what issues influence compliance with the decisions of the African Commission. For example, if state parties do comply, what do the implementation efforts look like? Is it done willingly, expressly referencing the African Commission? Are there instances of partial compliance? On the other hand, if states do not comply, in what ways do they resist implementing the findings of the African Commission? Is it only a question of politics or does law equally play a role? All essential issues for judging the effectiveness of the system for it has little sense for a victim of human rights violations to hear that an international body has supported their claim to then face the reality that the situation remains unchanged.

While many commentators of the African human rights system have critiqued the enforcement mechanisms provided for by African Charter, and the lack of a Charter provision dedicated to monitoring state compliance with the pronouncements of the African Commission, there only a few contributions that focus their analysis on the aftermath of these decisions, as discussed above.[17] This lacuna means that, despite the aforementioned critiques, little is actually known of the status of state compliance. The purpose of this article is to address this issue of implementation and compliance by examining in detail the 'aftermath' of two decisions of the African Commission: *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v Kenya*[18] (*Endorois*) and *Mr Mamboleo M Itundamilamba v Democratic Republic of the Congo*[19] (*Mamboleo*). By analysing the way state parties have reacted to these findings, the article aims to shed some light on the effectiveness of the mechanisms set up to monitor compliance and point to the arguments used by state parties when refusing to implement the findings of the African Commission. In the aforementioned cases, Kenya and the Democratic Republic of the Congo (DRC) have taken very different approaches towards the implementation of the findings and recommendations. This has resulted in their resistance manifesting itself differently and, as such, affecting the compliance of the Commission's decision. The uncertainty and confusion of the DRC

16 Open Society Foundation, *From judgment to justice implementing international and regional human rights decisions* (2010) 100.

17 See Viljoen and Louw (n 13) 1; F Viljoen and L Louw 'The status of the findings of the African Commission: from moral persuasion to legal obligation' (2004) 48 *Journal of African Law* 1; Ayinla & Mukundi Wachira (n 15) 465; R Murray, D Long, V Ayeni and A Somé 'Monitoring implementation of the decisions and judgments of the African Commission and Court on Human and Peoples' Rights' (2017) 1 *African Human Rights Yearbook* 150.

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

19 Communication 302/05 *Mr Mamboleo M Itundamilamba v Democratic Republic of Congo* (*Mamboleo* case) (23 April 2003).

towards the recommendations of the African Commission has been evidenced through arguments of government officials in judicial and administrative proceedings involving Mamboleo M Itundamilamba's quest for compensation. The government of Kenya, on the other hand, initially welcomed the findings of the African Commission, promising to begin implementation only to fail in taking any significant steps to do so. In this instance resistance has taken the form of non-participation or inaction. However, throughout the struggle for implementation, there have been a number of domestic legal reforms and whether or not these reforms reflect the content of the African Commission's recommendations is examined in this article through an analysis of the developments that followed the *Endorois* decision. The article concludes with an examination of the forces at work preventing effective implementation of African Commission recommendations.

2 THE *ENDOROIS* DECISION

2.1 Background

In November 2009, after a 40 year struggle for recognition and justice by the Endorois community, the African Commission issued a historical ruling, condemning the expulsion of the Endorois peoples from their traditional lands in order to create a wildlife reserve, and determining that the aforementioned eviction violated their human rights. The *Endorois* decision was not only a landmark ruling for indigenous peoples in Africa but worldwide. Sadly, the optimism of that moment has faded, as 9 years on many of recommendations made by the African Commission have failed to be implemented.

2.2 Summary of the facts[20]

The Endorois are a distinct Kalenjin speaking community, who, for centuries, have been the traditional inhabitants of the Lake Bogoria area within the Rift Valley province in Kenya. The community consists of approximately 400 families, or 60 000 people, who have traditionally practiced pastoralism. The Endorois' traditional way of life has consisted of allowing their animals to graze in the lowlands surrounding Lake Bogoria during the rainy season and retreating to the Mochongoi forest for the dry season. The green pastures around Lake Bogoria have been vital for the health of their livestock and the lake also remains an important site for religious and traditional practices of the Endorois community.

The Endorois community continued to hold, use, and enjoy this land until 1973 when, without prior consultation or consent, the land was declared a protected area by the Kenyan government. In 1986, the

20 *Endorois* paras 3-21. See also C Morel 'Defending human rights in Africa: the case for minority and indigenous rights' (2004) 54-65.

Endorois community was evicted from the fertile lowlands surrounding Lake Bogoria and displaced to semi-arid land, resulting in the death of a number of their animals and causing them to fall into economic hardships previously unknown to them. Moreover, access to Lake Bogoria for religious and cultural purposes was restricted and even met with intimidation.

In an effort to regain access to their lands, the Endorois community pursued various avenues of recourse through the domestic legal system but ultimately failed. The Endorois community first launched their campaign by challenging the land and natural resource regime that was adopted, unchanged, from the British colonial powers.[21] Under the colonial system, land that was occupied by recognised ethnic groups was considered 'Native Land Areas' and, although controlled by the Native Lands Trust Board in London, was effectively governed under customary tenure.[22] After independence, title to the 'Native Land Areas' was transferred to the local authorities where the County Councils were 'obliged to hold the land in trust for the use and benefit of the local communities'.[23] Unfortunately, this form of land tenure system, in many instances, resulted in collusion between the central government and the local authorities to privatize or nationalize 'Native Land Areas' with complete disregard for the local communities.[24]

As this was the case for the Endorois community, they submitted a complaint to the Kenyan High Court, challenging the legality of the forced evictions and the constitutionality of the denial of access to their grazing lands and to their cultural and religious sites.[25] The Kenya High Court dismissed the Endorois claim and stated very clearly that it "could not address the issue of a community's collective right to property" nor did they believe that Kenyan law should afford "any special protection to a peoples' land based on historical occupation and cultural rights."[26]

2.3 Claims made before the African Commission

After exhausting all domestic remedies, the Endorois community, with the assistance of two NGOs, the Centre for Minority Rights Development and Minority Rights Group International, filed an individual communication with the African Commission in 2003, claiming that Kenya violated their right to freedom of conscience,[27] their right to property,[28] their right to culture,[29] their right to free

21 Morel (as above) 61.
22 As above.
23 As above.
24 As above 62.
25 As above 62-63.
26 *Endorois* para 12.
27 African Charter (n 1) art 8.
28 As above, art 14.
29 As above, art 17.

disposition of wealth and natural resources,[30] and their right to economic, social, and cultural development.[31] The complainants sought restitution of their land, with legal title and clear demarcations, as well as compensation to the community for all the loss they had suffered through the loss of their property, their development, their natural resources, and freedom to practice their religion and culture.[32] Kenya, for its part, disputed that the Endorois were a distinct community, argued that the Endorois did not reside in their ancestral lands owing to movements due to a number of factors, claimed that the government instituted education and agricultural recovery programmes, and resettled and compensated the majority of the Endorois during the Mochongoi settlement scheme.[33]

2.4 Decision of the African Commission

2.4.1 Article 8: Right to freedom of conscience

The Endorois community alleged that by expelling them from their land and refusing them access to Lake Bogoria and other religious sites, Kenya violated their right to freely practice their religion. First, in order to determine if the Endorois' spiritual beliefs and ceremonial practices constituted a religion under international law, the African Commission looked to its own case law on the matter,[34] but also to the Human Rights Committee (HRC). In General Comment 22, where the HRC provides an authoritative interpretation of article 18[35] of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the HRC states: 'The terms "belief" and "religion" are to be broadly construed. Article 18 is not limited in its application to traditional religions or to religions and beliefs with institutional characteristics or practices analogous to those of traditional religions'.[36] Consequently, the African

30 As above, art 21.

31 As above, art 22.

32 *Endorois* para 22

33 As above, paras 138-143

34 See *Free Legal Assistance Group and Others v Zaire* (2000) AHRLR 74 (ACHPR 1995).

35 International Covenant on Civil and Political Rights, 999 UNTS 171, adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976, art 18:

1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.
2. No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice.
3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.
4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

Commission determined that the Endorois' spiritual beliefs and ceremonial practices constitute a religion under the African Charter and that the forced eviction from their ancestral grounds, which was not necessitated by any significant public security interest or as part of a lawful action for the pursuit of economic development or ecological protection, interfered with the Endorois' right to freely practice their religion, resulting in a violation of article 8.

2.4.2 Article 14: Right to property

Following this, the African Commission examined the claim that Kenya violated the property rights of the Endorois, as guaranteed in article 14 of the Charter. In determining this claim, the African Commission relied heavily on its own jurisprudence, most notably the *Ogoni* case, but also jurisprudence from the Inter-American Court on Human Rights (Inter-American Court) and the European Court of Human Rights (European Court). However, prior to delving into the more substantive questions of the alleged violation, the African Commission first attempted to determine what was a property right in accordance with African and international law and whether special measures were required to protect such rights.[37]

The Endorois claimed that property rights had an autonomous meaning under international human rights law, which superseded national legal definitions.[38] The complainants explained that indigenous groups had a specific form of land tenure and that domestic legal systems had failed in acknowledging communal property rights, instead relying upon 'formal' title.[39] The African Commission appeared to be in agreement as they stated: '... the first step in the protection of traditional African communities is the acknowledgement that the rights, interests and benefits of such communities in their traditional lands constitute "property" under the Charter'.[40]

To support their conclusion, the African Commission made reference to the landmark case from the Inter-American Court, *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni v Nicaragua* (*Awas Tingni* case).[41] This judgment adopted an evolutionary interpretation of the right to property as defined in article 21 of the American Convention on Human Rights (American Convention),[42] in its meaning autonomous of domestic law, recognizing indigenous rights to communal property.[43] In its decision, the Inter-American Court acknowledged that indigenous rights to property derived from their traditional use and occupancy patterns and did not depend on state recognition.[44] The

36 General Comment 22: Article 18, UNHR Committee (30 July 1993), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.1 at 35 (1994), para 2.

37 *Endorois* para 185.

38 As above.

39 As above, para 187

40 As above.

41 *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua*, IACHR (31 August 2001) Ser C/ No 79 (*Awas Tingni* case).

African Commission echoed these sentiments and reinforced them by citing articles 26[45] and 27[46] of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, and two other Inter-American Court decisions: *Case of the Moiwana Community v Suriname*[47] and *Yakye Axa Indigenous Community v Paraguay*.[48]

By denying ownership of land to the Endorois, by expropriating their land, and by restricting their access, the African Commission decided that the property rights of the Endorois people had been encroached upon. While encroachment itself is not a violation of article 14 of the African Charter, the African Commission determined that, as the Endorois are an indigenous community, Kenya was required to go beyond conventional factors in considering whether any restriction amounted to a denial of the Endorois' traditions and customs in a way that endangered their very survival. In seeking to establish safeguards that would ensure indigenous peoples' survival if their lands are to be encroached upon for developmental purposes, the African Commission again turned to the Inter-American Court for inspiration,[49] highlighting three aspects: First, the state must ensure the right of indigenous communities to effective participation, in conformity with

42 American Convention on Human Rights, 144 UNTS 123, 22 November 1969, art 21:

1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.
2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.
3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law.

43 *Awas Tingni* (n 41) para 148.

44 As above, paras 82-84.

45 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UN Doc A/61/L.67, 12 September 2007, art 26:

1. Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired.
2. Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired.
3. States shall give legal recognition and protection to these lands, territories and resources. Such recognition shall be conducted with due respect to the customs, traditions and land tenure systems of the indigenous peoples concerned.

46 As above, art 27:

> States shall establish and implement, in conjunction with indigenous peoples concerned, a fair, independent, impartial, open and transparent process, giving due recognition to indigenous peoples' laws, traditions, customs and land tenure systems, to recognize and adjudicate the rights of indigenous peoples pertaining to their lands, territories and resources, including those which were traditionally owned or otherwise occupied or used. Indigenous peoples shall have the right to participate in this process.

47 *Case of the Moiwana Community v Suriname* IACHR (15 June 2005) Ser C/No 124.

48 *Yakye Axa indigenous community v Paraguay* IACHR (17 June 2005) Ser C/No 125.

49 *Saramaka People v Suriname* (28 November 2007) Ser C/No 172.

their customs and tradition regarding development plans. Second, it must guarantee that the indigenous community share in the benefits of the development plan. Third, an environmental assessment must be performed. Only when those factors are respected can the state legitimately curtail indigenous peoples' right to property. The African Commission concluded that no elements of the three safeguards were met and this was tantamount to a violation of article 14 of the Charter.[50]

2.4.3 Article 17: Right to culture

Following the discussion on property, the African Commission looked into alleged violations of article 17, where the Endorois claimed that their group's cultural rights were denied as a result of their limited access to Lake Bogoria and by the damage caused by Kenya to their pastoralist way of life. In this instance, the African Commission determined that

> Article 17 of the Charter is of a dual dimension in both its individual and collective nature, protecting, on the one hand, individuals' participation in the cultural life of their community and, on the other hand, obliging the state to promote and protect traditional values recognised by a community. It thus understands culture to mean that complex whole which includes a spiritual and physical association with one's ancestral land, knowledge, belief, art, law, morals, customs, and any other capabilities and habits acquired by humankind as a member of society - the sum total of the material and spiritual activities and products of a given social group that distinguish it from other similar groups.[51]

In reaching this conclusion, the African Commission drew inspiration from the HRC as is reflected in their interpretation of article 27[52] of the ICCPR, which states:

> With regard to the exercise of the cultural rights protected under article 27, the Committee observes that culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law. The enjoyment of those rights may require positive legal measures of protection and measures to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them.[53]

In reading these together, the African Commission noted that not only did Kenya have a high duty to protect the cultural rights of the Endorois people but that a burden is also placed on African states to preserve the cultural heritage essential to group identity. Due to Kenya's responsibility to protect Endorois culture, in planning the game reserve Kenya had the positive obligation to ensure community access, particularly since access posed no harm to the reserve itself or to Kenya's economic incentive to develop it.

50 *Endorois* para 228.

51 As above, para 241.

52 ICCPR (n 35), art 27:

> In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

53 General Comment 23: The rights of minorities, UNHR Committee (8 April 1994), UN Doc CCPR/C/21?rev. 1/Add. 5, para 7.

2.4.4 Article 21: Right to free disposal of wealth and natural resources

In determining if a violation of article 21 had taken place the African Commission again sought the views from the Inter-American Court through the *Saramaka* decision. In *Saramaka*, the Inter-American Court interpreted the property rights contained within the American Convention to mean that the state is precluded from interfering with the natural resources located on indigenous land without first consulting with the indigenous peoples and permitting them to benefit from the results of natural resource development.[54] The African Commission concurred with this interpretation and, as in *Saramaka*, concluded that Kenya could not institute resource development projects within Endorois territory if it affected the natural resources traditionally used by the indigenous community and which were necessary for the survival of the members of that community.[55]

2.4.5 Article 22: Right to economic, social and cultural development

In determining if there was a violation of article 22, the African Commission stressed the connectedness of development with participation. To do this, the African Commission took note of the United Nations Declaration on the Right to Development,[56] which states that the right to development includes active, free, and meaningful participation in the development process. In *Saramaka*, the Inter-American Court noted that effective participation required the state to consult with said indigenous community ensuring that development plans within their territory were according to their traditions and customs.[57] For the African Commission, participation also refers to benefit sharing. Again reference was made to the *Saramaka* decision, where the Inter-American Court stated that benefit sharing is not only vital to the right to development but, by extension, serves as an indicator that states are complying with the communal property of indigenous peoples.[58] Finally, the African Commission noted that the goal of development should be empowerment and this was not the case for the Endorois community.[59]

Declaring that the Government of Kenya was in violation of articles 8, 14, 17, 21 and 22 of the African Charter the African Commission recommended that the respondent state, Kenya:

54 J Murphy 'Extending indigenous rights by way of the Africa Charter' (2012) 24 *Pace International Law Review* 185.

55 *Endorois* paras 260-266.

56 United Nations Declaration on the Right to Development, UN Doc A/RES/41/128, 4 December 1986.

57 *Endorois* para 289.

58 As above, para 294.

59 As above, para 283.

(a) Recognise rights of ownership to the Endorois and restitute Endorois ancestral land.
(b) Ensure that the Endorois community has unrestricted access to Lake Bogoria and surrounding sites for religious and cultural rites and for grazing their cattle.
(c) Pay adequate compensation to the community for all the loss suffered.
(d) Pay royalties to the Endorois from existing economic activities and ensure that they benefit from employment possibilities within the reserve.
(e) Grant registration to the Endorois Welfare Committee.
(f) Engage in dialogue with the Complainants for the effective implementation of these recommendations.
(g) Report on the implementation of these recommendations within three months from the date of notification.

2.5 The 'aftermath' of the *Endorois* decision

Following the decision of the African Commission the government of Kenya welcomed the decision and promised to begin the implementation of the recommendations.[60] James Orengo, Minister of Lands at the time of the ruling, went even further when he stated that the government had no option but to implement the recommendations proposed by the African Commission and claimed that he would be drafting a memorandum for the Cabinet in the coming weeks to ensure that implementation would take place.[61] In addition, at the African Commission's November 2010 session, the Kenyan delegation continued its commitment to implement the recommendations.[62]

As stated in the recommendations above, three months after the issuance of the African Commission's ruling the government was requested to submit a report of the implementation of the recommendations. Unfortunately, the report failed to arrive. In January 2011, during a sitting of the Kenyan National Assembly, Member of Parliament Ekwe Ethuro directly challenged the efforts the Minister of Lands James Orengo was making to implement the decision using a Private Notice to question what steps the Minister had taken to comply with the ruling.[63] The Minister refused to provide any information, insisting that the Commission's findings had no official status and that he had yet to receive a sealed copy of the decision without which he would not be able to take any action towards implementation.[64] Despite a sealed copy being delivered to the Minister the government of Kenya continued its pattern of inaction towards implementation, going so far as to begin the process of having Lake Bogoria proclaimed as a UNESCO heritage site without consulting

60 Alex Kiprotich 'Will State respect community's land rights?' https://www.standard media.co.ke/article/2000006073/will-state-respect-community-s-land-rights?search text=Endorois&searchbutton=SEARCH (accessed 10 August 2018).
61 As above.
62 Viljoen (n 14) 380.
63 Kenyan National Assembly Official Record, Hansard, 18 January 2011, 17-22.
64 Ibid.

the Endorois community.[65] Unfortunately, at the time of this writing, there is no publicly available information indicating that the process of domestic implementation has been set in motion as the government continues to insist upon the complexity of the restoration process.[66]

Perhaps on a more positive note, the African Commission has made many attempts to follow-up on this particular individual communication. At the 50th Ordinary Session of the African Commission, which took place from 24 October to 5 November 2011, the Working Group on Indigenous Populations/Communities (Working Group) submitted a report on their research and information visit to Kenya where the Minister of Justice indicated that the government was keen to implement the recommendations of the African Commission and 'hoped that Kenya will indeed honour its international obligations and set the standard for the rest of the continent to follow in this regard'.[67]

After failing to follow through on such commitments, the African Commission took the rare step of holding an implementation hearing in light of Kenya's continued non-compliance with the decision.[68] The aim of the hearing, which took place in April 2013, was to discuss the implementation of the African Commission's recommendations with the state concerned and interested parties. At this oral hearing the government of Kenya pledged to submit an interim report within 90 days, and a comprehensive report, which should include a roadmap with a timeline and commitments for implementation, at the 54th Ordinary Session of the African Commission, which was to be held on 22 October to 5 November 2013.[69] Unfortunately, the Kenyan Government did not comply with its pledge, resulting in the African Commission issuing a country-specific resolution that called on the government of Kenya to 'inform the Commission of the measures proposed to implement the *Endorois* decision, and more particularly, the concrete steps taken to engage all the players and stakeholders, including the victims, with a view to giving full effect to the decision'; and, to 'immediately transmit to the Commission, a comprehensive

65 Viljoen (n 14) 380.

66 As above. Viljoen has also noted that political context of Kenya during the pre- and post-*Endorois* period cannot be discounted. In 2002, the National Rainbow Coalition defeated the Kenya National Union, which had been in power since independence in 1963. The new government did not immediately cooperate with African Commission during the consideration of the merits and admissibility of the *Endorois* matter. Despite participation efforts beginning in May 2006, the election of 2007, and the post-election violence of 2008, resulted in a new coalition government of political rivals, with different and opposing partners holding portfolios that are integral to the implementation of the *Endorois* decision, perhaps undermining the efforts of the Minister for Lands. See Viljoen (n 14 above) 384-385.

67 Working Group on Indigenous Populations/Communities 'Report of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/Communities, Research and Information Visit to Kenya (1-19 March 2010)' http://www.achpr.org/files/sessions/50th/mission-reports/indigenous-2010-kenya/misrep_specmec_indig_kenya_2010_ eng.pdf (accessed on 10 August 2018) 45

68 Murray, Long, Ayeni and Somé (n 17 above) 123.

69 As above.

report, including a roadmap for implementation as pledged during the oral hearing at the 53rd Ordinary Session of the Commission'.[70]

In conjunction with these efforts of the African Commission, its Working Group organised a workshop on the status on the implementation of the *Endorois* decision. The objective of the workshop was to bring the government together with civil society representatives in an effort to commence a dialogue and to collectively work on the aforementioned roadmap. Despite the workshop being attended by 19 members of the Endorois community, 19 members of Kenyan organisations, and 7 international representatives, not a single delegate from the Kenyan government was present.[71]

In addition to the efforts of the African Commission and the Working Group, the involvement of civil society organisations has also been crucial in the implementation efforts. The Endorois Welfare Council, the Centre for Minority Rights Development (Kenya), Minority Rights Group International, and ESCR-Net have used international mobilisation and advocacy campaigns to raise awareness about the *Endorois* case and the need for implementation.[72] Such efforts eventually led to the exploitation of opportunities that are available at the international level for indigenous peoples to have their issues heard, namely at the United Nations Permanent Forum on Indigenous Peoples and through the Universal Periodic Review process, where Kenya was called upon to 'implement the recommendations and decisions of its own judicial decisions of its own judicial institutions and of the African Commission, particularly those relating to the rights of indigenous peoples'.[73]

The Kenyan government finally took a positive step towards implementation in September 2014, when a Task Force on the Implementation of the Endorois Decision (Task Force) was created.[74] However, the Task Force, as it has been construed, gives rise to some concern. First, the Endorois community has no representation on the Task Force, nor is there a requirement for consultation with the Endorois community. Second, the Task Force was created to study the decision and to provide guidance on the political, security, economic, and environmental impact of the implementation of the decision. In fact, such criticisms levelled against the Task Force has also been reiterated at the international level, with the UN Committee on the

70 Resolution Calling on the Republic of Kenya to Implement the Endorois Decision, adopted during the 54th ordinary session held 22 October – 5 November 2013 http://www.achpr.org/sessions/54th/resolutions/257/ (accessed 1 August 2018).

71 Final Communiqué of the Workshop on the Status of the Implementation of the Endorois Decision of the African Commission on Human and Peoples' Rights http://www.achpr.org/news/2013/10/d96 (accessed 29 July 2018).

72 Viljoen (n 14) 382-383.

73 Report of the Working Group of the UPR: Kenya, UN Doc A/HRC/15/8, 15 June 2010, para 101.114.

74 See 'Endorois task force formed' *The Daily Nation* https://www.nation.co.ke/news/Endorois-Task-Force-President-Uhuru-Kenyatta/-/1056/2466646/-/hm3ara/-/index. html (accessed on 17 July 2018). For the Government Notice see here https://www.escr-net.org/sites/default/files/Government%20Task%20Force%20(Gazette%20Notice).pdf (accessed 7 July 2018).

Economic, Social and Cultural Rights, in their concluding observations for Kenya stating as follows:

> The Committee is concerned that the implementation of the decision of the African Commission on Human and Peoples' Rights (276/2003) relating to the Endorois has been long delayed, despite acceptance of the decision of the Commission. While noting the establishment of the Task Force on the implementation of the decision of the African Commission on Human and Peoples' Rights contained in communication No.276/2003, the Committee regrets that the Endorois are not represented on the Task Force and they have not been sufficiently consulted in the work of the Task Force (art. 1(2)).[75]

As of the time of this writing, the Task Force has met a number times, including with the civil society organisations that assisted in bringing the case forward to the African Commission, but little noticeable progress towards implementation has been made.[76]

2.6 Indirect implementation?

Despite Kenya's failure to implement the *Endorois* decision it is important to note that a number of the issues enumerated as violations against the Endorois could be addressed under the 2010 Constitution.[77] Although it is beyond the scope of this article to fully examine possible positive effects the 2010 Constitution could have on indigenous peoples' rights in Kenya some key provisions deserve special mention.

In terms of the right to freely practice one's religion, the 2010 Constitution provides for the right to manifest any religion or belief through worship, practice, teaching, or observance and prohibits any form of restriction or denied access to any institution or facility because of one's belief or religion.[78] The right to take part in cultural life has received renewed prominence in the 2010 Constitution with article 11 identifying culture as the foundation of the nation and as the cumulative civilization of the Kenyan people and nation. The 2010 Constitution also mentions the need to advance the rights of minorities and vulnerable groups while organs of the state and public officers are obliged to address the needs of minority or marginalised communities.[79] In terms of land rights, the 2010 Constitution provides for compensation to persons when land is compulsorily acquired by the government[80] and provides the right for equality and freedom from discrimination.[81] Moreover, the newly adopted Land Act[82] regulates compulsory land acquisition but when acquisition fails or ceases there

75 Concluding Observations (Kenya), UN ESCR Committee (4 March 2016), UN Doc E/C.12/KEN/CO/2-5, para 15.

76 Viljoen (n 14) 386.

77 Constitution of Kenya 2010 http://www.kenyalaw.org/lex/actview.xql?actid=Const2010 (accessed on 8 July 2018).

78 As above, art 8.

79 As above, arts 21(3) and 56.

80 As above, art 40.

81 As above, art 27.

82 Land Act 2012 http://www.kenyalaw.org/lex//actview.xql?actid=No.%206%20of%202012 (accessed 8 July 2018), s107-110.

is the possibility for the original owners or their successors pre-emptive rights to reacquire the land.[83] Furthermore, in Kenya's Combined Periodic Report,[84] covering 2008-2014, submitted to the African Commission, a number of recently introduced legislative measures represent evolving protective policies as it concerns land rights: First, there is the national Land Commission Act, which manages public land, initiates investigations into present or historical land injustices.[85] Second, there is the Environmental Management and Coordination Act, which requires an environmental impact assessment to be completed before commencing development projects.[86] Third, there is the Truth, Justice and Reconciliation Act, which establishes a commission to deal with historical land injustices.[87] Finally, there is the Community Land Bill, which is designed to protect group rights and vulnerable communities.[88] Even more aspirational, included within the 2010 Constitution is a Bill of Rights that not only provides standalone economic, social and cultural rights but also specific economic, social and cultural rights for minorities and marginalised communities, and group rights, applicable to communities rather than individuals.[89]

3 THE *MAMBOLEO* DECISION

3.1 Background

On 23 April 2013 the African Commission issued its ruling in *Mamboleo*. More than half a decade since the decision, the *Mamboleo* case remains notable for the complex set of administrative and judicial procedures Mamboleo had to follow in the hope of seeing the African Commission's ruling being implemented at the domestic level. Two opposing views have interacted in this saga. One the one hand, the Minister of Justice acknowledged the legally binding nature of the African Commission's ruling and concluded that it is legally enforceable. On the other hand, the Commercial Tribunal, seized by Mamboleo to enforce the implementation of the Commission's ruling, reached a different conclusion. It considered that, by its nature, decisions of the African Commission are not subject to compulsory enforcement proceedings because they are simply recommendations and are therefore not binding.

83 As above, s110(2).

84 Republic of Kenya 'Combined 8th – 11th Periodic Report on the African Charter on Human and Peoples' Rights, November 2014' http://www.achpr.org/files/sessions/57th/state-reports/8th-11th-2008-2014/kenya_state_report_eng.pdf (accessed 15 July 2018).

85 As above, para 105.

86 As above, para 106.

87 As above, para 107.

88 As above.

89 Constitution 2010 (n 77) paras 19-60.

3.2 Summary of facts

The primary element of this case is the non-payment of lawyers' fees. As a lawyer Mamboleo rendered legal services to his client, Pharmakina SA (Pharmakina), a pharmaceutical engineering company based in Bukavu, a city located in the eastern part of the Democratic Republic of the Congo (DRC). Legal services offered by Mamboleo were related to the 1973 nationalization of cinchona plantations by the then Zaïrian state. Taking into account the precarious political situation at that time, Pharmakina promised to pay extra legal fees or, alternatively, substantially increase the monthly fees previously agreed upon under a contract dated 16 December 1978. Failing to pay the extra fees as agreed, Pharmakina doubled the monthly fees when amending the contract in November 1982. However, with the change of the company management a few years later, Pharmakina stopped paying the agreed upon legal fees. That breach of contract was the cause for referring the matter for arbitration before the National Bar Council, which, on 1 April 1998, rendered an arbitral award[90] that required Pharmakina to pay the sum of 500 000 US dollars to Mamboleo. Unhappy with this decision, Pharmakina initiated proceedings before the Administrative Chamber of the Supreme Court of the DRC, which annulled the award in April 2000.[91] This annulment was pronounced despite the lack of jurisdiction of the aforementioned Administrative Chamber of the Supreme Court.[92] Moreover, the Chamber refused to defer the matter in order to permit Mamboleo to retrieve his case files, which were, at the time, in Bukavu and were difficult to procure because of the ongoing war that resulted in the Eastern DRC being controlled by rebel forces supported by neighbouring Rwanda.

Not satisfied by this decision, the President of the National Bar Association instituted third-party proceedings on behalf of Mamboleo before the same Administrative Chamber of the Supreme Court in order to obtain the withdrawal of its judgment of 17 April 2000. On the date of the referral of the case to the Commission on 20 April 2005, almost four years after the appeal was filed, the Congolese Supreme Court had still not made any ruling on the matter. Having no additional remedies under the Congolese judicial system, Mamboleo brought the matter before the African Commission by virtue of article 55 of the African Charter.

90 National Bar Council, Arbitral Award No 98/CNO/LH/006 (1 April 1998) (on file with authors).

91 Administrative Chamber of the Supreme Court, Judgment No. 444/445/452 (17 April 2000) (on file with authors).

92 See Rule 16(5) of the Framework Rules of Procedure of Congolese Bar Associations, in conjunction with article 81 of the Organic Law on Bar Associations, referring to the National Bar Council as an arbitration tribunal. Therefore, according to Congolese law, its awards can only be set aside by civil rather than administrative courts.

3.3 Claims made before the African Commission

Before the African Commission Mamboleo contended that the DRC had violated articles 3 and 7(1)(a) and (c) of the African Charter and therefore asked the Commission to declare null and void Judgment No. RA444/445/452 of 17 April 2000 by which the Supreme Court annulled the arbitral award. He also requested the Commission to grant him a fair amount in compensation for having been deprived of the enjoyment of his rights to US dollars 500.000, which was awarded to him by the National Bar Council. Finally, Mamboleo asked the African Commission to recognize the legal obligation of Pharmakina to comply with the Arbitral Award issued by the National Bar Council.

The DRC argued that the Commission should consider the complaint unfounded and that the case be dismissed accordingly.[93] The respondent derided Mamboleo for challenging a decision issued by the Administrative Chamber of the Supreme Court without producing a copy of that decision, thereby not allowing the state to make an informed assessment of the objective or subjective motivation of the court being called into question. The DRC therefore argued that as Mamboleo was unable to produce a copy of that decision, the African Commission must dismiss his claim as unfounded since this situation raises serious doubts as to the alleged violation of the rights of the applicant.

3.4 Decision of the African Commission

In its decision, the African Commission found that the DRC had violated the rights protected under articles 3, 7(1)(a) and 7(1)(c) of the African Charter.[94] The Commission noted that under DRC law in force at the time when the Commission was seized of the matter, the Administrative Chamber of the Supreme Court did not have jurisdiction to entertain an action for annulment of the decision previously rendered in favour of the applicant by a body recognized by law as having civil jurisdiction to hear that dispute in the last resort.[95] The legal reasoning of the Commission on this matter is that while state parties have a discretion as to the choice of using means peculiar to their judicial system to meet the requirements of article 7 of the African Charter, compliance with this provision is determined in the light of the objectives of the Charter, namely taking all appropriate measures to

93 See *Mamboleo* paras 89-94.

94 As above, paras 95-131.

95 As above, para 109 states:

> the Commission notes that Congolese law, jurisprudence and doctrine enshrine the civil nature of the dispute between the Complainant and his former client, Pharmakina Company. Such a civil nature is confirmed by the private status of Pharmakina, a public limited company (PLC), involved in a dispute with an individual, in this case the Complainant.

ensure that justice is delivered by a *competent*, independent and impartial court or tribunal.[96]

Having found that the rights protected under the aforementioned articles have been violated, the Commission responded to the applicant's allegations. It remained committed to the fundamental principle of compensation on the basis that the series of rights guaranteed by the African Charter would be an empty proclamation if it was not backed by the guarantee of a right to restitution or compensation in the event of violation.[97] Declaring that the DRC has violated the provisions of articles 3, 7(1)(a) and 7(1)(c) of the African Charter, the Commission:

a) Urges the Democratic Republic of Congo to recognize or cause to be recognized the Complainant's right to claim against Pharmakina in respect of the latter's legal obligation to comply with Arbitral Award No. 98/CNO/LH/006 of 1 April 1998, issued by the National Bar Council of the DRC, which grants the Complainant the sum of 500,000 (five hundred thousand) U.S. Dollars as fees owed to him for services rendered to Pharmakina Company.

b) Requests the Democratic Republic of Congo to take or cause to be taken the necessary measures aimed at granting the Complainant a fair compensation as damages for harm arising from the prolonged non-enforcement of the decision. The amount of the compensation will be determined in accordance with Congolese law.

c) Also requests the Democratic Republic of Congo to grant the Complainant compensation for the costs of the procedure which will also be determined in accordance with Congolese law.

d) Lastly, requests the Democratic Republic of Congo to report in writing within one hundred and eighty (180) days of being informed of this decision, all measures that it has taken to implement these recommendations.

3.5 The 'aftermath' of the *Mamboleo* decision

After the ruling of the Commission had been issued, Mamboleo embarked on a tumultuous journey through administrative and judicial procedures hoping to see the African Commission's decision being implemented domestically. Two procedures were activated for this purpose: a referral to the government through the Minister of Justice; and a referral to the Commercial Tribunal of Bukavu.

3.5.1 Referral to the Governmental authority

Two years after the Commission issued its ruling, Mamboleo requested the DRC government to give effect to the decision of the African Commission through a letter addressed to the Minister of Justice, Guardian of Seals and Human Rights (Minister of Justice) on 20 July

96 As above, para 115.

97 As above, para 133.

2015.[98] Shortly thereafter, on 31 July 2015, the Minister of Justice responded to Mamboleo's request through an official letter addressed to Pharmakina.[99] In this letter the Minister of Justice stated that, in accordance with the Constitution and the laws of the DRC, the African Commission's decision in the *Mamboleo* case takes pre-eminence over any judgment or decision pronounced by an internal national tribunal or court.[100] Accordingly, the Minister ordered Pharmakina to reach an agreement with Mamboleo within a reasonable time in order to pay all fees which have been recognized by the African Commission, otherwise Pharmakina would be subject to enforcement measures.[101] In other words, the view of the DRC government is that the decision of the African Commission is legally binding with the consequence that the DRC is not permitted to disregard a ruling of the African Commission. However, to complicate issues, in a letter dated 25 September 2015, the Minister of National Economy (Minister of Economy) contradicted the Minister of Justice by stating that

> the Arbitral Award was annulled by the judgment RA 444/445/452 issued by the Supreme Court of Justice and that its execution may jeopardize the proper functioning of PHARMAKINA, which was not called upon to present its defense before the African Commission on Human and Peoples' Rights, whose recommendation nevertheless touches on its interests.[102]

While not having the competence to make pronouncements on the implementation of the African Commission's decision, and instead basing his reasoning on more economic grounds meant to preserve the company from the financial risks, the ministerial correspondence nonetheless created confusion and obstructed the implementation of the African Commission's recommendations.

98 Under the Congolese law in force at that time, article 1(B) of Ordinance n° 15/015 of 21 March 2015 gives the Ministry of Justice the power to collaborate with the Office of the High Commissioner for Human Rights, the African Commission, and with other national, regional and international institutions. It also confers to the aforementioned ministry the power to defend the interests of the DRC before international and regional human rights bodies, particularly the United Nations Human Rights Committee and the African Commission.

99 Letter of the Minister of Justice n°2108/BNS/115/KN/Cab/MIN/JGS/2015 on 31 July 2015 (on file with authors).

100 It is important to note that the Congolese constitutional law provides a legal basis for the application of international law domestically. According to article 215 of the Congolese Constitution, international (human rights) treaties are directly applicable in the DRC directly following their ratification. Article 153 provides that it becomes part of the national Congolese law without any act of implementation. However, the language of the treaty plays a decisive role with respect to the domestic enforcement of decisions of judicial or quasi-judicial bodies that the treaty establishes. Although the African Charter is directly applicable in the DRC and its citizens can directly seize the African Commission, the African Charter lacks a clear articulation of the domestic legal effect of the African Commission's decisions. This is the reason why the decisions of the African Commission face obstacles upon enforcement by private parties before domestic courts.

101 Translated from French : '*En vue de vous épargner une mesure d'exécution forcée de la décision de la commission, je vous invite à approcher dans le meilleur délai Maitre Mamboleo pour convenir des dispositions à prendre en vue d'une exécution amiable*'.

102 Letter of the Minister of Economy n° 1745/CAB/MIN/ECONAT/JCM/MMG/BLA/2015 on 25 September 2015 (on file with authors).

3.5.2 Referral to the Commercial Tribunal of Bukavu

Despite the clear wording of the aforementioned letter by the Minister of Justice, Mamboleo did not recover his dues. Consequently, Mamboleo decided to refer the case to the Commercial Tribunal of Bukavu, where Pharmakina is headquartered, for enforcement of execution measures. The *Mamboleo* case went through two major procedures before the Commercial Tribunal: an injunction for payment,[103] and opposition to this injunction.[104]

On the basis of the Arbitral Award and the African Commission's decision, Mamboleo introduced a request, seeking to obtain from the President of the Commercial Tribunal an injunction for payment, ordering Pharmakina to pay the amount referred to in the two decisions. The total amount requested was estimated at US $1 519 600. On 3 June 2016, the President of the Commercial Tribunal of Bukavu issued an injunction for payment[105] and ordered Pharmakina to pay the requested sum.[106] Rather than executing the injunction, Pharmakina filed an opposition on 17 June 2016,[107] supported by two arguments. First, it contended that the Commercial Tribunal does not have jurisdiction over the case arguing that the claim for the payment of legal fees to a lawyer is neither a commercial act nor a mitigating act that may be included in the matters devolved to the commercial tribunals pursuant to article 17 of Law 2/2001 of 3 July 2001 relating to the organization and functioning of commercial tribunals.[108] Second, Pharmakina contended that an injunction for payment cannot arise from the decision of the African Commission, which, according to article 45 of the African Charter, is not a court of appeal and who could not be called upon to annul, revise or revoke decisions emanating for domestic courts. For Pharmakina, the African Commission is confined to render advisory opinions or recommendations to governments. Consequently, Pharmakina took the position that the African

103 Under the Congolese law, this matter is governed by Uniform Act Organizing Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution, art 1: 'The recovery of an unquestionable debt due for immediate payment may be secured through the injunction to pay procedure'.

104 See Uniform Act Organizing Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution, art 9: 'The ordinary remedy against the injunction to pay shall be an opposition which shall be brought before the competent court whose president pronounced the injunction to pay'.

105 Commercial Tribunal of Bukavu, Injunction for payment N° 249/2016 (3 June 2016) (on file with authors).

106 The effect of an injunction for payment is that, in the absence of an opposition within fifteen days from notification of the injunction, in the case of withdrawal by the debtor who filed the opposition, the creditor may request the insertion of an executory clause in the ruling. Such insertion has the effect of a decision after trial and is not be open for appeal. See Uniform Act Organizing Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution, art 16.

107 Under the Congolese law, 'opposition' is the ordinary remedy against the injunction for payment.

108 The issue whether or not the Commercial Tribunal has jurisdiction in this matter is less relevant for issue we want to address in this contribution and will therefore not be discussed here.

Commission's decision cannot be enforced against the company as it was not party in the proceedings before the African Commission. Moreover, Pharmakina maintained that the nature of African Commission's recommendations does not have the required character to lead to an injunction for payment.[109] Referring to the latter argument, the Commercial Tribunal revoked its earlier pronouncements for an injunction, with its reasoning based on the interpretation that articles 30 and 45 of the African Charter, does not give the Commission the powers of a court of cassation. The Commercial Tribunal determined that the African Commission only has the power to make recommendations to states. Therefore, according to the Commercial Tribunal, Mamboleo wrongly relied on the ruling issued by Commission to recover his dues.[110] Unfortunately, at the time of this writing, no subsequent developments have emerged since the decision of the Commercial Tribunal.

4 CONCLUSION

The analysis of how Kenya and the DRC addressed the respective cases after the African Commission had found that the state violated the African Charter shows that the implementation of the findings of the African Commission can be controversial. The problem is a legal one but politics can also affect the question of implementation.

First, there remains the issue of the legal value attributed to the findings and recommendations of the African Commission. Are they simply recommendations or are they legally binding? In the midst of doctrinal positions defending opposing views the African Commission has developed an argument in favour of attributing binding force to its decisions. However, the African Commission has not been clear or convincing on this point with the consequence that, in practice, the argument often returns that African Commission's findings are only recommendations. There is, in other words, still a tension between the two views. The *Mamboleo* case illustrates this quite well. The DRC government and the courts advanced different positions on this point. In the *Endorois* case, on the other hand, the Kenyan government never alluded to legal value of the recommendations but seems to shirk its obligations by simply ignoring the African Commission's insistence that the recommendations be implemented. Perhaps by disregarding the recommendations of the African Commission for nearly nine years, one can easily assume that the Kenyan government questions the binding nature of the recommendations.

Second, whether states comply with findings of the African Commission also relates to the power the African Commission has to push states to implement and comply with its findings and recommendations. The African Charter is vague on this question and

109 For more details concerning the allegations of all parties, see the Commercial Tribunal of Bukavu, Judgment R.P.O 045, 32-34 (on file with authors).

110 As above, 35.

the African Commission has, in Rule 112 of its Rules of Procedure, developed a process to monitor implementation and compliance but that process, to a great extent, depends on the good faith and willingness of states. The African Commission can request information and use the tactics of 'naming and shaming' that has to a certain extend led to positive effects elsewhere. However, in a context where the African Commission's work is not very well known to the larger public and states have not been very keen to put human rights issues high on their agenda, it might not be very effective. Practice has also shown that the Commission itself does not strictly follow the steps or apply the deadlines provided in Rule 112, which does not give an incentive to states to comply.

Moreover, once the findings have been published little information is publicly available to demonstrate how the African Commission and respective states interact and how the African Commission is pursuing compliance and implementation. This also negatively affects the effectiveness of naming and shaming approach mentioned above. By the end of 2018, the African Commission has had no publicly available communication with the DRC concerning implementation and, as far as the authors of this paper are aware, the DRC has not submitted the requested documentation to the African Commission detailing how the DRC has implemented the decision. In the *Endorois* case, the African Commission has gone to extraordinary lengths to request information from the Kenyan government but these requests are simply ignored or, even when the government of Kenya makes a pledge, reneged without visible consequence. One is left wondering if implementation efforts must be monitored by civil society as opposed to the African Commission. If states do not adhere to its requests, the African Commission can inform the African Union Assembly of Heads of State and Government (and Executive Council) but sadly these political organs have given scant attention to such requests. What remains is the potential application of Rule 118 of the Rules of Procedure, which gives the discretion to the African Commission to seize the African Court of Human and Peoples' Right (African Court) when a state party has not complied with its findings after the deadlines outlined in Rule 112. The African Court could then confirm the Commission's findings and attach to it the legal character of a judgment as long as the state in question has ratified or formally accepted the jurisdiction of the Court. The advantage of utilising the African Court is that the Protocol to the African Charter is unequivocal on that point and requests states 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'.[111]

Third, the legal tradition of each state party also plays a role in the sense that states whose relevant national institutions are familiar with the application of international law will probably be more inclined, compared to other states, to follow the findings of the African Commission. While there is a growing tendency in Africa to adhere to

111 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, 10 June 1998 (entered into force 25 January 2004), art 30.

the monistic view on the relationship between international and national law, or perhaps officially state that a ratified treaty or convention forms part of domestic law, many states are still to fully understand the consequences of such a choice. This is illustrated by the DRC: while its Constitution clearly opts for a monistic approach to the relationship between international and international law, courts and tribunals very seldom invoke international law with the exception of international criminal law, international humanitarian law, and international business law.

Finally, it must be said that politics also play a role. Many countries on the African continent have a questionable record when it comes to upholding human rights standards. Not considering human rights as a priority they will equally lead to a disregard the African Commission's decisions, which is the most fundamental issue in the unwillingness to implement the recommendations of the African Commission.

Will Konaté set African journalists free? Interrogating the promises of an emerging press freedom jurisprudence in African regional courts

Nani Jansen Reventlow & Ségnonna Horace Adjolohoun***

ABSTRACT: The right to freedom of expression is intrinsic to the democratic fabric of any society. This right is recognised in treaties, affirmed in political commitments and has been reiterated in the jurisprudence of judicial and quasi-judicial bodies. Despite its importance and recognition in national constitutions, the right has in various jurisdictions been subjected to severe restrictions under national law. In Africa, these restrictions are evident in a plethora of ways, including through laws on criminalisation of free speech. In recent years, however, regional adjudicatory mechanisms, including the African Court on Human and Peoples' Rights, are increasingly pronouncing on the primacy of this freedom to democracy, offering a catalytic potential for a continent-wide shift against restrictions. This article examines the Court's *Konaté* decision against the background of the *Hydara* and *FAJ* decisions of the Court of Justice of the Economic Community of West African States, and the *Mseto* and *Burundian Journalists' Union* judgments by the East African Court of Justice. Significantly, this article finds that a common denominator in the decisions of regional adjudicatory mechanisms in Africa is the realisation that the protection of the right to freedom of expression and indeed free press is critical to African democracy.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

Konaté garantira-t-il la liberté d'expression des journalistes africains? Interroger les promesses d'une jurisprudence émergente sur la liberté de presse dans les juridictions régionales en Afrique

RÉSUMÉ: Le droit à la liberté d'expression est inhérente à la fondation démocratique de toute société. Ce droit est reconnu par les traités, réaffirmé dans les engagements politiques et réitéré dans la jurisprudence des institutions judiciaires et quasi-judiciaires. En dépit de son importance et de sa reconnaissance dans les constitutions, ce droit a fait l'objet, dans de nombreux pays, de sévères restrictions en droit interne. En Afrique, lesdites restrictions se manifestent sous divers jours y compris à travers les législations criminalisant la liberté de presse. Toutefois, dans les années récentes, les mécanismes de contentieux régionaux dont la Cour africaine des droits de l'homme

* Human rights lawyer (Doughty Street Chambers), Lecturer in Law (Columbia Law School), Affiliate (Berkman Klein Center for Internet & Society at Harvard University); member of the team representing the applicants/plaintiffs in the *Konaté*, *Burundi Journalists' Union*, and *FAJ* cases; hello@nanijansen.org

** BA, ENA (Abomey-Calavi), LLM, LLD (Pretoria); Extraordinary Lecturer (Centre for Human Rights, University of Pretoria), Faculty Member (Constitution Building in Africa Course, Central European University) and Principal Legal Officer (African Court on Human and Peoples' Rights); sathorace@yahoo.fr. The opinions expressed in this paper are exclusively those of the author and do not in any manner reflect the opinion of the Court.

N Jansen Reventlow & SH Adjolohoun 'Will Konaté set African journalists free? Interrogating the promises of an emerging press freedom jurisprudence in African regional courts '
(2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 427-453
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a18

et des peuples se prononcent de plus en plus sur l'importance de cette liberté pour la démocratie, offrant un potentiel catalytique en vue d'un mouvement contre les restrictions à l'échelle continentale. Le présent article examine l'arrêt *Konaté* de la Cour africaine dans une étude comparée avec ceux rendus par la Cour de justice de la Communauté Economique des Etats d'Afrique de l'Ouest dans les affaires *Hydara* and *FAJ* et par la Cour de justice de la Communauté d'Afrique de l'Est dans les affaires *Mseto* et *Burundian Journalists' Union*. De manière notable, l'article conclut que le dénominateur commun des décisions rendues par les mécanismes de contentieux régionaux en Afrique est la conscience que la protection du droit à la liberté d'expression et, en effet, de la liberté de presse, sont des éléments fondamentaux pour la démocratie en Afrique.

KEY WORDS: ECOWAS Community Court of Justice, East African Court of Justice, freedom of speech, freedom of expression, journalists, African Court on Human and Peoples' Rights, democracy, Konaté

CONTENT:

1 Introduction 428
2 A wide international normative consensus for freedom of expression 429
3 Press freedom jurisprudence in African fora 433
3.1 An implied or limited approach to protecting press freedom 433
3.2 An expansive approach to the judicial protection of freedom of expression 441
3.3 Assessing the impact of adjudication gains 448
4 Conclusion 451

1 INTRODUCTION

The finding of the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) in the matter of *Issa Lohé Konaté v Burkina Faso*[1] epitomises a broad consensus in international human rights jurisprudence to limit the criminalisation of speech to the most serious circumstances.[2] The Court held as follows:[3]

> Apart from serious and very exceptional circumstances, for example, incitement to international crimes, public incitement to hatred, discrimination or violence or threats against a person or a group of people, because of specific criteria such as race, colour, religion or nationality, the Court is of the view that the violations of laws on freedom of speech and the press cannot be sanctioned by custodial sentences, without going contrary to the above provisions.

Despite its constitutional protection in the era of the so-called third wave of democratisation,[4] freedom of expression has faced severe restrictions entrenched in penal codes across Africa. The overall pace of decriminalisation of speech has been slow with only a few countries, such as Gabon, Ghana, Kenya, Lesotho, South Africa and Zimbabwe, having taken steps in the right direction.[5]

1 African Court (5 December 2014, merits) (*Konaté* case).

2 See eg *Media Rights Agenda & Others v Nigeria* (2000) AHRLR 200 (ACHPR 1998) para 74; *Gavrilovici v Moldavia* ECHR (15 December 2009) para 60; *Tristant Donoso v Panama* IACHR (27 January 2009) para 20; *Jacqueline Okuta & Another v Attorney-General & Others* (2017) eKLR.

3 *Konaté* case (n 1) para 165.

4 The term was coined by political scientist SP Huntington *The third wave: democratisation in the late twentieth century* (1991).

5 Eg, Ghana enacted the Criminal Code (Repeal of Criminal Libel and Seditious Libel Laws) (Amendment) Act 602 of 2001 on 2 August 2001, which

Against this landscape, recent developments in regional adjudicatory fora have brought excitement and hope. Alongside relentless advocacy observed around the continent, active and strategic litigation has led to unprecedented decisions in the Economic Community of West African States (ECOWAS) Court of Justice, the East African Court of Justice and the African Court. Seen through an optimist's lens, these decisions could be perceived as resolving the jurisdictional weaknesses of the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) in adjudicating similar matters.

In light of the 'spill-over' function generally associated with international strategic litigation, there is a need to assess the extent to which these leading regional pronouncements have brought to bear the promise of resolving the quandary of (re)criminalisation of speech in Africa.

In the next section we recall the importance of freedom of expression in the construction of open and democratic societies and the international normative standards protecting the enjoyment of that right. In the following section we showcase important recent jurisprudential developments in African regional courts and the potential they hold for a continent-wide shift in approach. Before concluding the discussion, we investigate the impact of these developments.

2 A WIDE INTERNATIONAL NORMATIVE CONSENSUS FOR FREEDOM OF EXPRESSION

Leading freedom of expression writers have described the right as a critical building block of democratic societies.[6] This view has also enjoyed global consensus not only through legal instruments, but also in soft law, jurisprudence and political commitments.

From a normative standpoint, the right is strongly protected under both international and national standards. First, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[7] and the Universal Declaration of Human Rights (Universal Declaration)[8] both protect

decriminalised defamation. Kenya took the same stand, albeit through case law, with the judgment of the High Court in the matter of *Jacqueline Okuta & Another v Attorney-General & Others* (2017) eKLR, as did Lesotho in the matter of *Basildon Peta v Minister of Law, Constitutional Affairs and Human Rights & Others*, Constitutional Court of Lesotho, CC 11/2016 (18 May 2018) albeit following legal challenges. In South Africa a process to repeal the common law offence of criminal defamation was started in 2016 with the introduction of a Bill to that end by the ANC.

6 A Meiklejohn *Political freedom: the constitutional powers of the people* (1960); E Barendt *Freedom of speech* (2009) 18.

7 International Covenant on Civil and Political Rights (16 December 1966), UN Doc A/6316 (1966).

8 Universal Declaration of Human Rights (10 December 1948), GA Res 217A (III), UN Doc A/810 at 71 (1948).

freedom of expression in their respective articles 19, and the right is codified in all regional human rights instruments: the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter) (article 9);[9] the European Convention on Human Rights (article 10);[10] the American Convention on Human Rights (article 13);[11] the ASEAN Human Rights Declaration (article 23);[12] and the Arab Charter on Human Rights (article 32).[13]

Second, in addition to guaranteeing the right in the African Charter, Africa has expressed unequivocal normative commitment to freedom of expression as necessary to achieve major tenets of democracy. Such commitment is exemplified at the continental level through the African Charter on Democracy, Elections and Governance of the African Union (AU), where state parties undertake to '[p]romote freedom of expression, in particular freedom of the press', so as to 'advance political, economic, and social governance'.[14] At the sub-regional level, the Revised Treaty of the Economic Community of West African States of 1993[15] explicitly protects the press in article 66, and in its Protocol on Democracy and Good Governance freedom of the press is listed as one of its constitutional principles.[16] The East African Community (EAC) Draft Protocol on Good Governance specifies in article 7(3) that 'the promotion and institutionalisation of democracy, democratisation processes and good governance' shall be achieved amongst other methods by 'creating an enabling environment for the exercise of freedom of expression, association and assembly, *a free and independent media*, robust civil society and a strong private sector'.[17] The Protocol on Culture, Information and Sport of the Southern African Development Community (SADC) includes several provisions protecting freedom of expression of the media and the rights of journalists.[18] Finally, virtually all national constitutions protect the right to freedom of expression.[19]

9 African Charter on Human and Peoples' Rights (27 June 1981), OAU Doc CAB/LEG/67/3 rev. 5.

10 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (4 November 1950), ETS 5.

11 American Convention on Human Rights (12 November 1969), OAS Treaty Series 36.

12 Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) Human Rights Declaration (18 November 2012).

13 League of Arab States, Arab Charter on Human Rights (15 September 1994).

14 Art 27(8) of the African Charter on Democracy, Elections and Governance, 30 January 2007.

15 Revised Treaty of ECOWAS, 24 July 1993, 2373 UNTS 233 234.

16 Art 1(k) of the Protocol A/SP1/12/01 on Democracy and Good Governance Supplementary to the Protocol relating to the Mechanism For Conflict Prevention, Management, Resolution, Peacekeeping and Security, 2001.

17 Copy on file with the authors (our emphasis).

18 Arts 1 & 2 (ch 1); arts 3-9, 17-23 (ch 2) of the SADC Protocol on Culture, Information and Sport, 2000.

19 A Stone 'The comparative constitutional law of freedom of expression' in T Ginsburg & R Dixon (eds) *Comparative constitutional law. Research handbooks in comparative law* (2011) 406 (our emphasis).

The importance of the right to freedom of expression in building democracy has also been asserted through soft law, jurisprudence and political commitments. With respect to soft law, the African Commission's Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa, adopted by resolution in October 2002,[20] underlines '*the key role of the media* and other means of communication in ensuring full respect for freedom of expression, in promoting the free flow of information and ideas, in assisting people to make informed decisions and *in facilitating and strengthening democracy*'.[21] In its General Comment 34, which is an authoritative statement of its decisions regarding the freedoms of opinion and expression, the United Nations (UN) Human Rights Committee made it very clear that freedom of expression is 'a necessary condition for the realisation of the principles of transparency and accountability that are, in turn, essential for the promotion and protection of human rights', and for the enjoyment of which freedom of expression forms an essential basis.[22] The Committee further stated that '*[a] free, uncensored and unhindered press or other media is essential in any society* to ensure freedom of opinion and expression and the enjoyment of other Covenant rights. *It constitutes one of the cornerstones of a democratic society*.' The free communication of information and ideas about public and political issues between citizens, candidates and elected representatives is essential. This implies '*a free press and other media able to comment on public issues and to inform public opinion without censorship or restraint*'.[23] The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), in turn, has stated that 'freedom of expression and access to information are crucial building blocks for democracy, development and dialogue'.[24]

The importance of the role of the media in the realisation of the right to freedom of expression is reflected in the UN Human Rights Committee's decisions, such as that in the case of *Rafael Marquez de Morais v Angola*.[25] The Committee stated that '[a] free, uncensored and unhindered press or other media is essential in any society to ensure freedom of opinion and expression and the enjoyment of other Covenant rights. *It constitutes one of the cornerstones of a democratic society*.'[26] Since its early years of adjudication, the European Court of Human Rights (European Court) has viewed freedom of expression as one of the essential foundations of a democratic society.[27] The African Commission echoed the same recognition when it took the view in

20 Resolution 222 to modify the Declaration of Principles on Freedom of Expression to include Access to Information and Request for a Commemorative Day on Freedom of Information.

21 Preamble and art 1(1) (our emphasis).

22 United Nations Human Rights Committee, General Comment 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression,12 September 2011, UN Doc CCPR/C/GC/34, paras 2 & 3.

23 General Comment 34 (n 22) paras 13 & 20 (our emphasis).

24 UNESCO *Pressing for freedom* (2013) 7.

25 *Marques v Angola* Communication 1128/2002 UNHR Committee (2005).

26 *Marques* (n 25) para 6.8 (our emphasis).

27 See, eg, *Lingens v Austria* ECHR (8 July 1986).

Scanlen and Holderness v Zimbabwe that '[p]ublic order in a democratic society demands the greatest possible amount of information. *It is the widest possible circulation of news, ideas and opinions as well as the widest access to information by society as a whole that ensures this public order*.'[28] The Constitutional Court of South Africa, one of the more free speech-minded courts on the continent, has also underlined the importance of freedom of expression as an instrument – both for the press and others – to advance transparency and thereby enhance democracy by holding that

> [freedom of expression] is closely linked to the right to human dignity and helps to realise several other rights and freedoms. Being able to speak out, to educate, to sing and to protest, be it through waving posters or dancing, is *an important tool to challenge discrimination, poverty and oppression. This Court has emphasised the importance of freedom of expression as the lifeblood of an open and democratic society*.[29]

While the right to freedom of expression is not absolute, it may only be restricted if specific conditions are met, as set out in article 19(3) of the ICCPR.[30] The restrictions must be 'provided by law'; they may only be imposed in the pursuit of protecting the respect for the rights or reputations of others, the protection of national security, public order or public health or morals; and the restriction must conform to the strict tests of necessity and proportionality. These conditions are cumulative: If not all parts of this three-part test are met, a restriction to the right to freedom of expression is not permissible under international law. Article 27(2) of the African Charter and the 2002 Declaration of Principles of Freedom of Expression in Africa set out similar limitations to restrictions on the right to freedom of expression as protected by article 9 of the African Charter,[31] and the other regional instruments mentioned above contain similar wording.

This diverse global consensus supports the view that modern democratic societies cannot be achieved without the full exercise and respect for the right to freedom of expression. In Africa, where a number of fragile democracies face recurring challenges such as a weakened rule of law, corruption, and the lack of a robust system of checks and balances, democratisation could become a futile process without freedom of expression and freedom of the press. The exercise by members of the press of their right to freedom of expression enables the free flow of information that allows citizens to inform themselves on matters of public interest and hold their political leaders to account.

28 *Scanlen & Holderness v Zimbabwe* (2009) AHRLR 289 (ACHPR 2009) para 110 (our emphasis).

29 *Print Media South Africa & Another v Minister of Home Affairs & Another* (CCT 113/11) [2012] ZACC 22 (our emphasis).

30 General Comment 34 (n 22) para 22.

31 See art I of the African Commission Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa (2002). The provision reads '1 Freedom of expression and information, including the right to seek, receive and impart information and ideas, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other form of communication, including across frontiers, is a fundamental and inalienable human right and an indispensable component of democracy. 2. Any restrictions on freedom of expression shall be provided by law, serve a legitimate interest and be necessary and in a democratic society.'

Despite broad ratification of the above-mentioned treaties on the continent – ICCPR has been ratified by 53[32] and the African Charter by 54 AU member states[33] – attacks on freedom of expression and journalistic freedom are prevalent in Africa. Recent adjudication of freedom of expression cases in African regional courts, however, shows a trend of litigation that seeks to address the existing gap between normative commitment and actual protection. The following section discusses this jurisprudence and the potential it holds.

3 PRESS FREEDOM JURISPRUDENCE IN AFRICAN FORA

This section will discuss the most relevant and recent decisions on the subject of freedom of the press in a two-step approach. First, we will examine those decisions in which the courts have taken an implied or limited approach to freedom of expression and especially that of the press. Cases discussed under this category illustrate a trend of interpretation and adjudication that is more restrained, which arguably is due to the litigation's historical context in combination with judicial self-restraint.

Second, we will look at subsequent jurisprudence that brings about a more expansive approach to the interpretation and application of international human rights standards relating to freedom of expression and the rights of journalists. This category includes cases that were adjudicated when courts had become more active and case law on press freedom began to build in African regional courts.

3.1 An implied or limited approach to protecting press freedom

3.1.1 ECOWAS Court of Justice: *Manneh v The Gambia* and *Saidykhan v The Gambia*

The cases of *Manneh v The Gambia*[34] and *Saidykhan v The Gambia*[35] were both adjudicated by the ECOWAS Court of Justice. The cases form part of a body of case law against The Gambia, many of which cases were filed following human rights abuses committed by the regime of former President Jammeh. The regime was particularly negatively disposed towards the press, with Jammeh having stated at a press

32 United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights; see interactive dashboard on status of treaty ratification http://indicators.ohchr.org/ (accessed 24 August 2018).

33 African Union, List of countries which have, signed, ratified/acceded to the African Charter on Human and Peoples' Rights https://au.int/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights (accessed 7 November 2018).

34 *Chief Ebrimah Manneh v The Gambia* ECW/CCJ/JUD/03/08 (5 June 2008).

35 *Musa Saidykhan v The Gambia* ECW/CCJ/JUD/08/10 (16 December 2010).

conference following his contested 2006 election victory, that 'if I want to ban any newspaper, I will, with good reason'.[36]

In the *Manneh* case, which was decided in 2008, representatives of Gambian journalist Chief Ebrimah Manneh alleged that his arrest in 2006 without a warrant and incommunicado detention without any charge or medical attention by national intelligence agents violated his human rights to security, liberty and dignity guaranteed in articles 5 and 6 of the African Charter.[37] The plaintiff himself had sporadically been seen during the first years of his arrest, but has since been considered to have been disappeared by the Gambian regime.[38]

The Court first considered the alleged violation of article 6 of the African Charter. It preliminarily noted that the case was premised mainly on article 6 of the Charter, which protects the right to personal liberty and protection from arbitrary arrest.[39] In determining whether Manneh's arrest and detention were justified, the Court relied on the testimony of three witnesses for the plaintiff. Notably, the plaintiff's submissions were purely factual and did not make a case for a violation of article 6 of the Charter in the context of freedom of expression or the right of journalists to perform their duties free from fear and undue restrictions.[40] Without delving into such considerations either, the Court moved on to examine the violation of article 7 of the Charter, which had neither been invoked by the plaintiff, nor mentioned by the Court in framing the issue for determination. In reaching the conclusion that the respondent state had violated both articles 6 and 7 of the Charter, the Court relied solely on the fact that the respondent state had not properly disputed the alleged human rights violations: 'All these facts stand uncontroverted, and they appear credible so the Court accepts them.'[41]

In considering the plaintiff's claim of a violation of his right to dignity as protected by article 5 of the African Charter, the Court began by identifying the enjoyment of this right and the right to 'political or any opinion' as 'core rights' that need to be respected and protected without discrimination.[42] However, instead of making its determination based on this premise, as one might have expected, the Court surprisingly leaped to finding a violation of the right to liberty and security without further addressing the freedom of expression element it had previously alluded to.[43]

36 BBC News 'Gambian opposition claims fraud' 25 September 2006.

37 *Manneh* (n 34) summary of facts, paras 24 & 29.

38 See Media Foundation for West Africa 'The Gambia must implement ECOWAS Court judgment on Ebrima Manneh' 4 June 2015 http://www.mfwa.org/country-highlights/the-gambia-must-implement-ecowas-court-judgment-on-ebrima-manneh/ (accessed 3 September 2018).

39 *Manneh* (n 34) para 15.

40 *Manneh* paras 18-20.

41 *Manneh* para 20.

42 *Manneh* paras 24 & 25.

43 *Manneh* paras 27 & 28.

The Court did not change its trajectory while examining whether the plaintiff was entitled to monetary compensation. It limited itself to defining the meaning of reparations, establishing causality between the violations it had found and the actions of the respondent state, after which it reverted to comparative jurisprudence to determine the amount of damages.[44] Neither the facts referenced, nor the reasoning pointed to consideration by the Court of the fact that the violations had arisen in the context of the plaintiff's work as a journalist. The Court ordered The Gambia to release the plaintiff, to restore his right to free movement and to pay him US $100 000 in damages.[45] At the time of writing, Manneh has not been released, his whereabouts not been made public, nor have full damages been paid to his relatives.[46] The Gambian government so far has denied having him in its custody, and there have been contradictory statements as to whether or not Manneh is still alive.[47]

The *Manneh* case was not explicitly framed as a press freedom case. As such the only nexus to freedom of expression and its application to the media and journalists was the plaintiff himself. It may be rightly argued that the case as made by the plaintiff was not one of a violation of his right to freedom of expression as protected under article 9(2) of the African Charter and article 66 of the ECOWAS Revised Treaty. While it was obvious that agents of the respondent state subjected the plaintiff to the established violations because of his work as a journalist, the plaintiff's complaint did not invoke any relevant provisions, namely, article 9 of the African Charter and article 66 of the ECOWAS Treaty, to support such a claim. While the Court itself mentions in its reasoning the element of 'political opinion', it did not pursue this line of reasoning further in its findings.

Although the subsequent case of *Saidykhan v The Gambia*, decided two years later by the Court in 2010, did not yield more explicit findings on the issue of freedom of expression, the evidence presented in the case brought the matter closer to the subject matter of press freedom. Following the publication in his newspaper of the names of the alleged masterminds behind the 21 March 2006 *coup* in The Gambia, Gambian journalist Musa Saidykhan was arrested by military and police agents without an arrest warrant. He was taken to the headquarters of the National Intelligence Agency and detained incommunicado for 22 days,

44 *Manneh* paras 29-40.

45 *Manneh* para 44.

46 Partial payment was reported to have been made in 2018; see Media Foundation for West Africa 'Justice at last: Gambia finally pays compensation to families of Ebrima Manneh and Deyda Hydara' (5 June 2018).

47 In 2011 The Gambia's Justice Minister stated in two different interviews that Manneh was alive; see Committee to Protect Journalists 'Gambian minister should disclose Manneh's fate' 11 October 2011 https://cpj.org/2011/10/gambian-justice-minister-should-disclose-mannehs-f.php (accessed 2 September 2018), while earlier the same year Jammeh referred in public statements to Manneh's case as 'a death'; see Committee to Protect Journalists 'Jammeh to news media: I set limits on press freedom' 23 March 2011 https://cpj.org/blog/2011/03/jammeh-to-news-media-i-set-limits-on-press-freedom.php (accessed 2 September 2018).

during which time he was tortured. Security agents continued to shadow him after he had been released, and the plaintiff decided to flee The Gambia together with his wife.

In determining whether or not the plaintiff had been arrested and detained by agents of the respondent state, the Court relied on the plaintiff's statement on the reason for his arrest and torture, which he asserted had been the publication in his newspaper.[48] The Court further based its finding on the respondent state's response, which argued that, had its agents arrested the plaintiff, they would have been justified to do so since the latter had admitted to said publication.[49]

The Court considered three other issues, namely, whether or not the plaintiff was tortured while in detention; whether or not he sustained any harm or injury, physical or otherwise; and whether or not the plaintiff was entitled to damages or compensation from the respondent state. Having found that the plaintiff's rights were violated, the Court ordered the respondent state to pay the amount of US $200 000 in damages.[50]

It may be argued that, as opposed to *Manneh*, the *Saidykhan* case sought to profile the matter as one of press freedom. References to that effect include the plaintiff stating during the public hearing that 'soldiers of the respondent constrained him to commit to stop practising journalism, which he declined';[51] that he was arrested and tortured 'because he published a piece on the said *coup*'.[52] Despite these references and the findings, the *Saidykhan* judgment ultimately only found violations of the rights to liberty, security and fair trial protected by articles 6 and 7 of the African Charter and not of freedom of expression guaranteed under article 9(2) of the Charter. However, in spite of not finding a violation of the right to freedom of expression at its own initiative, the Court did take the opportunity of indirectly stressing the plaintiff's work as a journalist as the main reason for the established violations.

3.1.2 African Court on Human and Peoples' Rights: *Norbert Zongo & Others v Burkina Faso*

The *Zongo* case,[53] decided by the African Court in 2014, has become one of the most emblematic decisions on freedom of expression, and especially that of the press, in Africa. Beneficiaries of the late Zongo and his companions brought a claim against Burkina Faso for violating the deceased's rights to equality, life, fair trial, and freedom of expression and information. With respect to freedom of expression, the applicants argued that by failing to prevent Zongo's assassination and bringing

48 *Saidykhan* (n 35) para 30.
49 *Saidykhan* para 32.
50 *Saidykhan* para 47.
51 *Saidykhan* para 16.
52 *Saidykhan* para 17.
53 *Beneficiaries of the Late Norbert Zongo & Others v Burkina Faso* African Court (28 March 2014, merits).

those responsible to justice, the respondent state violated its obligations related to the right to freedom of expression, the right to disseminate information and the rights of journalists protected by article 9 of the African Charter, article 19(2) of the ICCPR, and article 66(2)(c) of the ECOWAS Revised Treaty.

With respect to the alleged violation of these provisions, the Court set out two issues for determination: first, whether the respondent state had violated Zongo's right to freely perform his profession by failing to prevent his assassination and, second, whether freedom of expression among the media profession in general had been violated. Having declined temporal jurisdiction over the alleged violation of Zongo's right to life in its preliminary ruling, the Court held that it could not consider the first issue on the merits given that the alleged violation of the right to life was instantaneous and completed before the entry into force of the Protocol creating the Court and did not continue thereafter.[54] The Court then decided to tie its consideration of the second issue to the violation of the right to have one's cause heard by competent national courts. In considering whether the respondent state's failure to bring those responsible for Zongo's assassination to justice caused fear and concerns among the media profession, the Court took a minimalist approach to reasoning. Having outlined the issue in three paragraphs,[55] it concluded in a three-line paragraph as follows: 'In these conditions, the Court is of the view that the respondent's failure to find and prosecute those responsible for the assassination of Zongo raised fear and concerns among the media profession.'[56] Based on that conclusion, the Court found that the respondent had violated 'the freedom of expression of journalists as guaranteed by Articles 9 of the Charter read together with Articles 66(2)(c) of the ECOWAS Revised Treaty'.[57]

The Court's reasoning calls for some observations. First, in making a determination on such an important right as freedom of expression, which undoubtedly also is the core issue in the *Zongo* case, the Court did not lean on any factual element. For instance, the Court did not examine the fact that Zongo was a leading investigative journalist in his country and the region or that, at the time of his assassination, he was expected to publish the findings of an investigation on alleged corruption involving the brother to the then President of Burkina Faso. The Court also did not address the fact that he had received death threats over the said investigation and forthcoming publication or what the circumstances were that immediately preceded and followed the assassination. Second, the Court did not conduct a thorough analysis of the right concerned, either based on doctrine or case law, and finally devoted three lines to the actual determination. It cannot be overstated that the Court missed a unique first opportunity to provide guidance on what the freedom of expression and rights of journalists encompass

54 *Zongo* (n 53) paras 65-69; 180-181.
55 *Zongo* paras 183-185.
56 *Zongo* para 186.
57 *Zongo* para 187.

under both article 9 of the African Charter and article 66(2)(c) of the ECOWAS Revised Treaty. This outcome was all the more surprising given that at the time it considered the matter, the Court had ample precedents from the African Commission[58] and other regional human rights bodies[59] to borrow from.

3.1.3 East African Court of Justice: *Burundian Journalists' Union v Burundi*

The case of *Burundian Journalists' Union v Burundi*[60] was decided by the East African Court of Justice (EACJ) in 2015. A proper understanding of the following case discussion requires some background on the human rights jurisdiction of the EACJ.

Pursuant to the Treaty for the Establishment of the East African Community (EAC Treaty),[61] the Court was vested with jurisdiction to hear human rights cases, but such competence was to be activated by the policy organs at a later stage. In the case of *James Katabazi v Uganda*,[62] the Court used the Treaty principles of the rule of law and human rights[63] to assert jurisdiction on claims that were presented to it as human rights violations. Following the Court's decision in the case of *Sitenda Sebalu v Uganda*[64] that the failure to implement its human rights jurisdiction violated the Treaty, civil society advocacy led to the adoption of a Bill of Rights and draft Protocol, which, however, remained dead letter as they were never assented into law.[65] So far, the Court has been using its *Katabazi* precedent to deal with cases involving claims concerning allegations of human rights violations.[66]

The case of *Burundian Journalists' Union v Burundi* can be considered as such a case. The applicant alleged that Law 1/11 of 4 June 2013, amending Law 1/025 of 27 November 2015, governing the press

58 See eg *Media Rights Agenda* (n 2); *Zegveld & Another v Eritrea* (2003) AHRLR 85 (ACHPR 2003).

59 See international case law cited in sec 2 of the article.

60 *Burundian Journalists Union v The Attorney-General of the Republic of Burundi* (*Burundian Journalists Union*) Reference 7 of 2013 EACJ Law Report 299 (2012-2015).

61 Treaty for the Establishment of the East African Community (1999).

62 *James Katabazi & 21 Others v Uganda* (2007) EALS Law Digest 29.

63 See art 6(d) of the EAC Treaty.

64 *Hon Sitenda Sebalu v Secretary-General of EAC & Others* (2011) EALS Law Digest 110.

65 See SH Adjolohoun 'Giving effect to the human rights judgments of the ECOWAS Court of Justice: compliance and influence' unpublished doctoral thesis, University of Pretoria, 2013 119.

66 *Independent Medical Unit v Attorney-General of Kenya & Others* Reference 3 of 2010 (2011) EALS Law Digest 22 (referring to its precedent in the *Katabazi* case, the Court declined human rights jurisdiction in a matter concerned with allegations of torture and inhuman treatment); *Emmanuel Mwakisha Mjawasi & Others v Attorney-General of Kenya*, Reference 2 of 2010 (2011) EALS Law Digest 204 (declining human rights jurisdiction, the Court drew a distinction between such matters and the failure of the respondent state to abide by treaty obligations); *Mary Ariviza & Another v Attorney-General of Kenya & Another* Application 3 of 2010 (2011) EALS Law Digest 1 (in the case concerned with the

in Burundi, contravened articles 6(d) and 7(2) of the Treaty.[67] The applicant argued that the Burundi Press Law violated freedom of the press and the right to freedom of expression, which are cornerstones of the principles of democracy, the rule of law, accountability, transparency, and good governance as codified in the above-mentioned provisions.[68] The Court set out to determine whether it had jurisdiction, and if the impugned law was consistent with the aforementioned provisions of the EAC Treaty.

In relation to the first issue, the respondent state argued that the disputed law had already been considered by Burundi's Constitutional Court and that the EACJ therefore had no jurisdiction.[69] The Court referred to articles 33(2) and 34 of the Treaty and its precedent in the case of *Democratic Party v The Secretary-General and the Attorneys-General of the Republic of Uganda, Kenya, Rwanda and Burundi*[70] and reiterated the position that there is no doubt about the primacy, if not supremacy, of its jurisdiction over the interpretation of provisions of the Treaty. With respect to the relationship between national law and the Treaty, the Court took the view that, even if the Treaty does not provide a consistent pointer in addressing the question, by virtue of article 8(2), partner states are obligated to enact national laws to give effect to the Treaty and, to that extent, the latter is superior law.[71] That the Court asserted jurisdiction over press freedom cases is a good development in itself as it strengthens its constructive human rights mandate.

With respect to the conformity of the Press Law with the Treaty, the Court made two main relevant findings. First, it found that articles 19(b), (g), (i) and part of (j) of the Press Law, which restrict dissemination of information on the stability of the currency, offensive articles or reports regarding public or private persons, information that may harm the credit of the state and national economy, diplomacy, scientific research and reports of commissions of inquiry by the state were in violation of the principles enshrined in articles 6(d) and 7(2) of the Treaty.[72] Second, the Court found that article 20 of the Press Law violated articles 6(d) and 7(2) of the Treaty to the extent that it obliged journalists to reveal their sources of information there where this information related to offences against state security, public order, state defence secrets, and against the moral and physical integrity of

constitutional review process in Kenya, the Court concluded that it had no competence as the matter involved the review of a domestic judicial decision); *Plaxeda Rugumba v Secretary-General of EAC & Another* Reference 8 of 2010 (2011) which related to arrest and detention by the government of Rwanda, and where, although the Court declined human rights jurisdiction, it embraced its interpretation mandate and decided that the applicant was seeking a declaration of rights rather than an enforcement of human rights).

67 Treaty establishing the East African Community, 2000.

68 *Burundian Journalists Union* (n 60) paras 17-21.

69 *Burundian Journalists Union* para 25.

70 EACJ Reference 2 of 2012.

71 *Burundian Journalists Union* (n 60) paras 39-44.

72 *Burundian Journalists Union* para 102.

one or more persons.[73] The Court consequently ordered that 'the Republic of Burundi shall, in accordance with article 38(3) of the Treaty take measures, without delay, to implement this judgment within its internal legal mechanisms'.[74]

A few remarks are worth making on this case in relation to whether it has advanced freedom of expression in Africa. First, the Court applied its constructive 'human rights jurisprudence'[75] to freedom of expression by reaffirming its precedents that the Treaty's reference to human rights in the African Charter as principles of the Community are not mere aspirations but 'have crystallised into actionable obligations' for states.[76] Second, and in the same vein, the Court was not shy to make substantial reference to the abundant international and national freedom of expression case law material submitted by both the applicant and *amici*.[77] It relied on the same to ascertain that 'there is no doubt that freedom of the press and freedom of expression are essential components of democracy'.[78] Having established that the African Charter rights, including freedom of expression, are 'justiciable principles of the Treaty',[79] the Court addressed the lack of pointers to conduct the *contrôle de conventionnalité* – or 'conventionality test' – in the Treaty by borrowing exclusively from domestic case law, mainly from the Supreme Court of Canada.[80]

While this approach ultimately led to the identification of the relevant requirements for the proportionality test, the Court's choice of reference can be questioned. The choice can at the very least be called surprising since the Court referred extensively to international case law to hold that the matter had been properly brought before it. It is not clear why the Court chose a different approach when deciding on the merits of the case.

In its assessment of the merits of the case, the Court limited the application of the three-part test to only a small number of the articles in the Press Law[81] compared to the number of provisions challenged by the applicant in the reference, finding that it did not have sufficient evidence to assess the other alleged violations.[82] The Court eventually declared only articles 19, 20, and 38(3) of the Law in violation of the EAC Treaty provisions.[83]

73 *Burundian Journalists Union* para 111.
74 *Burundian Journalists Union* para 123.
75 See *Katabazi* (n 61); *Independent Medico Legal Unit* (n 65); *Samuel Mukira Mohochi v Uganda* (2013).
76 *Burundian Journalists Union* (n 60) paras 75-76.
77 *Burundian Journalists Union* paras 46 58, 68-69, 76-80, 91, 97 & 108.
78 *Burundian Journalists Union* paras 77-86.
79 *Burundian Journalists Union* para 86.
80 *Burundian Journalists Union* para 87.
81 *Burundian Journalists Union* paras 90, 95 & 109.
82 *Burundian Journalists Union* paras 21 & 122.
83 *Burundian Journalists Union* para 125.

One possible explanation is that the Court perhaps was reluctant to deal with the abstract challenge to the Press Law posed by the applicants.

The cases discussed in this section reveal a limited or restricted approach to the interpretation and application of freedom of expression. The following section illustrates that there is a developing jurisprudence that demonstrates more expansive and stronger adjudication on the same right.

3.2 An expansive approach to the judicial protection of freedom of expression

3.2.1 ECOWAS Court of Justice: *Deyda Hydara Jr & Others v The Gambia* and *Federation of African Journalists & Others v The Gambia*

The case of *Deyda Hydara Jr & Others v The Gambia*[84] was decided by the ECOWAS Court of Justice in 2014, several years later than the *Manneh* and *Saidykhan* cases discussed earlier. The application was brought by the two sons of the late Gambian journalist Deyda Hydara Sr. Just as Manneh, Saidykhan and Zongo, Hydara Sr was a West-African freedom of expression icon. As recounted in the application filed before the Court, Hydara Sr had received several death threats in connection with his journalistic work. The applicants alleged that the journalist was murdered in a drive-by shooting while in the company of two employees of his newspaper.

The plaintiffs contended that the respondent state's failure to properly investigate Hydara Sr's assassination and bring those responsible to justice violated his right to life as guaranteed by articles 1 and 4 of the African Charter; that this violation and lack of subsequent investigation and prosecution led to a state of systemic insecurity for media practitioners and government critics; and that the failure to investigate the killing violated Hydara Sr's right to freedom of expression and freedom of the press guaranteed by article 9 of the African Charter and article 66 of the Revised ECOWAS Treaty.

In adjudicating this case, the ECOWAS Court took an interesting departure from the approach taken in other regional pronouncements in freedom of expression cases and especially its own precedent, discussed earlier. A first departure relates to the Court's definition of freedom of expression in the *Hydara* judgment. In a joint reading of articles 9 of the Charter and 66 of the Treaty, the Court held that '[a] state also will be in breach of international law and treaty obligations if it fails to protect media practitioners including those critical to the regime. For freedom of expression also includes freedom to criticise government and its functionaries subject to limitations imposed by the

84 See *Dayda Hydara Jr, Ismaila Hydara & International Federation of Journalists Africa v The Gambia* ECW/CCJ/APP/30/11 (10 June 2014).

domestic laws.'[85] In none of the cases discussed earlier as part of the limited approach to adjudication of freedom of expression had the right been fleshed out with such emphasis and strength.

While establishing whether the failure to investigate Hydara's killing created a climate of impunity in the country, the Court based its analysis on its precedent in the *Manneh* and *Saidykhan* cases cited by the plaintiffs. The Court drew parallels from those cases to single out the lack of investigation as a common feature that encourages impunity of the perpetrators of such crimes.[86] More interestingly, the Court stressed the obligation of member states under article 66 of the ECOWAS Revised Treaty as one of

> assuring a safe and conducive atmosphere in the practice of journalism. And in the situation where attacks by state operatives are not investigated, let alone to prosecute the suspects, the state will be in breach of its obligation under the Treaty, and also the African Charter, as such impunity has the effect of denying the journalists the right to function and thus stifling freedom of expression.[87]

The case of *Federation of African Journalists & Others v The Gambia*[88] is the most recent judgment by the ECOWAS Court dealing with freedom of expression and freedom of the press, and its most detailed pronouncement on the issue so far. While the judgment is not entirely on steady ground in applying the principles, such as the three-part test, it devotes ample space to setting out and citing both international and comparative standards on the right to freedom of expression and the importance of a free press.[89] Its judgment on the facts also takes a strong position that is protective of both.

The case concerned a complaint filed by the Federation of African Journalists, a non-governmental organisation (NGO) representing the interests of journalists on the continent, and four individual journalists living in exile against The Gambia. They argued that the existence and implementation by the respondent state of its sedition, false news and criminal defamation laws violated the state's obligations relating to the right to freedom of expression as enshrined in article 19 of the ICCPR, article 9 of the African Charter and article 66(2) of the Revised ECOWAS Treaty. Two of the applicants also alleged having suffered a violation of their right to freedom from torture.

In its judgment, which is lengthy compared to its usual standards,[90] the Court makes a number of statements on the right to

85 See *Hydara* (n 84) 6 (as the paragraphs of this judgment were not numbered, reference is made to page numbers).

86 *Hydara* 9.

87 *Hydara* 9 & 10.

88 *Federation of African Journalists (FAJ) & Others v The Gambia* ECW/CCJ/APP/36/15 (14 February 2018).

89 *FAJ* (n 88) 36-48 (as the paragraphs of this judgment were not numbered, reference is made to page numbers).

90 The Court Rules do not include any provision on the length of a judgment. However, a review of the Court's case law shows that a 62-page judgment is above the average length for what could be termed an 'important' case or one involving multiple allegations of violations. The judgments of the Court in *Habre v Senegal* (2010), *SERAP (Education) v Nigeria* (2010) and *CDP v Burkina Faso* (2015) could be used as comparators.

freedom of expression, underlining its importance, such as that '[f]reedom of expression is a fundamental human right and full enjoyment of this right is central to achieving individual freedoms and to developing democracy. It is not only the cornerstone of democracy, but indispensable to a thriving civil society.'[91] Remarkably, after outlining the parties' arguments on the alleged violation by The Gambia in this area, the Court devotes several pages to discuss the genesis of 'the restrictions on freedom of expression',[92] citing comparative and international standards supporting the need to decriminalise defamation;[93] on the importance of the press;[94] the potential 'chilling effect' of vaguely-worded legislation restricting free speech;[95] and the proportionality of sanctions.[96] The Court then proceeds to find that '[i]n 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', and concludes that the criminal sanctions imposed for sedition, defamation and false news have a chilling effect 'that may unduly restrict the exercise of freedom of expression of journalists'.[97] The Court finds that the laws violate the right to freedom of expression and directs that they be 'reviewed and decriminalised to be in conformity with the international provisions on freedom of expression'.[98] Following this, the Court also finds the detention of the individual journalists as well as the mistreatment of two of them to have violated their rights to freedom of expression and freedom from torture.[99]

While perhaps not outlining its argument in the most structured fashion, the Court's judgment touches upon a number of key aspects related to the right to freedom of expression and freedom of the press. The Court underlines the importance of the right in a democratic society, acknowledges the important role the press plays in this context, and touches upon all elements of the three-part test, even if it addresses the legitimate aim of the laws only indirectly when it discusses in brief the historical background to the crime of defamation.[100] The judgment cites a variety of both comparative and international sources, including the UN Human Rights Committee, the European Court of Human Rights and the African Court's *Konaté* judgment, clearly embedding its finding in previous, detailed freedom of expression case law. With the *FAJ* case, the Court made an important further step towards a comprehensive freedom of expression judgment. It further elaborated on its findings in the *Hydara* judgment and made a number of strong

91 *FAJ* (n 88) 32.
92 *FAJ* 35.
93 *FAJ* 37.
94 *FAJ* 40-41.
95 *FAJ* 41-43 & 46.
96 *FAJ* 47.
97 *FAJ* 47.
98 *FAJ* 48.
99 *FAJ* 48-60.
100 *FAJ* 35.

statements on the importance of the right. In the end, however, the Court failed to set out – in its written judgment at least, as the Court does refer to having 'analysed' and 'critically examined' the laws[101] – a clear analysis in which it brings those elements to bear on the case at hand, applying the three-part test methodically to the facts to reach its final conclusions. As it stands, the groundwork and principles are set out, and the ultimate finding of a violation appears to correspond with them, but the bridge between them is largely absent.

3.2.2 African Court on Human and Peoples' Rights: *Lohé Issa Konaté v Burkina Faso*

This case, heard by the African Court after the *Zongo* case discussed above, can rightly be considered a landmark judgment on freedom of expression in Africa as it clearly addresses the main issues such as the scope of the right, the application of its limitations, and the decriminalisation of related offences. For publishing two articles in his newspaper, which were deemed insulting to the public prosecutor, journalist Lohé Issa Konaté was prosecuted and sentenced to 12 months' imprisonment and the payment of a fine of US $3 000, damages of US $9 000, and costs of US $500. Further, the domestic courts ordered that his weekly be suspended for a period of six months and the operative provisions of the judgment be published in several issues of local newspapers.

Before the African Court, Mr Konaté alleged that the above facts constituted a violation of his right to freedom of expression under article 9 of the African Charter, article 19 of ICCPR and article 66(2) of the ECOWAS Revised Treaty. Our discussion here focuses on the Court's interpretation and application of the provisions of the above-mentioned articles in advancing press freedom in Africa, especially in light of existing precedents.

In dealing with the merits of the matter, the Court first undertook the three-part test of the restriction imposed by the Burkinabe Information Code. On legality, the Court concluded that the limitations complained of were enshrined in the Burkinabe Penal Code and Information Code and therefore met the 'provided by law' criterion.[102] While more extensive than that of the Court on the same issue in the *Zongo* judgment, the analysis in the *Konaté* case left room for further improvement. Compared to international standards,[103] the Court could have pointed with greater strength to state obligations under international law to protect the rights of journalists in their laws and set a higher bar for what constitutes *sufficiently precise and clear* legislation to restrict freedom of expression than being satisfied with the mere presence of a legal basis which – based on the broad wording used in the Law – could be argued as one existing in form only.

101 *FAJ* 47.

102 *Konaté* (n 1) paras 128-131.

103 See analysis under part 2 of this article on a 'wide international consensus for freedom of expression'.

In making a determination on whether the same limitations served a legitimate purpose, the Court leaned on the right and reputation of others, collective security, morality and common interest as prescribed by articles 27(2) of the African Charter and article 19(3) of the ICCPR. Noting that the impugned national law aimed at, among others, protecting the reputation of magistrates in the performance of their duties, the Court concluded that the restriction was imposed in pursuit of a legitimate purpose.[104]

When it came to proportionality, the Court undertook an extensive analysis based on international case law.[105] It began by adopting the broadly-accepted international standard that restrictions to freedom of expression must be necessary in a democratic society. However, while one might have expected the Court to frame a preliminary definition of 'necessity', it merely stated situations where limitations would not be seen as necessary.[106] The core of the Court's proportionality analysis was devoted to balancing the right of a person to freedom of expression and the interests of society as a whole. The Court took the view that limitations should not be disproportionate and never be so severe as to result in a stifling of the freedom of expression.[107] A second limb of the analysis interrogated restrictions aimed at protecting the honour and reputation of others. There, the Court appeared to frame a 'need for a lesser degree of interference with freedom of expression in a democratic society when exercised in the context of public debate relating to public figures'.[108] The conclusive finding of the Court expressly referred to the *Media Rights Agenda* precedent of the African Commission that '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'.[109]

On those grounds, the Court made what could be considered as the major findings in this case and in the jurisprudence on freedom of expression in Africa. First, it held that proportionality in a democratic society can only accommodate custodial sentences for breaches of laws on 'freedom of speech and the press' in 'serious and very exceptional circumstances'.[110] Second, it held that other criminal sanctions such as fines, civil or administrative are incompatible with international human rights law, including the African Charter, when they are disproportionate and excessive.[111] With these two findings, the Court aligned itself with the position taken by other regional human rights courts that custodial sentences for defamation are never an acceptable

104 *Konaté* (n 1) paras 132-138.
105 *Konaté* paras 149-161.
106 *Konaté* para 146.
107 *Konaté* para 166.
108 *Konaté* para 155.
109 As above.
110 *Konaté* (n 1) para 165.
111 *Konaté* para 166.

penalty, and that all penalties for speech-related offences should be necessary and proportionate.[112] Finally, the Court stated that the decriminalisation of expression cannot apply in circumstances such as 'international crimes, public incitement to hatred, discrimination or violence or threat against a person or groups on grounds of race, colour, religion or nationality, among others'.[113] In this regard, the majority took a more restrictive approach than the more liberal minority of four judges, who argued in a separate opinion that in order to address such grave offences as hate speech and incitement to violence, criminal law might be considered as a measure, but that in such cases specific legislation targeted at these offences can be adopted; *criminal defamation*, however, was not the appropriate basis for that and therefore not necessary.[114]

While it is perhaps understandable that the majority of the Court, in handling its first criminal defamation case, opted for the more traditional option – which is in line with the current state of jurisprudence at its regional counterparts[115] – the minority view appears to be doctrinally more correct when looking at the international standards set out above. The separate opinion – correctly, in our view – hinges on the legality criterion: Laws have to be carefully and precisely drafted in order for individuals to be able to regulate their behaviour.[116] If the legislator wants to curb issues such as incitement to violence, it should legislate for that purpose specifically and not stretch defamation provisions to meet its requirements to limit speech it considers undesirable. Looking at the issue from this point of view and the fact that the main purpose of defamation claims is a protection of the reputation, it is difficult to imagine a scenario in which this specific aim could not be achieved through civil proceedings.

Having found a violation of the respondent state's obligations concerning the right to freedom of expression under the African Charter, the ICCPR and the Revised ECOWAS Treaty,[117] the Court also gave detailed orders to the respondent state to bring its domestic legislation in line with these human rights treaties by stating that it had to

> amend its legislation on defamation in order to make it compliant with article 9 of the Charter, article 19 of the Covenant and article 66 (2)(c) of the Revised ECOWAS Treaty (1) by repealing custodial sentences for acts of defamation; and (2) by adapting its legislation to ensure that other sanctions for defamation meet the test of necessity and proportionality, in accordance with its obligations under the Charter and other international instruments.[118]

112 See European and Inter-American Court case law as quoted in *Konaté* (n 1) paras 149-161.

113 *Konaté* (n 1) para 165.

114 See *Konaté* Separate Joint Opinion of Elsie Thompson, Sophia AB Akuffo, Bernard M Ngoepe and Duncan Tambala (5 December 2014) paras 4 & 5.

115 See European and Inter-American Court case law as quoted in *Konaté* (n 1) paras 149-161.

116 *Konaté* Separate Joint Opinion (n 114).

117 See *Konaté* (n 1) paras 170(3)-(7).

118 *Konaté* para 170(8).

In ordering the respondent state to amend its laws, the Court arguably gave additional force and potential impact to its judgment, with effects extending beyond the situation of the individual applicant.

3.2.3 East African Court of Justice: *The Managing Editor Mseto and Hali Halisi Publishers Limited v United Republic of Tanzania*

The *Managing Editor Mseto and Hali Halisi Publishers Limited v United Republic of Tanzania*[119] case was filed six months after the East African Court of Justice's judgment in the *Burundi Journalists' Union* case. The case concerned a 36-month publishing ban imposed on the *Mseto* newspaper issued in August 2016 on grounds of having published 'incitement and false news', following the paper's publication of an article that alleged that President Magufuli's successful election campaign the previous year had been partly financed through corrupt means. The Court's judgment continues the stance on freedom of expression and press freedom taken in *Burundi Journalists' Union*, but further builds on it by a more structured application of the three-part test and issuing stronger and more specific orders after finding a violation.

In their complaint before the Court, the applicants argued that the order restricted press freedom and the right to freedom of expression, which was in violation of the respondent state's obligation to uphold and protect the fundamental and operational principles of the East African Community and universally-accepted human rights standards.[120] In arguing that the imposed restriction of press freedom failed to meet the three-part test, the applicants referred to the Court's articulation of this standard in *Burundi Journalists' Union*.[121] The applicants also alleged that the order instituting the ban – which was made pursuant to section 25 of the since repealed Tanzania Newspapers Act – did not specify reasons for doing so.[122]

In its judgment the Court found that the respondent state had failed to establish how Mseto's publication violated the public interest or the interest of peace and good order of the people. By issuing the order 'whimsically', the Minister demonstrated a failure to recognise the right to freedom of expression and press freedom as a basic human right which should be protected.[123] Therefore, the order had been made in violation of the right to freedom of expression as protected by article 18(1) of the Constitution of Tanzania, article 19(3) of the ICCPR and article 27(2) of the African Charter and derogated from the principles of democracy and adherence to the principles of good governance, the rule

119 *The Managing Editor Mseto & Hali Halisi Publishers Limited v the Attorney-General of the United Republic of Tanzania*, Reference 7 of 2016 (21 June 2018).

120 *Mseto* (n 119) paras 6-10.

121 *Mesto* para 27.

122 *Mseto* para 5.

123 *Mseto* para 68.

of law and social justice. The Court also found that it failed to conform with and adhere to the principles of accountability and transparency.[124]

The Court repeated its usual finding in human rights matters that the provisions of articles 6(2), 7(d) and 8(1) of the Treaty are binding, not merely aspirational and justiciable, and that they create an obligation on every partner state to respect the principles of good governance and rule of law, which include accountability, transparency and the promotion and protection of democracy.[125] The Court found that these principles had been violated in this case and that, while the rights to freedom of expression and press freedom were not absolute,[126] the restrictions imposed in this case were unlawful, disproportionate and did not serve a legitimate or lawful aim.[127] It cited from *Burundi Journalists' Union*,[128] concluding that it was

> not in doubt that the rights to freedom of expression and free press run in tandem, and as rights guaranteed and also limited under law, may nonetheless also be described as human and democratic rights and freedoms which partner states should aspire to protect and promote through the enactment of national laws that achieve the objectives of good governance, more so the adherence to the principles of democracy, the rule of law, accountability, transparency, social justice, equal opportunities and gender equality.[129]

The Court also emphasised the importance of the press and its watchdog role in democratic societies:[130]

> While it is not our place to determine whether the information published was correct or not, a knee jerk reaction to ban a publication, hours after the story hit the news stalls, cannot, in our view, be conduct that is within the parameters of the rule of law and good governance. Worse still, it cannot be, as the Minister suggested, that the President of a partner state cannot ever be mentioned in newspaper articles. That is the price of democracy and public watch dogs like the press must be allowed to operate freely within lawful boundaries.

Having held that the Minister had acted in breach of the Treaty, the Court ordered the resumption of the newspaper's publication as requested. The Court highlighted that, in accordance with article 38(3) of the Treaty, the respondent state was expected to take measures to implement this judgment within its internal legal mechanisms without delay.[131]

3.3 Assessing the impact of adjudication gains

As an overall observation, it is worth stressing that in the *Hydara*, *Konaté* and *FAJ* cases, the ECOWAS Court and African Court made unprecedented and landmark rulings on freedom of expression in Africa culminating in strong pronouncements on the right and the

124 *Mseto* para 68.
125 *Mseto* para 69.
126 *Mseto* para 59.
127 *Mseto* para 69.
128 *Mseto* paras 47-49, 64-65 & 67.
129 *Mseto* para 50.
130 *Mseto* para 72.
131 *Mseto* para 74.

limited grounds on which it can legitimately be curtailed. As similar cases related to freedom of expression and the criminalisation of speech are pending before the East African Court of Justice and the African Commission, it remains to be seen whether those adjudicatory bodies will build on the above-mentioned precedent, especially the *Konaté* judgment.

The African Commission is expected to issue a decision in the matter of *Nkusi and Mukakibibi v Rwanda* where two journalists complained of the violation of their rights to fair trial and freedom of expression after they were convicted and sentenced to 17 and seven years in prison, respectively.[132] The complainants were jailed for genocide minimisation, threatening national security and defamation of the President after they had published pieces in local newspapers that were critical of the government. The Commission is yet to publicise its decision, and it will be interesting to see if its findings will be grounded in *Konaté* and potentially reveal a dialogue between the Commission and the Court in the development of its jurisprudence.

It will also be important to follow jurisprudential developments in the East African Court of Justice as it is considering at least two cases that concern press freedom. The first case is that of *Ssembuusi v Uganda*, which concerns the conviction of a journalist for criminal defamation.[133] After he was convicted to payment of US $400 or one year's imprisonment for a story he had reported on CBS radio on the disappearance of solar panels donated to Kalangala district by the African Development Bank, Ronald Ssembuusi took his case to the EACJ in 2015. He has since passed away, but the case continued in the name of a representative and is currently pending before the Court. The case was filed after the applicant had become aware of the *Konaté* decision and confirmation by the EACJ in the *Burundi Journalists' Union* case that press freedom issues fell within its jurisdiction.

Unlike *Burundi Journalists' Union*, the *Ssembuusi* case offers the EACJ a more concrete and individualised violation of freedom of expression to assess than a piece of legislation. However, a more abstract challenge to the Tanzanian Media Services Act in the matter of *Media Council of Tanzania & 2 Others v The Attorney-General of the United Republic of Tanzania*[134] is also currently pending before the EACJ. It will be interesting to see whether the Court will follow the approach taken in *Mseto* in either or both of these cases.

The Gambia has not yet fully complied with the judgments delivered by the ECOWAS Court in the cases of *Manneh*, *Saidykhan* and *Hydara*. There are reports, however, that the government of The Gambia recently paid half of the damages award to Manneh's family.[135]

132 See *Agnes Uwimana-Nkusi & Saidati Mukakibibi (represented by Medial Legal Defence Initiative) v Rwanda* Communication 426/12.

133 See *Ronald Ssembuusi v TheAttorney-General of the Republic of Uganda*, Reference 16 of 2014.

134 *Media Council of Tanzania & 2 Others v The Attorney-General of the United Republic of Tanzania*, Reference 2 of 2017.

135 See Media Foundation for West Africa (n 38).

It has also not yet complied with the judgment in the *FAJ* case, although that judgment of course is more recent in nature. While the reason for non-compliance was obvious under the Jammeh rule, The Gambia has changed power in early 2016 and the newly-elected authorities have pledged to implement the judgments. Furthermore, a legislative reform process for The Gambia's media laws has been announced.[136] It is worth noting that the orders in the aforementioned judgments, except for the *FAJ* judgment, were mainly pecuniary and to release the plaintiffs. Legislative change, therefore, can only be expected from the judgment delivered in the *FAJ* case, which places the standards higher in advancing freedom of expression. Without doubt, the *FAJ* ruling has the potential to impact national freedom of expression-related law making and enforcement nationally and potentially at least across ECOWAS. The latter may be expected because the case resulted in an order to amend national laws similar provisions to which can be found in the domestic press laws of several other countries across the region.

There is evidence from stakeholders that Burkina Faso has complied with the judgments of the African Court at least partly for *Zongo* and fully for *Konaté*. Despite the importance of those two pronouncements, the changes they are believed to have led to cannot be exclusively attributed to them for lack of nexus. In a proper categorisation as per literature,[137] Burkina's compliance must be termed as 'situational' because it would very unlikely have happened had the country not experienced regime change.[138] So, while the judgments gave rise to their subsequent implementation, this may not have taken place had the rule of former Burkinabe President Blaise Compaoré not come to an end when it did. That being said, the judgments gave impetus to a number of positive actions and judgments concerning freedom of expression across the entire continent. One instance that may be quoted as a direct impact is the decision of the government of Côte d'Ivoire to withdraw a Bill it had tabled before parliament in mid-2017, which proposed fines of up to US $5 000 and five years' imprisonment for certain press offences.[139] As alluded to earlier, a criminal defamation law was struck down in Kenya, citing the *Konaté* decision,[140] and the recent judgment from the Lesotho High

136 The Point *Information minister talks about media law reform* (30 June 2017).

137 See F Viljoen & L Louw 'State compliance with the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights' (2007) 1 *American Journal of International Law* 5; HH Koh 'How is international human rights law enforced?' (1999) 74 *Indiana Law Journal* 1397.

138 On why African states have complied with judgments of regional human rights courts, see in general Viljoen & Louw (n 137); Adjolohoun (n 65) and V Ayeni 'State compliance with and influence of reparation orders by regional and sub-regional human rights tribunals in five selected African states' unpublished LLD thesis, University of Pretoria, 2018.

139 See MFWA 'Ivorian government withdraws controversial press Bill after MFWA petition' http://www.mfwa.org/ivorian-government-withdraws-controversial-press-bill-after-mfwa-petition/ (accessed 11 April 2018).

140 *Jacqueline Okuta* (n 2).

Court finding that the offence of criminal defamation violated the right to freedom of expression also included a citation of *Konaté*.[141]

The EACJ judgment in the *Burundian Journalists' Union* case has not been implemented, and the applicant has been unable to pursue implementation due to the political turmoil there, which has led the majority of Burundian journalist to flee the country.[142] According to the 2016 Report from Freedom House,[143] Burundi's Parliament adopted changes to the media law in March 2015, repealing some of the controversial provisions. However, the President had not signed these as of the end of 2015. Media outlets and journalists continued to face legal harassment and arrests in 2015. In any event, Burundi cannot be a reference in the ongoing discussion granted the increasing political turmoil in that country following the President's pursuit of a third term. Journalists have been experiencing threats and physical attacks when reporting on the human rights violations which are being committed.[144]

So, will *Konaté* set journalists free? The forthcoming decisions by the EACJ and African Commission will give an indication of the answer to this question. If the direction in which the press freedom jurisprudence at the regional courts has been developing is followed, there is reason to be optimistic.

4 CONCLUSION

Based on this critical review of African regional case law on press freedom, it can be argued that the judgment delivered by the African Court in the matter of *Lohé Issa Konaté v Burkina Faso* rightly generated hope for media professionals on the continent. The *Konaté* judgment played the dual role of being both a ground-breaking and a standard-setting pronouncement. In particular, the latter role has already manifested itself in an incremental trend towards the decriminalisation of defamation in the region. More generally, it also holds promise for future positive developments regarding democratic governance in Africa.

There are two trends that can be identified: first, a trend to internal standard building within the adjudicatory bodies; and, second, a trend of jurisprudential judicial dialogue. With respect to internal standard building, both the ECOWAS Court and the EACJ provide relevant illustrations. The ECOWAS Court judgment in *FAJ* was the result of an incremental jurisprudential process. It started with the minimal

141 *Basildon Peta* (n 4) para 21.

142 See electronic interview with Advocate Nani Jansen Reventlow, 6 October 2016.

143 Freedom House is an independent watchdog organisation dedicated to the expansion of freedom and democracy around the world founded in 1941, New York City in the USA.

144 See OHCHR 'Oral briefing by the members of the Commission of Inquiry on Burundi to the Human Rights Council' 27 June 2018 https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23274&LangID=E (accessed 21 August 2018).

standards set out in the *Manneh* and *Saidykhan* cases, which led, via *Hydara*, to the strong press freedom statements made in *FAJ*. Similarly, in building its determinative argument in the *Mseto* judgment, the EACJ quoted its previous decision in the *Burundian Journalists' Union* case. The exception in this regard is the African Court's *Konaté* judgment, which only referred to its previous decision in *Zongo* in considering the admissibility of the matter.

Regarding jurisprudential dialogue, the *Konaté* judgment arguably takes the lead. For instance, the ECOWAS Court cited *Konaté* in its *FAJ* judgment. While the case concerns a number of individual claims, the judgment sets a regional standard for West Africa. It is of course important to note that the African Court relied on the African Commission by, among others, expressly citing the Commission's *Media Rights Agenda* decision in examining the critical element of the level of criticism which should be tolerated by public figures or officials. Through this lens, it may be suggested that the pronouncement in *Konaté* judicialised the Commission's case law, including its findings in *Media Rights Agenda*.

The *Konaté* judgment, however, did more. As opposed to, for instance, the *Mseto* ruling of the EACJ, *Konaté* inaugurated a post-individual trend by making an order intended to align national legislation with international freedom of expression standards and therefore created a potential for wider impact. *FAJ*, which reflected on *Konaté*, subsequently did the same. In doing so, *Konaté* sent a regional signal on the need to abolish open-ended legislation that allows for abuse through discretionary application. The emerging influence observed among regional adjudicators has arguably begun to find resonance in domestic courts as seen earlier in Kenya and Lesotho.

The jurisprudential movement launched by *Konaté* also holds promise regarding the improvement of democratic governance in Africa. The central statement that emerges as a common denominator in all the cases discussed is that protecting press freedom is critical in affirming Africa's democratic societies. It remains to be seen whether, with the benefit of strategic litigation, innovative regional and national adjudicators, and politically willing governments, Africa will move towards maintaining a free press that ensures public accountability.

In moving towards this goal, follow-up litigation is critical. Lessons can be learned in this regard from at least two litigation projects initiated before the ECOWAS Court. The first led to the *Koraou Slavery* judgment,[145] which since it was delivered in 2008 did not attract a single follow-up case, while the scourge of slavery remains prevalent in Niger and many other countries in the region.[146] The second case is that of *SERAP (Education) v Nigeria*,[147] which critically addressed corruption as a violation of economic and social rights. The case, as

145 See *Khadidjatou Mani Koraou v Niger* (2008) AHRLR 182 (ECOWAS 2008).

146 See H Adjolohoun 'The ECOWAS Court as a human rights promoter? Assessing five years' impact of the Koraou Slavery judgment' (2013) 31 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 342.

147 See *SERAP v Nigeria* (*Education*) ECW/CCJ/ JUD/07/10 (10 October 2010).

such, should have yielded post-judgment strategic litigation throughout the region where corruption remains a widespread phenomenon.

In all, jurisprudential developments on freedom of expression in Africa deserve attention and further investigation in light of the catalytic potential that these findings hold for democratisation on the continent.

Genocide denial and freedom of political expression in the *Ingabire* case

*Charles A Khamala**

ABSTRACT: Despite the International Criminal Tribunal for Rwanda having convicted numerous *genocidaires*, some genocide sympathisers still deny the genocide. Such a corruption of scholarship inflicts secondary victimisation on Tutsi ethnic minorities. In *Ingabire Victoire Umuhoza v Rwanda* the African Court on Human and Peoples' Rights rejected an opposition leader's conviction and sentence for her 'double genocide' statement, finding that the state could have adopted less restrictive measures to attain legitimate national security purposes. To evaluate Rwanda's genocide minimisation laws criminalising public incitement to divisionism, this article applies Waldron's argument endorsing hate speech regulations in liberal democratic societies. Comparisons are made with the 'Auschwitz lie' laws in European continental jurisdictions and common law countries. Provided that the dignity of affected persons is eroded by discrimination and defamation, even the European Court of Human Rights upholds genocide denial laws. The US Constitution does not do so. Instead, critics of hate speech regulation encourage civic dialogue to retain the issue of genocide in public memory. Counterfactually, Cohen praises the minority who refuse to deny the pain and suffering of others. Because theory matters, I use the Millian principles to analyse the African Court's interpretation of the Rwandan Supreme Court's *Ingabire* decision, in relation to the state's expressive freedom obligation in article 9 of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

Négation du génocide et liberté d'expression politique dans l'affaire *Ingabire*

RÉSUMÉ: Certains partisans du génocide continuent de nier le génocide bien que le Tribunal pénal international pour le Rwanda ait condamné de nombreux génocidaires. Une telle corruption dans la littérature inflige une seconde victimisation aux minorités ethniques tutsi. Dans l'affaire *Ingabire Victoire Umuhoza c. Rwanda*, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a rejeté l'inculpation et la condamnation d'un leader de l'opposition pour propos qualifiés de « double génocide » en estimant que l'État aurait pu adopter des mesures moins restrictives pour atteindre des objectifs légitimes de sécurité nationale. Pour évaluer les lois rwandaises relatives à la minimisation des crimes de génocide et qui criminalisent l'incitation publique au divisionnisme, cet article applique l'argument de Waldron adoptant les règles relatives au discours de haine dans les démocraties libérales. Des comparaisons sont faites avec les lois de « Auschwitz » dans les juridictions continentales européennes et les pays de la tradition *common law*. Pour autant que la dignité des

* Senior Lecturer, Africa Nazarene University Law School; PhD (Université de Pau et des Pays de L'Adour), LLM (London), LLB (Hons) (Nairobi), PGDip in Law (KSL); Advocate of the High Court of Kenya; Member ADC-ICT, List of Counsel: ICC, IRMCT, African Court on Human and Peoples' Rights; chalekha@yahoo.co.uk; c.khamala@anu.ac.ke

CA Khamala 'Genocide denial and freedom of political expression in the *Ingabire* case' (2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 481-513
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a19

personnes affectées est érodée par la discrimination et la diffamation, même la Cour européenne des droits de l'homme retient la légalité des lois sur la négation du génocide. Il n'en n'est pas ainsi de la Constitution américaine. Au contraire, les détracteurs de la réglementation du discours de haine encouragent le dialogue civique à maintenir la question du génocide dans la mémoire publique. A l'inverse, Cohen loue la minorité qui refuse de nier la douleur et la souffrance des autres. Parce que la théorie compte, j'utilise les principes de Mills pour analyser l'interprétation donnée par la Cour africaine de la décision rendue par la Cour suprême du Rwanda dans l'affaire *Ingabire*, en ce qui concerne l'obligation de liberté expressive de l'Etat énoncée à l'article 9 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

KEY WORDS: hate speech regulation, freedom of expression, Rwanda, liberal democracy, African Court on Human and Peoples' Rights, *Ingabire*

CONTENT:

1 Introduction ... 455
1.1 International and domestic responses to genocide ... 455
1.2 Extinguishing genocide ideology ... 457
2 Criminalising the theory of double genocide ... 459
2.1 To question or not to question ethnicity? ... 459
2.2 Political criminalisation and political corruption ... 461
2.3 Objectifying history to combat moral bankruptcy ... 462
3 The rationale behind and reach of genocide denial laws ... 463
3.1 The harm in hate speech etc ... 463
3.2 To permit or restrict genocide denial? ... 465
3.3 Criminalisation of genocide denial under European continental law ... 467
3.4 No crime of genocide denial under Anglo-American law ... 468
4 Role of media in the Rwandan genocide ... 471
4.1 Impact of free speech on media in neighbouring Uganda ... 471
4.2 *ICTR Media* case ... 472
4.3 *Rwanda v Valerie Bemeriki* ... 473
4.4 *Rwanda v Peter Erlinder* ... 473
4.5 Freedom of expression decisions by the African Court on Human and Peoples' Rights ... 474
4.6 Freedom of expression decisions by the East African Court of Justice ... 474
4.7 Denial and its discontents ... 475
5 Restricting freedom of expression in the *Ingabire Victoire Umuhoza* case ... 476
5.1 Political and legal contestations ... 476
5.2 Ingabire's argument before the African Court ... 477
5.3 Rwanda's defence ... 478
5.4 The judgment ... 478
5.5 Contested approaches to criminalising genocide denial ... 482
6 Conclusion ... 485

1 INTRODUCTION

1.1 International and domestic responses to genocide

The 100-day genocide raging from April 1994 claimed one million Rwandese lives and brought about an estimated 250 000 cases of rape.[1] The *Interahamwe* (those who work closely together and are united) militia further ravaged hundreds of thousands of mainly Tutsi minorities. Amid accusations of abandoning ethnically-targeted mass atrocity victims, the guilt-stricken United Nations (UN) established an

1 S Straus 'The historiography of the Rwandan genocide' in D Stone (ed) *The historiography of genocide* (2010) 517 at 526 & 529.

ad hoc International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR),[2] with its seat at Arusha, Tanzania. The ICTR convicted several senior *genocidaires*.[3] Domestically, through traditional restorative justice approaches comprising 11 000 locally-elected *inyangamugaya* (people of integrity) heading *gacaca* tribunals, Rwanda dealt with over 100 000 lower-level suspects.[4] Meanwhile, in 2002 the government enacted legislation criminalising public incitement to discrimination or divisionism, as follows:[5]

> Any person who makes public any speech, writing, pictures or images or any symbols over radio airwaves, television, in a meeting or public place, with the aim of discriminating [against] people or sowing sectarianism [divisionism] among them is sentenced to between one year and five years of imprisonment and fined between five hundred thousand (500 000) [US $1 000] and two million (2 000 000) Rwandan francs [US $4 000] or only one of these two sanctions.

On the one hand, detractors of that law, such as Waldorf, lament its abuse to justify 'censorship and propaganda on the grounds that political pluralism and press freedom have led – and will lead to hate media and incitement to genocide'. Their grievance is that '[b]y uncritically accepting that argument, international donors may be saving their guilty consciences in the short-term, but they run the risk of "aiding violence" in the long-term and setting a terrible precedent for other authoritarian regimes'.[6]

On the other hand, its exponent, Rwandan President Paul Kagame, justifies it as a necessary response to

> a new phenomenon ... in the form of individuals and groups who seek to revise history for their own gain, including many who deny outright that genocide took place in Rwanda in 1994. These revisionists, including Rwandan and non-Rwandan ideologues, academics, journalists and political leaders, now claim that the genocide was a myth; that what occurred in 1994 was simply a civil war between two equal sides or the spontaneous flaring up of ancient tribal hatred.[7]

The President denounces genocide deniers as 'revisionists and/or proponents of the theory of double genocide'. This is 'another phase of genocide'. Besides invoking the UN's political recognition 'that the 1994

2 UN Resolution 955 (1994) adopted by the Security Council at its 3453rd meeting on 8 November 1994, http://unscr.com/en/resolutions/955 (accessed 10 August 2018).

3 The ICTR indicted 93 individuals for genocide and other serious violations of international humanitarian law committed in 1994. Of these, 31 were transferred to a state to serve sentence; as at September 2018, one was awaiting transfer to a state to serve his sentence; 22 have served their sentences; six died while serving their sentences; one died before being transferred to serve his sentence; three died before judgment; 14 were acquitted; while two had their indictments withdrawn; http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/publications/ictr-key-figures-en.pdf (accessed 14 November 2018).

4 P Clark *The gacaca courts, post-genocide justice and reconciliation in Rwanda* (2010) 67.

5 Art 8 Law 47/2001 of 18 December 2001, Instituting punishment for offences of discrimination and sectarianism laws, https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/4935/4040.pdf?sequence=1 (accessed 10 August 2018).

6 L Waldorf 'Censorship and propaganda in post-genocide Rwanda' in A Thompson (ed) *The media and the genocide* (2007) 404 at 413.

7 P Kagame 'Preface' in P Clark & ZD Kaufman (eds) *After genocide: transitional, justice, post-conflict reconstruction and reconciliation in Rwanda and beyond* (2008) xxi-xxii.

genocide of the Tutsi was the only genocide to be recognised', the President also emphasises the ICTR's decision that genocide denial is unacceptable.[8] He cites *Prosecutor v Edward Karemera & Another*,[9] where the Appeals Chamber 'ruled that all defendants before the Tribunal could argue against their involvement in the genocide but could not question whether genocide had taken place in Rwanda'.[10] Kagame further vilifies those accusing his Rwandan Patriotic Front (RPF) 'the force that halted the genocide, of seeking to exterminate the Hutu population'. He dismisses their suggestions as 'an absolute falsehood, sheer nonsense'. He thus not only rejects 'moral equivalency between genocide crimes and isolated crimes committed by rogue RPF members' as 'morally bankrupt', but also as an 'insult [to] all Rwandans, especially survivors of the genocide'. In rejoinder, Reyntjens retorts how, because

> history did not suit the regime, a new history needed to be constructed. Even the Constitution was called in to protect the truth. An amendment in August 13, 2008 added the words "against the Tutsi" after genocide in article 51, thus attempting to outlaw the proponents of "double genocide".[11]

1.2 Extinguishing genocide ideology

In 2017 the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) adjudicated upon a domestic conviction resulting from this simmering debate over the existence of different 'truths'[12] about Rwanda's genocide. *Prima facie*, any unfortunate and devastating holocaust should provide circumstances which legitimately justify genocide denial regulations. Therefore, Rwanda's post-genocide laws punish deniers for genocide-laundering. Yet difficulties arise, as part 2 of this article indicates, from the fact that Rwanda's opposition craves 'less restrictive measures' by which the post-genocide state may protect vulnerable minorities from the 'theory of double genocide' and preserve an ethnically-inclusive environment. Opposition leader Ingabire Victoire Umuhoza's statement at the memorial, as indicated in the High Court's judgment of 30 October 2012, reads as follows:[13]

> For example, we are honouring at this Memorial the Tutsis victims of Genocide, there are also Hutus who were victims of crimes against humanity and war crimes, not remembered or honoured here. Hutus are also suffering. They are wondering when their time will come to remember their people ...

According to the provisions of article 5 of Law 84/2013 of 2013 she was convicted for: 'Supporting a double genocide theory for Rwanda is part

8 As above.

9 Case ICTR-98-44.

10 Kagame (n 7) xxiii.

11 F Reyntjens *Political governance in post-genocide Rwanda* (2013) 197; see also Constitution of Rwanda (2003) as amended.

12 Reyntjens (n 11) ch 7.

13 High Court Criminal Case RP 0081-0110/10/HC/KIG, 30 October 2012 quoted in Application 3/2014 http://en.african-court.org/index.php/56-pending-cases-details/867-app-no-003-2014-ingabire-victoire-umuhoza-v-republic-of-rwanda-details (accessed 15 August 2018) para 153.

of the offence of "negation of genocide".' According to article 6 of the Law:[14]

> Minimisation of genocide shall be any deliberate act, committed in public, aiming at:
>
> (a) downplaying the gravity or consequences of genocide;
>
> (b) downplaying the methods through which genocide was committed.

On 18 October 2012, affirming her conviction for divisionism, the Supreme Court:[15]

> (i) declare(d) inadmissible the application filed by lngabire Victoire seeking annulment of Article 4 of Law No 35*bis*/2009 of 6 September, 2003, punishing the crime of genocide ideology, crimes against humanity and war crimes, as unfounded;
>
> (ii) declare(d) inadmissible the request filed by lngabire Victoire seeking annulment of Articles 4 to g of Law No 18/2008 of 23 July, 2008, repressing the crime of genocide ideology, as groundless; and
>
> (iii) however, *declare(d) admissible the application filed by lngabire Victoire seeking annulment of Articles 2 and 3 of Law No 18/2009 of July, 2009, supressing the crime of genocide ideology, but declare(d) the application groundless*.

Integrity scholars therefore pose two questions: first, they ask whether and in which circumstances genocide denial laws are valid; second, whether the right to free speech condones corrupting history. Waldron's[16] twin justifications for prohibiting the harm in hate speech are narrated in part 3 of the article. First, wounding words undermine the public good. Second, to vulnerable minorities, assurance of good standing confirms their dignity. Nonetheless, comparative studies contrast restrictive laws drawn from several European continental countries with permissive laws from Anglo-American common law jurisdictions. The extent to which either of these discordant Western liberal democratic traditions, regarding regulatory approaches towards genocide denial, may appropriately be transplanted into in post-colonial, multi-ethnic African countries, is unclear and problematic. Part 4 shows that anti-denial laws seem specifically apt in post-genocide Rwanda. After setting out the factual background to the *Ingabire case*, her conviction and appeal to the Rwandese Supreme Court, section 5 analyses the necessity and proportionality principles that the African Court applied. Significantly, given that the media incited ethnic polarisation in 1994, therefore notwithstanding exonerating Ingabire, the African Court upheld divisionism statutes as necessary to protect Rwanda's national security.[17] However, the regional court merely referred to statutory and international instruments as well as precedents of its own, rather than to academic authors, abstract reasoning or comparative law.[18] Yet genocide denial law critics insist that aggrieved states should invest in producing

14 Application 3/2014 (n 13) para 155.

15 Judgment of 18 October, 2012, Supreme Court of Rwanda Criminal Appeal RPA 0255/12; quoted in Application 3/2014 (n 13) para 28 (my emphasis).

16 J Waldron *The harm in hate speech* (2012).

17 Application 3/2014 24 November 2017 (n 13).

18 A Jacab et al (eds) *Comparative constitutional reasoning* (2007).

counter-arguments which falsify and discredit denials.[19] Therefore, borrowing from other human rights systems as well as applying Mill's 'principle of state infallibility', to overcome the irrationality of restricting hate speech,[20] I deconstruct that landmark decision.

2 CRIMINALISING THE THEORY OF DOUBLE GENOCIDE

2.1 To question or not to question ethnicity?

Because:

> an outright military victory by the Rwandan Patriotic Front (RPF) had ended the genocide and facilitated transition to a new government, punishing the previous regime was viable (and desirable for both the RPF and the UN, still smarting from its embarrassing failure to intervene during the genocide).[21]

To Clark 'decisions regarding peace or justice were determined more by political exigencies than by high principle normative considerations'. Ngoga acknowledges that 'the RPF was in a position where it could impose its view on how to deal with the past. It did not have to seek compromise.'[22] Nonetheless, 'what the Rwandan government calls revisionism – the deliberate propagation of genocide ideology – all forms of genocide, revisionism and denial have become common'.[23] This is because by attempting to complete the genocide, perpetrators tend to engage in it. Yet, attempts by some Rwandan and international commentators to deny altogether that a genocide occurred in 1994 is an assault against truth and an insult to all genocide survivors. Genocide ideology and revisionism, if not confronted head-on, sow the seeds of future violence.[24]

Genocide denial is an invention by atrocity apologists, designed to prevent justice. Two additional problems therefore afflict the victorious RPF's measures in overcoming impunity. First, because 'international spreading of genocide ideology through the media and political discourse repeats many of the principles and tactics employed by genocidal ideologues in the lead up to the mass murder'; therefore, extraneous actors 'seek to minimize the seriousness of the crimes committed and send a message that future criminals can commit atrocities without fear of sanction'.[25] In this way, instrumentalist internationalisation attempts to reintegrate perpetrators back into the

19 A Jones *Genocide: a comprehensive introduction* (2011) 524.

20 JS Mill *On liberty* (1859).

21 P Clark 'The challenges of international criminal law in addressing mass atrocity' in W Schabas & N Bermaz (eds) *Routledge handbook of international criminal law* (2014) 147 at 150.

22 Reyntjens (n 11).

23 M Ngoga 'The institutionalisation of impunity: a judicial perspective on the Rwandan genocide' in Clark & Kaufman (n 7) 321.

24 Ngoga (n 23) 327.

25 Ngoga (n 23) 328.

survivor society. Second, and perhaps worse, the RPF's defensive aggression tends to become distorted or confused with the ousted regime's offensive aggression.

Two rival narratives of Rwandese history accuse each other of being false.[26] Kagame lambasts Lemarchand's 'simplistic' 'reference to Hutu/Tutsi terminologies that forms the basis of the problem of ethnicity in Rwanda' as 'mistaken ... distortions and prejudices'. Rather, he maintains that ethnicity was 'introduced by colonialists, and sustained by post-colonialist regimes, and used to foment the 1994 genocide'.[27] Kagame's 'new methodology, new literature and new history'[28] agrees with human rights activists who argue that the genocide was systematic, planned and organised. They suggest that by using the 'Hamitic hypothesis' colonialists constructed ethnicity to introduce 'divide and rule'. Notwithstanding that all groups in Rwanda speak Kinyarwanda, occupy the same region, practise similar religions and frequently intermarry, in 1930 the Belgians ascribed membership to the Tutsi (10-14 per cent) to herders who owned over 10 head of cattle. The Hutu (86-90 per cent) and Twa (2 per cent) were regarded as 'negroid' and denied leadership and educational opportunities. Dissatisfied with their inferior status, the majority invoked democratic logics to precipitate the 'Hutu Revolution', consigning the Tutsi elite into marginalisation. In 1990, the progeny of the exiles returned under the RPF to their motherland to wage a liberation war. Furthermore, upon return to multiparty rule, they joined with some Hutu opposition politicians to compete against incumbent elite Hutu rule. However, Kagame is now accused of re-writing Rwandan history in a version which claims pre-colonial harmonious ethnic co-existence between tribes. His myth conveniently justifies the RPF's counter-authoritarian turn as restoring ethnic unity, albeit using a minority Tutsi-elite of his own.[29]

Conversely, numerous historians disagree that colonialism *created* Rwanda's warring ethnic identities, insisting instead that they built upon existing monarchic hierarchies and divisions. Nowadays 'the RPF has allowed very little space for political opposition and critical media'. Straus 'reports of disappearances and other serious human rights abuses. Often crackdowns are done in the name of extinguishing "genocide ideology" or "divisionism"'.[30] Given these divergent post-genocide narratives, Kagame questions whether scholars such as Lemarchand are 'wrong to suggest that the memory of Hutu victims has been thwarted or that there has been a clash of ethnic memories in Rwanda'.[31] Lemarchand's conclusion in 1970 was that the 'Revolution of 1959' was not the end of tyranny for the Hutu, but rather the beginning of a period in which a new governing elite stepped in and

26 Straus (n 1).

27 Kagame (n 7) xxiii.

28 Reyntjens (n 11).

29 J Pottier *Reimagining Rwanda: conflict, survival and disinformation in the late twentieth century* (1995) ch 3.

30 Straus (n 1).

31 Kagame (n 7) xxvi.

'borrowed from the past the tools to shape the future'.[32] This article asks: What then are the acceptable limits of denialist discourse in the free society? Should hate speech be permitted in the interests of permitting vigorous debate in a liberal public sphere?[33] Or should genocide denial be criminalised, and if so, why and how?

2.2 Political criminalisation and political corruption

According to Turk:[34]

> Legal norms defining offences (such as treason, sedition, subversion or disloyalty) are publicly justified as defences of the polity and its governmental structure, and assert or imply the primacy of collective or ruling group interests over subjectivity or individual interests.

Thus, 'political criminalisation is viewed simply as the treatment accorded people who in fact resist political activity'.[35] Yet, for Philip political corruption is 'the decay or deconstruction of the political'. Hence,

> the Western understanding of political corruption ... presupposes an understanding of the character of the political order ... a sense of the unity and cohesiveness of the political order being harmed or destroyed by malign influences.[36]

Arguably, a similar 'sense of political order as involving a shared culture with public offices being directed to securing the public interest or public good' may inform Kagame's post-genocide governance policy. While denial is a tool deployed by rebels to subvert political values, critics compare how his authoritarian approach

> plays a major part in ancient Greek and Roman thinking and goes on to be profoundly influential in Machiavelli's republicanism and on the languages of political theory in early modern Europe that JGA Pollock and others have traced through Britain to America.

On the account Philip proposes 'corruption arises within a set of largely Western assumptions about politics and its character'. Drawing an economic analogy with 'money laundering, the objective of which is to generate a profit for certain individuals', Ndahiro conceives of a political justification for criminalising genocide denial so as to prevent genocide-laundering. Just as tax evaders seek to place, layer and integrate their illicit 'earnings' into the legitimate economy, so also 'genocide laundering movements have been extremely active, constructing influential and ultimately divisive reinterpretations of the

32 Pottier (n 29) 122, citing R Lemarchand *Rwanda and Burundi* (1970) quoted in H Hintjens 'Genocide and obedience in Rwanda' paper presented at the conference on 'Conflict and identity in Africa' University of Leeds, African Studies Unit, 15-17 September 1997 7.

33 Jones (n 19) 521.

34 AT Turk *Political criminality* (1982) 578.

35 Turk (n 34) 82.

36 M Philip 'The definition of political corruption' in PM Heywood (ed) *Routledge handbook of political corruption* (2015) 17-29 at 20.

past and allowing many *genocidaires* to distance themselves from their crimes'.[37] Any 'payment from illegal activity, usually received in cash from underground economic transactions and, as such, not taxed but often laundered'[38] is called 'black money'. Part 4 below traces the devastating effect of words in the ICTR's landmark *Media case* which convicted journalists for inciting Hutus to murder Tutsis during the 1994 genocide. The point is that media silence regarding mass atrocities furthers the denial of ICTR judgments. Such layering of misinformation contributes to the final stage of genocide. For just as:[39]

> money launderers operate comfortably in countries and financial systems with weak or ineffective counter-measures. Many *genocidaires* and their allies have succeeded in doing the same regarding the most abominable crime: in propagating a revisionist view of the genocide that has gained currency around the world, they have successfully distanced themselves in the involvement of the genocide. Their profit is not money but impunity.

Insidiously, by distortion, degeneracy and falsification, genocide perpetrators and their acolytes seek to erase the identities of victims from collective memory. It would be academic surrender for serious scholars to permit pseudo-intellectuals to dilute valid genocide convictions or devour genocide denial laws with the effect of providing succour for *genocidaires*, because the trauma, including losing relatives, that the corruption of scholarship can condemn genocide victims and their descendants to suffer through secondary victimisation, is considerable. Therefore, 'efforts to counter genocide denial' for Ndahiro 'require(s) determination and international solidarity by (highlighting how individuals and organisations around the world have been duped by the launderers) including efforts to prosecute the deniers'. If the international media and even some human rights institutions unwittingly abet in adding insult to injury, then scholars are summoned to rationalise genocide denial laws, not only to ensure neutrality, but also to promote the criminal law's educational function.

2.3 Objectifying history to combat moral bankruptcy

As demonstrated above,

> the Western conception of political corruption … derives its meaning in large part from the sense that political order has (at least potentially) a certain function and character and that this is suborned and subverted when interests turn the political system to their own ends … in the West … [they] think that politics can be prevented from working as it should, with damaging long-term consequences, when people use their power for their own ends, or where the exercise of public office is subverted by forces that lack legitimate standing within the political system.[40]

37 T Ndahiro 'Genocide-laundering: historical revisionism, genocide denial and the role of *rassemblement republician pour la democratie* Rwanda' in Clark & Kaufman (n 7) 101 at 102.

38 https://www.investopedia.com/terms/b/black-money.asp (accessed 12 August 2018).

39 As above.

40 Philip (n 36).

Such accusations of authoritarianism are levelled against the RPF by genocide deniers. Yet, 'there is also a public discourse in which corruption is used by people to describe their sense that political power is subverted by sectional forces'.[41] The latter position is endorsed by UN Resolution 955 and the ICTR Appeals Chamber and is also legislated under the Rwandan Constitution and divisionism statutes. It vindicates President Kagame's rebuttal that 'the case for moral equivalency' smirks of 'moral bankruptcy'. However, incongruence between popular and technical understandings of political corruption creates confusion. Hence, the purpose of this article is to construct a normative framework for hate speech law to more objectively explain the circumstances in which genocide denial regulation may be morally justifiable. It is useful to persuade policy makers and stakeholders about the legitimacy of hate speech laws, especially in post-genocide societies, and to give these laws and judicial decisions upholding them, wider acceptance. The aim is to understand Rwanda's 2003 divisionism laws criminalising public denial or minimisation of the 1994 genocide. To what extent can such legislation surpass strict liberal democratic constitutional scrutiny? The article further sets out to examine these anti-sectarianism laws in the African human rights system. Progressive nascent free speech jurisprudence provides the benchmarks against which to measure the Rwandan legislation as interpreted in the African Court's November 2017 decision. That judgment declared opposition politician Ingabire's 'double genocide' conviction as being in violation, *inter alia*, of free expression requirements under the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter). To what extent is that finding morally and legally justifiable?

3 THE RATIONALE BEHIND AND REACH OF GENOCIDE DENIAL LAWS

3.1 The harm in hate speech

3.1.1 The public good of tolerance

> Is a tolerant society a just society free from religious persecution, or is it a society in which people cohabit and deal with one another in spite of their religious differences in an atmosphere of civility and respect, in an atmosphere that is not disfigured by grotesque defamations?[42]

Waldron poses this question of whether the targeted community should learn to live with epithets. He not only objects to those who hold that 'I hate what you say but I will defend to the death your right to say it'. He also rejects the notion that 'the bigoted invective that defiles our public environment, should be of no concern to the law'.[43] Waldron asserts

41 As above.
42 Waldron (n 16) 207.
43 Waldron (n 16) 3.

that people who detest hate speech should not learn to live with it. This follows Locke's[44] observations that

(1) public expression of hatred and vilification are typical of an intolerant society;

(2) there is a specific duty – perhaps even a legal duty – to refrain from rough usage of word, as well as rough action, if that is calculated to have the detrimental impact on an individual's person, honour or estate.[45]

It undoubtedly 'is possible to harm people by execration as well as physical violence'.[46] On two similar grounds, Waldron's assurance theory justifies hate speech proscriptions. First, in order to protect the human dignity of sensitive individuals and groups to whom hurtful expressions are hurled. Alluding to the American Constitution,

> there is a sort of public good of inclusiveness that our society sponsors and that it is committed to. We are diverse in our ethnicity, our race, our appearance, and our religions. And we are embarked on a grand experiment of living and working together despite these sorts of differences. Each group must accept that the society is not *just* for them, but it is for them along with all of the others. And each person, each member of each group, should be able to go about his or her business with the assurance that there will be no need to face hostility, violence, discrimination, or exclusion by others.[47]

Waldron equates the right to enjoy an unpolluted physical environment with the public good of assurance of a hate free social environment, since

> When this assurance is conveyed effectively, it is hardly noticeable; it is something on which everyone can rely, like the cleanness of the air they breathe or the quality of the water they drink from a fountain. This sense of security in the space we all inhabit is a public good, and in a good society it is something we all contribute to and help sustain in an instinctive and almost unnoticeable way.

Where members of such vulnerable communities are assured that they are welcome as individuals in good standing, hate speech diminishes the public good of having such an environment. Expressing hate 'sends a message to the members of the minority community denounced ... and to others in the community, who are not members of the minority under attack'.[48] Consequently,

> it undermines the public good or makes the task of sustaining it much more difficult than it would otherwise be. It does this not only by intimating discrimination and violence, but by reawakening living nightmares of what this society was like ... in the past.

Waldron thus regrets that

> In doing so it creates something like an environmental threat to social peace, a sort of slow-acting poison, accumulating here and there, word by word, so that eventually it becomes harder and less natural for even the good hearted member of the society to play their part in maintaining the public good.[49]

44 J Locke *A letter concerning toleration* (1796) cited in Waldron (n 16) 211.

45 Waldron (n 16).

46 Waldron (n 16) 215.

47 Waldron (n 16) 4.

48 Waldron (n 16) 2.

49 Waldron (n 16) 4.

3.1.2 Protecting the right to reputation

Invective expression is also harmful because to 'vulnerable minorities who in the recent past have been hated or despised by others within the society, the assurance offers a confirmation of their membership'.[50] Such basic social standing, he calls their *dignity*. This 'second way of describing what's at stake looks at it from the point of view of those who are meant to benefit'. He infers that

> the guarantee of dignity is what enables a person to walk down the street without fear of insult or humiliation, to find the shops and exchanges open to him, and to proceed with implicit assurance of being able to interact with others without being treated like a pariah'.[51]

Therefore, 'as proper objects of society's protection and concern' minorities are entitled to 'the fundamentals of basic reputation that requires them to be treated as equals in the ordinary operations of the society'. Conversely,

> the publication of hate speech is calculated to undermine ... [and] besmirch the basis of reputation, by associating inscriptive characteristics like ethnicity, or race, or religion, with conduct or attributes that should disqualify someone from being treated as a member of society in good standing.[52]

Therefore, 'hate speech is both a calculated affront on the dignity of vulnerable members of society and a calculated assault on the public good of inclusiveness'. Waldron thus prefers that 'these sorts of publications should not be protected as free speech'.[53]

3.2 To permit or restrict genocide denial?

On one side, liberal philosophers such as Waldron support genocide survivors who recognise that 'violent words can injure as much as, often more than physical assault'.[54] Consider Charny's insistence that

> [d]enial of known events must be treated as acts of bitter and malevolent psychological aggression, certainly against the victims, but really against all of human society, for such denials literally celebrate genocidal violence and in the process suggestively call for renewed massacres – of the same people or of others.

Equally empathically, Charny decries that besides maddening, insulting and humiliating surviving victims and their relatives,

> deniers are also attacking the fundamental foundations of civilisation, namely the standards of evidence, fairness and justice, by flagrantly altering the historical record. Indeed the deniers always engage in a totalitarian overpowering of the knowledge process, fully intending to subjugate the integrity of human history, the memory, and communication to their demagogy and tyranny. [55]

50 Waldron (n 16) 5.
51 Waldron (n 16) 220.
52 Waldron (n 16) 5.
53 As above.
54 Ndahiro (n 37) 123.
55 IW Charny 'The psychological satisfaction of denials of the holocaust and other genocides by non-extremists or bigots, and even known scholars' (2001) 6 *Idea: A Journal of Social Issues* 1.

Others who justify punishment of hurtful speech include Smith, Markusen and Lifton.[56]

On the other side, equally formidable liberal scholars do not dispute the harm of hate speech, but nonetheless reject the authority of the state to punish hate speech crimes. Dworkin and Chomsky uphold expressive freedom of untruthful speech; they simultaneously stress the arbitrariness that governs *which* genocide denial is prohibited.[57] Dworkin 'thinks that suppressing hate speech undermines the legitimacy of anti-discriminatory laws by depriving people of the opportunity to oppose them'.[58] For Baker 'it poses a threat to the ethical autonomy of the individual'. More notoriously, Prunier, who earns the 'public accolade for the so-called "theory of the double genocide"'[59] 'emphasises that a "Rwandese ideology" based on the pseudo-scientific racial theories introduced under colonialism, pervaded'.[60] Nonetheless, European liberal democratic traditions regulate freedom of expression. It is not absolute. The broad question becomes: How do we distinguish hatred from ordinary dislike or disagreement?[61] Given that derogation from free speech is permissible, a narrower issue arises about identifying the limited circumstances where genocide talk constitutes a legitimate threat to public security, safety, morality, health, etc. which may justify regulation.

If what people say out loud expresses extreme or intolerable dislike, it poses a problem that calls for legislation. Thus,

> the spoken word can be wounding but also words that are printed, published, pasted up or posted on the Internet which comprise a semi permanent part of the visible environment in which our lives as members of vulnerable minorities, have to be lived.

Hate speech legislation is 'concerned about the predicament of vulnerable people who are subject to hatred directed at their race, ethnicity, or religion'.[62] Interestingly, European continental law construes freedom of expression differently from the common law. For Swart this is attributable to the former's non-colonial past and strong monarchic traditions[63] plus the fact that the Jewish '"holocaust denial"... began almost as soon as the war ended'.[64] Although it 'sparked the best known '"denial" movement however much it has been

56 Jones (n 19) 522 citing RW Smith & others 'Professional ethics and the denial of the Armenian genocide' (1995) 9 *Holocaust and Genocide Studies* 1-22.

57 Jones (n 19) 523 citing 'An interactive session with Noam Chomsky' at the Asian College of Journalism at Chennai India, http://www.greenmac.com/World_Events/aninterac.html.

58 Jones (n 19) 523 citing R Dworkin *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution* (1996); see also Waldron (n 16) 14-15 citing CE Baker *Human liberty and freedom of speech* (1989).

59 Jones (n 19) citing G Prunier *The Rwanda crisis: history of a genocide* (1997) 261.

60 Straus (n 1) 521.

61 Waldron (n 16) 36.

62 Waldron (n 16) 37.

63 B Swart 'Denying Shoah' in P Alldridge & C Brants (eds) *Personal autonomy, private sphere and the criminal law: a comparative study* (2001) 161 at 179.

64 WD Rubenstein *Genocide* (2004) 172.

confined to crackpots and propagandists', nonetheless, assertions that 'the Nazi's killed no Jews but that Jews are lying about their wartime experiences, are singularly shocking, especially to Jews'.[65] Consequently 'holocaust denial' is now illegal in many European countries.

3.3 Criminalisation of genocide denial under European continental law

3.3.1 France

In the 1981 case of *Ligue internationale contre la racisime et l'antisemitisime et autres v Robert Faurisson,*[66] a distinguished literature professor, Robert Faurisson, was charged and convicted of racial defamation. Although his three-month sentence was suspended, he was compelled to pay damages for falsely suggesting that the Holocaust was fiction to create an Israeli state and assist its war against Palestine. In 1988 another Frenchman, Robert Garaudy, an anti-Zionist philosopher, was also convicted.[67] In 1991 Faurisson was again convicted – under the new French Freedom of the Press Act[68] – for publicly denying crimes against humanity, and fined US $50 000 of which US $20 000 was suspended. No relief is forthcoming from regional or international law, as the UN Human Rights Committee[69] rejected his complaint. The Committee respected the decision of French courts that 'the author's statements, read in their full context, propagated ideas tending to serve the Nazi doctrine and policy of racial hatred and were of a nature as to raise and strengthen anti-Semitic feelings'.[70]

Similarly, French far-right, former National Socialist leader, Jean-Marie Pen, has severally been punished and fined for 'holocaust apostasy'.[71]

65 Rubenstein (n 64) 173.

66 Tribunal de Grande Instance de Paris 8 juillet 1981 cited in C Fournet *The crime of destruction and the law of genocide: their impact on collective memory* (2007).

67 DE Lipstadt *Denying the holocaust: the growing assault on trust and memory* (1993).

68 (1990) (Gayssot's law after its communist legislator), http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000532990&dateTexte= (accessed 14 August 2018).

69 *Robert Faurisson v France* Communication 550/1993 UN Doc CCPR/C/58/D/550/1993(1996), http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/VWS55058.htm (accessed 14 August 2018).

70 Swart (n 63) 171.

71 'Jean-Marie Le Pen fined again for dismissing Holocaust as "detail"' *The Guardian* 6 April 2016 https://www.theguardian.com/world/2016/apr/06/jean-marie-le-pen-fined-again-dismissing-holocaust-detail (accessed 14 August 2018).

3.3.2 Belgium

In *B v Belgium*[72] the European Court of Human Rights considered words by a Belgian leader of the 'Sharia4Belgium' radical Salafist organisation, Fouad Belkacem, who produced YouTube videos urging Muslims to 'fight' and 'convert' non-Muslims, whom he called 'animals'. Because Belkacem's speech was manifestly contrary to the spirit of the European Convention of Human Rights, the European Court held that 'his conviction for the incitement of hatred, violence and discrimination under Belgian law did not breach [his] right to the freedom of expression, as protected by Article 10'.[73]

3.3.3 The rest of Europe

Even German law demands that no one denies the state's own monstrous past. It entrenches the 'judicial notice' legal principle, thereby elevating World War II mass extermination of Jewish peoples into an historical fact of public notoriety for which no evidence is necessary to establish its existence. Rather, any person denying the Jewish massacres is criminalised as insensitive towards human dignity and perpetrating the 'Auschwitz lie'.[74] Similar genocide denial legislation has been enacted in Switzerland and Israel, among a host of other countries.

3.4 No crime of genocide denial under Anglo-American law

3.4.1 United Kingdom

Part 5 below explains the extent to which Mill's famous theory on liberty regarded freedom of expression as a *privilege* rather than a *right*.[75] Regarding genocide denial law, Barendt pertinently observes as follows:[76]

> Another difficulty is defining the scope of the offence. Should it, for example, be confined to denial of the Holocaust or cover other atrocities which some respectable historians might regard as almost as appalling and as well-established such as the atrocities in Stalinist Russia, Cambodia, and Rwanda, or the genocide of the Armenians?

Yet, in 2000 in London, David Irving, the right-wing conservative, sued US academic Deborah Lipstadt and her book *Denying the holocaust*[77]

72 (2017) ECHR 253.

73 'European Court of Human Rights finds hate speech not protected by freedom of expression' 20 July 2017 https://www.hrlc.org.au/human-rights-case-summaries/2017/9/26/european-court-of-human-rights-finds-hate-speech-not-protected-by-free dom-of-expression (accessed 8 August 2018).

74 Swart (n 63) 175-176.

75 Mill (n 20).

76 E Barendt *Freedom of speech* (2005) 177.

77 Lipstadt (n 67).

for libel. The suit was contested by her publisher, Penguin Books, comprehensively defeating Irving for grave distortions to advance a denialist agenda and saddling him with a two million sterling pound bill of legal costs, resulting in bankruptcy.[78] Still, Barendt believes:[79]

> It would, therefore, be wrong to introduce a specific offence of Holocaust denial into English law. It is better to rely on education and other measures, for instance, the institution of Holocaust Memorial Day, to deal with risks created by the dissemination of these claims.

He effectively concedes that modern British legislation in the area of hate speech 'is generally defended in terms of the hurt racial speech causes members of minority groups. If filled a gap in the common law'.[80]

3.4.2 United States

The 1776 US Constitution provides that 'Congress shall make no law … abridging the freedom of speech, or of the press'.[81] One founding father, Thomas Jefferson, if asked to choose between either government without newspapers or newspapers without government, preferred the latter. He claimed that human beings cannot survive in the absence of free speech.[82]

Since regulation distorts the working of a free market for the exchange of ideas, the 'market place of ideas' theory of free speech has been enormously influential in the US. This was held by Justice Holmes in *Abrams v United States*,[83] where the Supreme Court upheld the 1918 Amendment to the Espionage Act. Yet, many people are rightly horrified upon receiving evidence which discloses an aspirational/reality dichotomy between their government's official polices proclaiming human rights, while secretly condoning human rights abuses. For that reason, the Supreme Court is likely to strike down statutes purporting to criminalise absolute freedom of expression. Indeed, in *Collins v Smith*[84] the National Socialist Party of America was permitted to distribute pamphlets and organise political demonstrations in an Illinois neighbourhood with Jewish holocaust residents. Justice Decker declared that the government could not prohibit the expression of ideas 'because of disagreement with the message it conveys'.[85]

78 As above; see also Jones (n 19) 522.

79 Barendt (n 76).

80 As above.

81 First Amendment; see also 'Jefferson's preference for "newspapers without government" over "government without newspapers"' (1787) http://oll.libertyfund.org/quote/302 (accessed 1 August 2018).

82 'Extract from Thomas Jefferson to Edward Carrington' Paris, 16 January 1787 *Jefferson quotes and family letters* http://tjrs.monticello.org/letter/1289 (accessed 1 August 2018).

83 250 US 616 (1919).

84 447 Suppl 676 ND (3rd) (1978) (*Skokie* case).

85 *Skokie* case (n 84) 476 688.

Subsequently, in *RAV v City of St Paul*[86] the Supreme Court outlawed the St Paul Bias-Motivated Crime Ordinance forbidding the placing on private or public property of *inter alia* a 'Nazi swastika which one knows ... arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender'. The Court rejected the offensive proscription of a 'symbol, object, appellation, characterisation, or graffiti' because it defined discrimination narrowly. Invoking the viewpoint-neutrality principle, the Court disqualified the Ordinance for failing to protect hate against other groups on the basis of political affiliation, union membership or sexual orientation. According to Swart, '[t]he Supreme Court held that resort to ... personal abuse is not in any proper sense communication of information or opinion safeguarded by the Constitution'. Is the same true for group defamation? In 1952 the Court gave an affirmative response. However, in 1964 it curtailed the use of group libel laws to impose sanctions on expressions critical of public officials. Similar jurisprudence has been rendered by the African Court and eventually applied to absolve Ingabire, as will be shown in part 5 below.

3.4.3 Canada

Canada's chequered case law evinces a jaundiced face. Its genocide denial jurisprudence commenced in 1985 upon the conviction of an ardent neo-Nazi, Ernst Zundel, by a Toronto Court. Zundel founded Samisdat Publications devoted to printing and distributing racist, anti-Semitic and holocaust literature. The issues which arose in the genocide denial case against him were, first, whether he published *Did six million really die?* Second, were its statements false? Third, did he know of their falsity? The prosecution case combined both judicial notice and evidentiary strategies, particularly emotive eye witness testimonies. On conviction Zundel was sentenced to 15 months' imprisonment plus three years' probation.[87] In 1987, however, the Ontario Appellate Court set aside his conviction. A re-trial in 1988 re-convicted and re-sentenced him to nine months' imprisonment. Once again Zundel appealed.

This time the Canadian Supreme Court declared the genocide denial provision unconstitutional. In *Ernst Zundel v Her Majesty The Queen,*[88] Justice McLachlin held that the 'question of falsity of a statement is often a matter of debate particularly where historical facts are at issue'.[89] The statute was wrong because it invoked two untenable assumptions. First, that 'we can identify the essence of a communication and determine that it is false with accuracy'.[90] Second,

86 505 US 377 (1992); see also *Beauharnais v Illinois* 343 US 250 (1952); *New York Times v Sullivan* 376 US 254 (1964).

87 L Douglas *The memory of judgment: making law and history in the trials of the holocaust* (2001).

88 (1992) 2 SCR 731, 75 CCC (3rd) 449.

89 Douglas (n 87) 494.

90 Douglas (n 87) 509.

that 'deliberate lies never have a value'.[91] Yet lies stand for the idea that 'the public should not be quick to adopt "accepted" versions of history, truth etc'. By virtue of the Canadian recognition of the absolute human right to free speech, copies of *Did six million really die*? are currently afloat in cyberspace. Conversely, *R v Keegstra*[92] upheld Canada's Criminal Code prohibiting publicly and wilfully promoting hatred. In an Alberta classroom, high school teacher James Keegstra communicated his hateful sentiments against the Jewish community. To protect target groups from hate propaganda, despite the impugned legislation infringing freedom of expression, the Supreme Court limited hate speech as reasonable and justifiable in a free and democratic society.[93]

4 ROLE OF MEDIA IN THE RWANDAN GENOCIDE

4.1 Impact of free speech on media in neighbouring Uganda

Most African countries have colonial histories. In 1981, concerned that expressive freedom was repressed by colonialists and yet aided freedom fighters, the African Charter enshrined it at continental level.[94] Following the 'second liberation' or 'third wave' democratisation struggles of the 1990s, successor societies promulgated new constitutions with modern bills of rights. We would thus expect African governments to tolerate robust freedom of expression provisions which reject genocide denial laws. Indeed, the Ugandan Supreme Court – following a 'progressive' Canadian decision – conferred constitutional protection upon the freedom of the press as a right since 'while truth and falsity are mutually exclusive, the purposes for protecting both are not'.[95] Citing *inter alia Edmonton Journal v Alberta (AG)*,[96] Mulenga JSC further stressed that even if one's views are 'false' or 'wrong', a democratic society chooses to tolerate the exercise of the freedom even in respect of the so-called alarming statements. In that case, journalists were acquitted by

> a (Ugandan) magistrate's court with the publication of false news contrary to section 50 of the Penal Code. The story in *The Monitor* newspaper quoted the

91 Douglas (n 87) 510.

92 (1990) 3 SCR 697.

93 https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/r-v-keegstra/ (accessed 15 August 2018).

94 Art 9 African Charter on Human and Peoples' Rights, adopted 1 June 1981, entered into force 21 October 1986, https://au.int/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights (accessed 19 August 2018).

95 *Charles Onyango Obbo & Another v Attorney-General* Constitutional Appeal 2 of 2002 per Mulenga JSC.

96 (1989) 2 SCR 1326.

Indian Ocean Newspaper that the late President Laurent Kabila had paid Uganda in gold.[97]

Conversely, neighbouring Rwanda's appalling genocide experience would arguably justify exceptional derogation from free speech rights.

4.2 *ICTR Media* case

During Rwanda's 1994 genocide, Belgian-Italian journalist Georges Ruggiu was employed by the *Radio Télévision Libre des Milles Collines* (RTLM) radio station which broadcasted anti-Tutsi hate speech.

It was no coincidence that RTLM, with its catchy nationalistic theme tunes and racist jingles, began to broadcast in August 1993, within days of a peace agreement between the RPF and the Hutu government. That agreement sought to bridge the ethnic divide and provide a timetable for power-sharing democracy, bringing an end to Rwanda's dictatorship by the northern oligarchs who had controlled the country for 20 years.[98]

In *Prosecutor v Georges Ruggiu,*[99] the accused pleaded guilty before the ICTR of inciting Hutus to massacre Tutsis with the intention of destroying – in whole or in part – the Tutsi ethnic group in Rwanda. He incurred 12 years' imprisonment. Another case accused ex-university history lecturer Ferdinand Nahimana – who had joined former Foreign Ministry, Political Affairs Director Jean-Bosco Barayagwiza – to co-found RTLM. From July 1993 to July 1994, its despicable messages cast Hutu opposition members as accomplices of the Tutsi enemy. Critically 'to commit genocide, it is necessary to spread an ideology that defines the victim as being outside human existence – vermin, subhuman'.[100] Hence Nahimana called anti-Tutsi *inyenzi* (cockroaches). He was convicted *inter alia* for direct and public incitement to commit genocide.

The third accused was the founder and editor of *Kangura* newsletter, Hassan Ngeze, who circulated hate messages depicting Tutsis as planning to subvert the Rwandan democracy by ousting Hutus from power. 'In 1990 *Kangura* ... published the infamous "Hutu 10 Commandments", instructing Hutus to sever ties with Tutsis and to protect the gains of the Hutu revolution'.[101] In addition, Barayagwiza and Ngeze were founding members of the *Coalition pour la Défense de la République* (CDR). Ngeze allegedly distributed firearms, supervised roadblocks and ordered massacres in Gisenyi *préfecture*, which regional committee, Barayagwiza chaired. In 1995 Barayagwiza published a book entitled *Is Hutu blood red?* exposing his anti-Tutsi

97 BK Twinomugisha 'The role of the judiciary in the promotion of democracy in Uganda' (2009) 9 *African Human Rights Law Journal* 1 at 12-13.

98 L Melvern 'The past is prologue: planning the 1994 Rwandan genocide' in Clark & Kaufmann (n 7) 21 at 23.

99 Case ICTR-97-32-I Judgment and Sentence (TC1) 1 June 2000.

100 Melvern (n 98).

101 Straus (n 1) 523.

political views. In 2003 the ICTR convicted all three of genocide and sentenced them to life imprisonment. However, on appeal to the ICTR Appeal Chamber in *Prosecutor v Ferdinand Nahimana & Others*[102] in 2007, although both Nahimana and Ngeze's guilt *inter alia* of direct and public incitement to commit genocide, was affirmed, their sentences were reduced considerably, from life to 30 years' imprisonment. Barayagwiza was acquitted on this count and his already reduced sentence of 35 years was altered to 32 years.

4.3 *Rwanda v Valerie Bemeriki*

In 2009 another RTLM employee, Valerie Bemeriki, admitted before a *gacaca* tribunal of using the radio network to say to Hutus: 'Do not kill those cockroaches with a bullet – cut them to pieces with a machete.'[103] She was convicted at the Kigali grassroots of planning genocide, inciting Hutus, and complicity in several murders and imprisoned for life.[104]

4.4 *Rwanda v Peter Erlinder*

Following *Karamera*, genocide denial can be seen as device by which prosecutors can restrict defences of genocide accused. In 2008 Peter Erlinder – lead defence lawyer at the ICTR – wrote an article 'The great Rwanda genocide cover up' suggesting that 'new evidence at the UN Rwanda Tribunal exposed Kagame as the war-criminal who actually touched-off the 1994 Rwanda Genocide by assassinating the previous President' Juvénal Habyarimana. In 2010, Erlinder – a US law professor – was charged with genocide denial which Kagame said threatened state security. If found guilty of grossly minimising or attempting to justify the 1994 genocide, he faced up to 20 years in prison. After retracting his offensive statements, Erlinder was released. Kagame was subsequently re-elected, consolidating wide respect for rebuilding Rwanda since the genocide. However, his critics insist that his strong-arm tactics have high costs in terms of negating free speech.[105]

102 Case ICTR-99-52-T Appeals Judgment, 28 November 2007 (*Nahimana et al* Appeals Judgment) (*Media* case).

103 'Rwanda jails journalist Valerie Bemeriki for genocide' *BBC* 9 December 2009 http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/8412014.stm (accessed 15 August 2018).

104 Trial International 'Valerie Bemeriki' 21 April 2016 https://trialinternational.org/latest-post/valerie-bemeriki/ (accessed 15 August 2018).

105 H Holland 'Rwanda frees US lawyer due to health, charges remain' *Reuters* 17 June 2010 https://af.reuters.com/article/topNews/idAFJOE65G0LO20100617 (accessed 15 August 2018).

4.5 Freedom of expression decisions by the African Court on Human and Peoples' Rights

A progressive decision by the African Court demonstrates judicial control over domestic penal laws which unjustifiably stifle free speech. In *Lohé Issa Konaté v Burkina Faso*, Konaté, a contributing editor for the weekly newspaper *L'Ouragan*, published some articles in August 2012, detailing allegedly corrupt practices of state prosecutor, Placide Nikiéma. He accused the latter of unlawfully interceding in cases concerning alleged currency counterfeiting and illegal trading in second-hand cars. The Ouagadougou High Court convicted Konaté for defamation, public insult and insulting a magistrate, which conviction was later affirmed by the Court of Appeals. In addition to suspending *L'Ouragan's* publication for six months, Konaté – together with Roland Ouédraogo, its editor-in-chief – was imprisoned for 12 months, fined US $2 900 and ordered to pay Nikiéma US $7 800 compensation. However, in December 2014 the African Court reversed the Burkina Faso Court since

> apart from serious and very exceptional circumstances for example, defence of international crimes, *public incitement to hatred*, discrimination or violence or threats of violence against a person or a group of people, because of specific criteria such as race, colour, religion or nationality, the violations of laws on freedom of speech and the press cannot be sanctioned by custodial sentences, without going contrary to the African Charter and the ICCPR.[106]

Here universal rights trumped draconian press laws.

4.6 Freedom of expression decisions by the East African Court of Justice

In *Burundi Journalists Union v The Attorney-General of the Republic of Burundi*[107] the East African Court of Justice struck down article 19 of Burundi's Press Law which prohibited the

> dissemination of information on the stability of the currency, offensive articles or reports regarding public or private persons, information that may harm the credit of the state and national economy, diplomacy, scientific research and reports of Commissions of Inquiry by the state.[108]

It thus could not stand the test of reasonability, rationality or proportionality.

106 Application 4/2013 http://en.african-court.org/index.php/55-finalised-cases-details/857-app-no-004-2013-lohe-issa-konate-v-burkina-faso-details (accessed 15 August 2018) (emphasis added).

107 Judgment of 15 May 2015 in Ref 7 of 2013 http://eacj.org/?cases=burundi-journalists-union-vs-the-attorney-general-of-the-republic-of-burundi (accessed 15 August 2018) http://www.mediadefence.org/sites/default/files/files/201505 15%20EACJ%20Burundi%20Press%20Law%20judgment.pdf (accessed 15 August 2018).

108 As above.

4.7 Denial and its discontents

Cohen argues that a denial of responsibility inevitably follows one of four paths: obedience to superiors; conformity with society; necessity; or splitting of the personality.[109] He 'attempts to answer a set of questions that have long tormented researchers concerned with terrorism, war, and genocide'. These are: 'What do we do with our knowledge about the suffering of others, and what does this knowledge do to us?' For him, government or individual denial of atrocity and suffering can take the form of several logical assertions that 'something did not happen, does not exist, is not true or is not known about'.[110] Besides the first two categories of denying what is actually untrue and of deliberate deception, 'denial may be neither a matter of telling the truth nor intentionally telling a lie'. Rather, '[s]ometimes we are not entirely aware of switching off or blocking out ...There seem to be states of mind, or even whole cultures, in which we know and don't know at the same time'.[111] Therefore, for Cohen 'the problem is not to uncover more evidence of denial, but to find the conditions under which information is acknowledged and acted upon'. He poses a counterfactual question thus: 'Instead of asking why most people deny atrocity and suffering, we must turn to the minority who refuse to do so'.[112]

As receptacles which preserve experiences, words matter.[113] This explains why post-conflict governments deploy state machinery to sustain history, including through lustration measures such as memorials. Remembrance prevents genocide-laundering from corrupting Rwanda's genocide-centred memory. Acknowledgment demands that scholars procure and abet the state's protective efforts by whistle-blowing. Not surprisingly, deniers then accuse the government of falsifying history. Reyntjens, for example, is aggrieved about

> seizure of power and consolidation of hegemony by a group of Rwandans ... through the elimination of counterveiling voices, both political and social, by repression, terror, and massive human rights abuses. Skilful information management and communication, as well as the imposition of a monopolistic narrative have been crucial instruments to further this project.[114]

As shown above, the ideological debate is complex. Deniers ask: Was the RPF's counter-genocide response predominantly murderous or were there only a few rogue elements? Are the institutions, particularly the domestic legislature or judiciary ethnicised or politicised to enact and implement divisionism laws irresponsibly? The prevailing intellectual confrontation thus suggests that if state propaganda, legislation and adjudication are deployed to combat genocide-

109 S Cohen *States of denial: Knowing about atrocities and suffering* (2001).

110 MS Hamm 'Book review: Stanley Cohen, *States of denial: knowing about atrocities and suffering*' (2002) 11 *Critical Criminology* 177.

111 Hamm (n 110) 178.

112 180.

113 G Sartori *The theory of democracy revisited: Part two: the classical issues* (1987) 261 & 479.

114 Reyntjens (n 11) 253.

laundering, then the onus shifts to an aggrieved denier to adduce either direct or circumstantial evidence to explain why Rwanda should not provide adequate security to protect vulnerable minorities from a contaminated social environment, which hateful words facilitate spontaneous mass aggression that could inflict human rights atrocities. In the absence of official overreach, neither the international media nor legal intellectuals can afford to remain comatose about or become complicit with them. Remaining silent attracts Hannah Arendt's charge that 'the mendacity of Adolph Eichmann's character was integral to the whole of German society, shielding it from reality'.[115]

Following Waldron's rationalization of hate speech laws, and given Rwanda's murderous past, this article's major proposition empathises with notions that if the theory of 'double genocide' is not prohibited, then Tutsi survivors shall suffer secondary victimization. But to what extent are Rwanda's existing divisionism regulations valid? The minor proposition holds that we can learn from the African Court's decision, the reasons for rejecting the Rwandese judiciary's Ingabire conviction. While the regional Court correctly exonerated her on grounds that her domestic convictions violated Rwanda's African Charter article 9 obligations, it did so because they were erroneously predicated upon insufficient evidence. The domestic courts' evaluation of her utterances did not surpass the requisite beyond reasonable doubt threshold to warrant 'double genocide' punishment under Rwandese law. Importantly, the genocide denial laws themselves remained intact. Besides, as the African Court noted as set out under part 5 below, in light of *Konaté,* Ingabire's 15-year incarceration was disproportionate.

5 RESTRICTING FREEDOM OF EXPRESSION IN THE *INGABIRE VICTOIRE UMUHOZA* CASE

5.1 Political and legal contestations

To test the above claims, this part sets out the factual backdrop of the *Ingabire Victoire Umuhoza* case, culminating in the African Court's decision. By balancing principles deployed by the judges concerning restricting the freedom of expression against those of national security interests, it critically analyses possible grounds for state interference, legitimate purpose, necessity and proportionality. The African Court refers to its own 2014 *Konaté* decision,[116] which held that

> the terms "within the law" in article 9(2) of the Charter envisages the possibility where restrictions may be put in place on the exercise of freedom of expression provided that such restrictions are presided by law, serve a legitimate purpose and are necessary and proportional as may be expected in a democratic society.[117]

115 H Arendt *Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil* (1963).

116 *Konaté* (n 106) cited in *Ingabire* case (n 17) para 133.

117 As above (n 17) para 133.

Departing from the version set out in the introduction to the instant article, what follows will set out conflicting versions of the FDU-Inkingi (Unified Democratic Forces-Inkingi) opposition party leader's alleged contentious words and the African Court's interpretation of whether or not they may be interpreted as genocide denial. By way of prelude, the saga can the traced through media reports that the opposition leader:

> Ms Ingabire returned to Rwanda in 2010 after 17 years in exile in Holland, and said she intended to run against Paul Kagame, the incumbent president, in elections that year. Security forces arrested her after she questioned why memorials to the 800,000 people who died in 100 days of killing in 1994 failed to include Hutu victims of the slaughter. Most of those who died were from the Tutsi tribe, but many Hutus who sheltered Tutsis or were seen as moderates opposed to the ethnic cleansing were also killed.[118]

In 2013 'Rwanda's Supreme Court [not only] upheld the conviction of [the] opposition leader'. It even 'increased her jail term from eight to 15 years. She was found guilty of threatening state security and '"belittling" the 1994 genocide'. It 'also found her guilty of spreading rumours intended to incite people to revolt – charges on which she had earlier been cleared'.[119]

5.2 Ingabire's argument before the African Court

In 2017 the African Court considered Ingabire's substantive contention that she had been convicted and sentenced 'both at the High Court and the Supreme Court of [Rwanda] for the remarks that she made at Kigali Genocide Memorial, and her interviews and other statements she expressed on different occasions'. The key question that the Court addressed was 'whether such restriction was admissible, in that, it was provided by law, served a legitimate purpose, and was necessary and proportional in the circumstances of the case'.[120] Sub-issues are analysed in the following section. In brief, Ingabire contended, first, that

> the opinion she expressed in the course of her speech at the Kigali Genocide Memorial concerned the management of power, the sharing of resources, the administration of justice, the history of the country and the attack that led to the demise of the former President of the Republic,[121]

consequently that 'she had no intention to minimise and trivialise genocide or to practice the ideology of genocide and that the right to express her opinion was protected by the Constitution of Rwanda and other international instruments'. In the second place she complained that Rwanda's criminalisation 'of the negation of genocide are vague and unclear, and do not comply with the requirement that restrictions on the rights of individuals must be necessary'. Nonetheless, the

118 M Pflanz 'Rwanda Hutu opposition leader jailed for "denying genocide"' *The Telegraph* 30 October 2012, https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/9643356/Rwanda-Hutu-opposition-leader-jailed-for-denying-genocide.html (accessed 16 August 2018).

119 'Victoire Ingabire: Rwanda leader's jail term raised' *BBC* 13 December 2013 https://www.bbc.com/news/world-africa-25371874 (accessed 16 August 2018).

120 *Ingabire* case (n 17) para 134.

121 *Ingabire* case (n 17) para 120.

Rwandan courts found her 'guilty of spreading rumours likely or seeking to cause a revolt among the population against established authority'.[122]

5.3 Rwanda's defence

In rebuttal, the Rwandan government argued not only that 'the right to express one's opinion is subject to limitations and that considering the social context, the history of and environment in Rwanda, there was reason to enact laws to penalise the minimisation of genocide', but also that 'the judgment of its Supreme Court had alluded to the fact that other countries had imposed similar restrictions so as to prevent the minimisation of genocide'.[123] As *amicus curiae* the National Commission for the Fight against Genocide (CNLG) argued that 'the theory of double genocide' to which Ingabire referred was 'nothing but another way of denying the genocide perpetrated in 1994 against Tutsis in Rwanda'. This is because

> revisionism is structured around a number of affirmations which help to conceal the criminal intent that is an integral part of the crime of genocide, without denying the reality of the massacres and to sustain the idea of double genocide ... to transform the 1994 genocide against Tutsis in Rwanda into an inter-ethnic massacre, and at the same time, exonerate the perpetrators, their accomplices and their sympathisers.[124]

According to CNLG, Ingabire's statement at the Kigali Genocide Memorial 'signifies that there were two genocides in Rwanda, and that the Tutsis are therefore as guilty as their executioners'. It submitted that her contentious statements were

> "a manipulation skillfully executed and sowing the seeds of confusion around the genocide" as well as "a revisionist manoeuvre with the peculiar feature of using partial and dishonest methodology to select, disguise, divert or destroy information that corroborates the existence of genocide against the Tutsis".[125]

5.4 The judgment

5.4.1 Framing issues

Three sub-issues emerged for determination: one, whether the interference against her was provided by law; two, whether the restriction served a legitimate purpose; and three, whether the restriction was necessary and proportional.

122 *Ingabire* case (n 17) para 121.
123 *Ingabire* case (n 17) para 125.
124 *Ingabire* case (n 17) para 128.
125 As above para 129.

Interference provided for by law

Regarding the first issue, because 'the nature of the offences that these laws seek to criminalise is admittedly difficult to specify with precision', the African Court found that the interference against her was provided by law. Specifically, considering the margin of appreciation that member states to the African Charter enjoy 'in defining and prohibiting some criminal acts in its domestic legislation ... the impugned laws provide adequate notice for individuals to foresee and adapt their behaviour to the rules'. The African Court therefore conceded that 'the said laws satisfy the requirement of the "the law" as stipulated under article 9(2) of the Charter'.[126]

Legitimate purpose

Turning to the second issue of whether the restriction served a legitimate purpose, the African Court recalled its *Konaté* test that 'restriction made on the exercise of freedom of expression must be strictly necessary in a democratic society and proportional to the legitimate purposes pursued by imposing such restrictions'.[127] Crucially, it agreed that

> given its past history of genocide, the kind of (genocide denial) restrictions imposed by the domestic law ... are meant to protect state security and public order. The nature of the crimes for which [Ingabire] was charged and convicted also relate to the protection of national security, from expression which create divisions among the people and internal strife against the government.[128]

Necessity and proportionality

Regarding the third issue of whether the restriction was necessary and proportional, the African Court decided that

> the determination of necessity and proportionality in the context of freedom of expression should consider that some forms of expression such as political speech, in particular, when they are directed towards the government and government officials, or are spoken by persons of special status, such as public figures, deserve a higher degree of tolerance than others.[129]

Moreover, because '[t]he assessment of necessity and proportionality under article 9(2) of the Charter and article 19(3) of ICCPR cannot be done in a vacuum and due consideration should be given to particular contexts in which the impugned expressions were made'.[130] Therefore, 'freedom of expression protects not only "information" or "opinions that are favourably received or regarded as inoffensive, but also those that offend, shock or disturb" a state or any section of the population'.[131]

126 *Ingabire* case (n 17) para 138.
127 As above.
128 *Ingabire* case (n 17) para 139.
129 *Ingabire* case (n 17) para 142.
130 *Ingabire* case (n 17) para 144.
131 *Ingabire* case (n 17) para 143.

5.4.2 Analysing conflicting testimonial statements

Validating minimisation laws

The African Court began by analysing Rwanda's and CNLG's prayer 'to consider its particular past history and apply the principles of margin of appreciation and subsidiarity'.[132] It appreciated the fact that

> Rwanda suffered from the most atrocious genocide in the recent history of mankind and this is recognised as such internationally. This grim fact of its past evidently warrants that the government should adopt all measures to promote social cohesion and concordance among the people and prevent similar incidents from happening in the future. It goes without saying that it is entirely legitimate for the state to have introduced laws on the 'minimisation', 'propagation' or 'negation' of genocide.[133]

Nevertheless, it reasoned that 'the laws in question should not be applied at any cost to the rights and freedoms of individuals or in a manner which disregards international human rights standards'. Furthermore: 'The legitimate exercise of rights and freedoms by individuals is as important as the existence and proper application of such laws and is of paramount significance to achieve the purposes of maintaining national security and public order'.[134] Therefore, the African Court was compelled to 'examine the nature of the opinion alleged to have been expressed by [Ingabire] and determine whether such expression warranted her conviction and imprisonment, and whether such measure was proportional under the circumstances'.[135]

Three 'double genocide' statements

Ingabire's statements that were alleged to have been made on different occasions were of two natures: first, 'those remarks made in relation to the Genocide, particularly, at the Kigali Genocide Memorial;' second, those directed against the government, including the President of the Republic, and the judiciary (comprising the gacaca courts)'.[136] In the first version, in her own words:[137]

> At the Kigali Genocide Memorial, [Ingabire] claim[ed] to have made the following statement in Kinyarwanda:
>
> If we look at this memorial, it only refers to the people who died during the genocide against the Tutsis. There is another untold story with regard to the crimes against humanity committed against the Hutus. The Hutus who lost their loved ones are also suffering; they think about the loved ones who perished and are wondering "When will our dead ones also be remembered?"

The second version was recorded before the Rwandan High Court quoted in the introduction to the article.[138]

132 *Ingabire* case (n 17) para 145.
133 *Ingabire* case (n 17) para 147.
134 *Ingabire* case (n 17) para 148.
135 *Ingabire* case (n 17) para 149.
136 *Ingabire* case (n 17) para 150.
137 *Ingabire* case (n 17) As above para 151.
138 *Ingabire* case HC (n 13).

In the third version, as recounted by the Supreme Court, her statement reads:[139]

> For instance, this memory has been dedicated to people who were killed during the genocide against the Tutsi, however there is another side of genocide: the one committed against the Hutu. They have also suffered: they lost their relatives and they are also asking, "When is our time?"

For the African Court, the key issue was an evidentiary one, of whether in that speech Ingabire made at the Genocide Memorial she propagated the 'theory of double genocide'.[140]

5.4.3 The verdict

Reasonable doubt

Decisively, the versions of Ingabire's 'speech made at the Memorial, as recited by the High Court and the Supreme Court' were, the African Court held, 'at variance' not only with each other but also with her own version. In pertinent part, 'while the version of the speech as indicated by the Supreme Court talks about "another side of genocide: the one committed against the Hutu" the version of the speech, as recounted by the High Court talks about Hutus being … "victims of crimes against humanity and war crimes"'.[141] Because of 'these conflicting versions of the said speech as quoted by the domestic courts' and further upon implying the principle of legality to place the burden of proof on the prosecution, therefore the African Court held that 'the doubt should benefit' Ingabire. The African Court consequently relied on the High Court's version of her speech, set out in the introduction to the article, similar to what was tendered before the African Court in 'evidence, which was not challenged by the respondent State'.[142] Ultimately there was 'nothing in the statements made by [Ingabire] which denies or belittles the genocide committed against the Tutsi or implies the same'.[143]

Nothing in her remarks suggested that she advanced 'double genocide'. Although 'she admitted "the genocide against the Tutsis" but has never claimed that a *genocide* was committed against the Hutus'. Rebuking disproportionality, it was held that 'putting severe restrictions such as criminal punishments, on the rights of individuals merely on the basis of contexts would create an atmosphere where citizens cannot freely enjoy basic rights and freedoms, including the right to freedom of expression'.[144]

139 *Ingabire* case (n 17) para 154.
140 *Ingabire* case (n 17) para 155.
141 *Ingabire* case (n 17) para 156.
142 *Ingabire* case (n 17) para 157.
143 *Ingabire* case (n 17) para 158.
144 As above para 159 (emphasis added).

Criticising public officials

Ingabire's second group of statements contained severe criticisms against the government and public officials, alleging that political power is 'dominated by a small clique' that has 'a secret parallel power structure around president Kagame'. She stated that she was ready to fight against

> the yoke [of fear], poverty, hunger, tyranny, servitudes, corruption, unfair gacaca court system, repression, prison term for works of general interests (TIG), reasons that lead people to flee the country, inequality, expropriation, homelessness, lack of self-esteem and killing through torture.[145]

The African Court held that 'these statements are of the kind that is (sic) expected in a democratic society and should thus be tolerated, especially when they originate from a public figure'.[24] In any event, there was 'no evidence showing that the statements caused strife, public outrage or any other particular threat to the security of the state or public order'.[146] Because Ingabire's 'conviction and sentence for making the above statements both at the Kigali Genocide Memorial and on other occasions, was not necessary in a democratic society', her 'punishment was not proportionate to the legitimate purposes which the conviction and sentence seek to achieve' therefore Rwanda 'could have adopted other less restrictive measures to attain the same objectives'.[147] It violated article 9(2) of the African Charter and article 19 of the ICCPR.[148] However, there were no exceptional and compelling circumstances to warrant repeal with retroactive effect, of its divisionism-creating law.[149] Rwanda was not precluded 'from considering such measure on its own'.[150]

5.5 Contested approaches to criminalising genocide denial

5.5.1 European and African human rights regional jurisprudence

The African Court upheld Rwanda's genocide denial laws. Under these laws it is not possible to objectively discuss whether or not the anti-genocide campaign against the state-sponsored murderers, was mirrored by some rogue crimes by RPF officers. Neither can critics seek to ethnicise the atrocities to suggest that they were morally defensible. Nowadays, given that country's ghastly past, it is officially impermissible to question whether the revolutionaries acted purely in

145 *Ingabire* case (n 17) para 160.

146 *Ingabire* case (n 17) para 161.

147 *Ingabire* case (n 17) para 162; see also Supreme Court sentencing decision of 13 December 2013.

148 *Ingabire* case (n 17) para 163.

149 Secs 116 & 463 of Organic Law 1/2012 of 2 May 2012, relating to the Penal Code as well as that of Law 84/2013 of 28 October 2013.

150 *Ingabire* case (n 17) para 169.

defence of Tutsi lives, property and dignity or were disproportionate. Clearly, no one can defend, whether politically or judicially, aggressive killing as excusable. Consequently, crimes on the part of the RPF soldiers have 'been punished and are still being punished'.[151] However excesses, if attributable to honest mistakes, may be legally defensible as part of a generally disciplined defensive aggression.

5.5.2 The Millian approach

Mamdani is convinced that 'the only peace possible between Hutu and Tutsi is armed peace'. This is because 'the dilemma of post-genocide Rwanda lies in a chasm that divides Hutu as a political majority from Tutsi as a political minority'.[152] Concerning whether or not to secure peace through military means or genocide denial law, for Reyntjens

> [t]his dilemma would not exist in case of genuine (ie non-ethnic) democracy and genuine (ie not victor's) justice. Both aims would then be reconcilable and this is what responsible political leadership in Rwanda would have to strive for if the nation is to survive in the long term.[153]

Conversely, Mill's infallibility presumption begins by arguing that 'if we are interested in having the truth prevail we should allow all available arguments to be heard'.[154] This assumes that short of an imminent emergency, the publication of a possibly true statement is the highest public good.[155] He thus answers 'the apparent irrationality of the doctrine of freedom of expression'. For him what is objectionable about censorship is that in order to be protected by a law protecting an autonomous man against coming to have false beliefs on account of another's freedom of expression, 'a person would have to concede to the state the right to decide certain views were false and since it had so decided, to prevent him from hearing them advocated even if he might wish to do so'.[156]

Significantly, 'the Millian Principle rests on a limitation of the authority of states to command their subjects rather than the right of individuals'.[157] Nonetheless, 'exceptions should be allowed in cases of diminished responsibility' since 'there may seem to be an obvious case for allowing deviations from the principle in times of war or other grave emergency'.[158] Additionally, 'the Millian Principle allows one, even in normal times, to consider whether the publication of certain information might present serious hazards to public safety by giving people capacity to inflict certain harms'.[159]

151 Kagame (n 7) xxiv.
152 M Mamdani *When victims become killers: colonialism, nativism, and the genocide in Rwanda* (2001) 266 cited in Reyntjens (n 11) 262.
153 Reyntjens (n 11).
154 T Scanlon 'A theory of freedom' in R Dworkin' (ed) *The philosophy of law* (1977) 153 at 162.
155 Barendt (n 76) 8.
156 Scanlon (n 154) 164.
157 Scanlon (n 154) 167.
158 Scanlon (n 154) 169.
159 Scanlon (n 154) 170.

The best rejoinder to authoritarian repression of genocide denial 'is that suppression of speech creates suspicion of authority and destroys tolerance. It is better', Barendt concludes:[160]

> [t]o permit dissemination, say, of hate speech than to curtail the freedom of extremists. The latter course might encourage people to believe the truth of suppressed speech, which they would otherwise ignore or reject.

Worse still, 'driven underground it may surface later in a more dangerous form'.

5.5.3 'Forfeiture' and 'human rights' approaches to regulation

Prohibition of hate speech 'because it is possibly true' is undesirable because it entails an unwarranted '"assumption of infallibility" on the part of the state'.[161] Indeed, 'it is only because opponents of (governmental) measures are free to challenge their wisdom that the government can ever be confident that it is appropriate to legislate'. Alternatively, 'it is still wrong to suppress speech because it is objectively false for people holding the beliefs will no longer be challenged and forced to defend their views'. Thus, Norrie distinguishes a state's repressive responses, as either entailing broad 'forfeiture' of all an attacker's rights, on the one hand, or limiting its responses, to relent in respect of the attacker's 'human rights', on the other. Ultimately, 'the moral issues are at large, conflicted, and this leads back to the broad and vague "umbrella" standard of judgment as is provided by reasonableness'.[162]

RPF's public defence constitutes a *justification* to harms, unlike polluting the social environment or denuding dignity by offensive aggression of deniers who raise a defence of *excuse* predicated upon colonial ethnic exclusion. As a modern phenomenon, the Rwandan genocide commenced with the 1994 attacks which subsequently triggered political and judicial responses, including proscribing 'double genocide'. Thus deniers forfeit any defence that denial laws are in and of themselves unnecessary or disproportionate. Nonetheless, it is trite law that the implementation of *justifiable* self-defence must remain necessary, be in response to an imminent threat, and use proportionate force, which is reasonable in the circumstances. In the *Ingabire* case, the absence of evidence of 'double genocide' speech on her part, therefore, correctly resulted in the African Court's finding that 'the restriction served a legitimate purpose' as 'article 27 of the Charter requires that all rights and freedoms must be exercised "with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest"'.[163]

160 Barendt (n 76) 9.

161 Barendt (n 76) 8.

162 AW Norrie *Crime, reason and history: a critical introduction to criminal law* (2014) 277.

163 *Ingabire* case (n 17) para 140.

6 CONCLUSION

To contribute to the campaign against denial, this article has critically evaluated Rwanda's 1994 genocide minimisation law criminalising the public negation of the genocide *inter alia* with words, and making that crime punishable by between 10 and 20 years' imprisonment. Indeed, former colonial power Belgium's hate speech restrictions are similar to those enacted in Rwanda's 'illiberal' democracy. Yet, in both contexts the regional human rights courts have upheld them. But certain remarks by opposition leader Ingabire were not restricted by the African Commission, due to insufficient evidence. This explains why the African Court upheld that Law, but simultaneously held that Rwanda violated Ingabire's right to freedom of opinion and expression. The article argues that while the African Court applied a 'human rights' approach to prohibited speech to interpret Rwanda's minimisation laws, the domestic courts relied on a 'forfeiture' approach to curtail the expressive freedom of extremists. The regional court deployed the attitude that free speech is a right, as held in the US case of *Sullivan*, which had been transplanted in *Konaté*. However, it also harboured reasonable doubts about whether opposition leader Ingabire's remarks constituted 'double genocide'. Similarly, in the *Belkacem* case the European human rights system robustly upheld Belgium's hate speech regulations. Although Rwandan courts' adopting a 'forfeiture' approach to public defence is justified by colonial and post-colonial history, unless its implementation respects human rights, the state not only violates its treaty obligations, but also loses democratic legitimacy.

The validity of Rwanda's divisionism laws debunk Straus's charge that 'as they searched for the origins of the genocide and in response to the ahistorical claims of ancient tribal hatred, authors turned to (Rwanda's) history of ethnicity'. It is untrue that 'consumers of this history attribute too much blame' in his view 'to colonialism' since Europeans did not invent the categories "Hutu" and "Tutsi", nor did they invent social hierarchies in Rwanda'.[164] Rather, the article agrees with Swart that 'denial is a form of racism as insidious and potentially dangerous as other more open direct, manifestations of racism. Different attitudes exist as to how the law should react'.[165] Instead, civic campaigns and formal education in school curriculums may sensitise audiences about the hideous mass atrocities and their duty to respect ethnic diversity.

Rwanda had previously made a unilateral declaration under article 34(6) of the African Court Protocol allowing individuals and non-governmental organisations to bring claims directly to the Court against Rwanda. However, in February 2016 it withdrew its declaration accepting the African Court's jurisdiction. Rwanda's reason for

164 Straus (n 1) 521.
165 Swart (n 63) 177.

withdrawing was that its declaration was being exploited by 'convicted genocide fugitives'.[166] Yet, withdrawing may be seen as an unfortunate overreaction: first, given that evidentiary mistakes resulting in Ingabire's domestic conviction that violate the African Charter were attributable to reasonable doubts emanating from ambiguous judicial construction of her offensive statements; second, since the African Court nevertheless sustained Rwanda's revisionism statutes; third, because Rwanda's withdrawal of permission for individual petitions took effect as President Kagame ascended to the position of AU Chairperson. His political influence may thus have the effect of reducing member states' confidence in the African Court's capacity to respect national interests. Without article 34(6) declarations by member states, the regional court's workload diminishes upon which its performance correspondingly deteriorates. Mercifully, by Presidential Order Number 131/01 of September 14, 2018 President Kagame gave clemency to Victoire Ingabire Umuhoza and by his prerogative 'Ingabire became free' albeit at the same time as 2,139 other prisoners all over the country – all beneficiaries of a similar exercise of commutation of sentences or parole[167] although arguably she is 'still a prisoner in a different form'.[168]

166 International Justice Resource Centre 'African Court holds Rwanda violated Victoire Ingabire's freedom of expression' https://ijrcenter.org/2017/12/12/african-court-holds-rwanda-violated-victoire-ingabires-freedom-of-expression/ (accessed 18 August 2018).

167 A Rudatsimburwa 'Victoire Ingabire – when denial is in the DNA' *The New Times* 21 September 2018 https://www.newtimes.co.rw/.../victoire-ingabire-when-denial-dna (accessed 17 November 2018).

168 'How Kagame deceived the world that he freed Victoire Ingabire Umuhoza' *The Rwandan* 17 September 2018 http://www.therwandan.com/how-kagame-deceived-the-world-that-he-freed-victoire-ingabire-umuhoza/ (accessed 17 November 2018).

Inclusive dialogue, freedom of speech in Rwanda and the milestone decision of the African Court in the matter of *Victoire Ingabire Umuhoza v Republic of Rwanda*

*Sylvie Namwase**

ABSTRACT: As the first decision of the African Court on Human and Peoples' Rights on the interpretation of human rights and, specifically, on freedom of speech in a post-genocide context, the case of *Victoire Ingabire Umuhoza v the Republic of Rwanda* (*Ingabire* decision) sets an important judicial precedent and standard for Africa. It is significant for the application of human rights and democratic principles in post-genocide contexts and their relevance for sustainable peace-building processes. This article discusses those aspects of the *Ingabire* decision relating to freedom of speech within the framework of the African Charter and within Rwanda's National dialogue framework. It highlights the tensions between the Court's liberal standard for freedom of expression and the conservative standard underpinned by Rwanda's state-driven approach to dialogue and social cohesion. The article argues that despite the liberal approach to free speech it applied in the *Ingabire* decision, the African Court did not map out a clear standard, which might be based on as a national guide for balancing free speech rights and necessary restrictions on it in post-genocide contexts and contexts of post-ethnic-based violence; further that in the specific case of Rwanda, this omission presents a challenge to an effective, inclusive national dialogue framework and for peace building.

TITRE ET RÉSUMÉ EN FRANCAIS:

Dialogue inclusif, liberté d'expression au Rwanda et décision de la Cour africaine dans l'affaire *Victoire Ingabire Umuhoza c. République du Rwanda*

RÉSUMÉ: En tant que première décision de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples sur l'interprétation des droits de l'homme et, en particulier, sur la liberté d'expression dans le contexte de l'après-génocide, l'affaire *Victoire Ingabire Umuhoza c. République du Rwanda* (décision *Ingabire*) crée un précédent judiciaire et un standard importants pour l'Afrique. Cette décision est importante pour l'application des droits de l'homme et des principes démocratiques dans les contextes post-génocide et leur pertinence pour des processus durables de consolidation de la paix. Cet article traite des aspects de la décision *Ingabire* relatifs à la liberté d'expression dans les cadres de la Charte africaine et du dialogue national rwandais. Il met en exergue les tensions entre le raisonnement libéral de la Cour en matière de liberté d'expression et l'approche conservatrice étayée par la position du Rwanda en matière de dialogue et de cohésion sociale. L'article affirme qu'en dépit de l'approche libérale de la liberté d'expression qu'il a appliquée dans la décision *Ingabire*, la Cour africaine n'a pas défini de norme claire, qui pourrait être basée sur un guide national visant à établir un équilibre entre le droit à la liberté d'expression et les restrictions nécessaires dans les contextes de génocide et de violence post-ethnique. En outre, dans le cas spécifique du Rwanda, cette omission constitue un défi pour un cadre de dialogue national efficace et inclusif et pour la consolidation de la paix.

* LLB (Kampala), LLM (Pretoria), PhD (London); Post-Doctoral Fellow (Copenhagen); syl.nams@yahoo.com

S Namwase 'Inclusive dialogue, freedom of speech in Rwanda and the milestone decision of the African Court in the matter of *Victoire Ingabire Umuhoza v Republic of Rwanda*' (2018) 2 *African Human Rights Yearbook* 487-508
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a20

KEY WORDS: free speech, post-genocide, inclusive dialogue, Ingabire, Rwanda

CONTENT:

1 Introduction 488
2 Freedom of speech and inclusive dialogue in post genocide contexts 489
2.1 Freedom of speech in post-genocide contexts 489
2.2 Restriction on freedom of speech in post-genocide or ethnic-based violence contexts 492
3 In the matter of *Victoire Ingabire v the Government of Rwanda* 494
3.1 Necessity and proportionality of free speech restrictions in post genocide contexts 497
3.2 Political participation and inclusion 499
3.3 Legality and margin of appreciation 500
4 Freedom of speech, homegrown solutions and the national dialogue framework in Rwanda 503
4.1 Inclusive dialogue: *Umushyikirano* and *Umuganda* 504
4.2 Free speech, national dialogue, and exclusion in Rwanda 506
5 Conclusion 507

1 INTRODUCTION

The Rwandan government has faced considerable criticism for its excessive restrictions on and violation of the freedom of speech and expression of its citizens.[1] However, the government often cites abuse of free speech as a catalyst for the genocide of 1994 in which over 800 000 Tutsi and moderate Hutus were killed, to maintain that restricting free speech is necessary in order to deter those who may seek to stoke ethnic tensions and risk another genocide in the country.[2] At the same time, however, under its Constitution the Rwandan government undertakes as one of its fundamental principles the use of dialogue in a constant quest for solutions and consensus on national issues.[3] The government also boasts of Rwandan-based frameworks of dialogue as home-grown solutions towards national healing and social cohesion in its specific post-genocide context.[4] Amidst the local and international criticism and the danger of self-censorship which the Rwandan government itself acknowledges,[5] it is apparent that excessive free speech restriction while pursuing inclusive dialogue

1 Amnesty International 'Justice in jeopardy: the first instance trial of Victoire Ingabire' (2013) https://www.amnestyusa.org/wp-content/uploads/2017/04/afr47 0012013en.pdf (accessed 12 July 2018); J Yakaré-Oulé (Nani) 'Genocide or denying free speech? A case study of the application of Rwanda's genocide denial laws' (2014) 12 *Northwestern Journal of International Human Rights* 191; JM Allen & GH Norris 'Is genocide different? Dealing with hate speech in a post-genocide society' (2011) 7 *Journal of International Law and International Relations* 146.

2 M Faustin 'Preventing genocide by fighting against hate speech' (2016) 4 *International Journal of Advanced Research* 117.

3 Art 10 Constitution of the Republic of Rwanda; The Rwandan Senate 'The constant quest for solutions through dialogue and consensus in Rwanda' (2014) https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/9583/The%20constant% 20quest%20for%20solutions%20through%20dialogue%20and%20consensus%20in%20Rwanda.pdf?sequence=1&isAllowed=y (accessed 12 July 2018).

4 Rwanda Senate (n 3).

5 Rwanda Senate (n 3) 28.

presents contradictions in Rwanda's otherwise progressive and unique context, and a dilemma for the effective deployment of dialogue for social cohesion.

The recent decision of the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court) in the matter of *Victoire Ingabire Umuhoza v Republic of Rwanda*[6] (*Ingabire* decision) reaffirms that even in post-genocide countries such as Rwanda the restriction on freedom of expression remains subject to established checks and balances under the African Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). The decision also advances the liberal application of free speech in political spaces, including a high degree of tolerance for offensive or shocking speech, but offers minimal engagement with the complexity of such an approach in a post-genocide context. As such, the case affords minimal guidance on balancing free speech restrictions and inclusive dialogue in Rwandan or similar contexts.

The article illuminates the absence of clear guiding principles at the national and regional level, on free speech restrictions in post-genocide contexts and the contradictions and challenges this presents for inclusive and participatory dialogue in Rwanda. It does this in five parts. Part 1 is the introduction. Part 2 broadly discusses the link between free speech, political participation and inclusive dialogue and also reflects on the challenges of free speech and free speech restrictions in post-genocide contexts, part 3 discusses the *Ingabire* decision, highlighting its strong and weak points of relevance for inclusive dialogue in post-genocide contexts; and part 4 discusses Rwanda's national dialogue framework and the contradictions and challenges posed by unclear free speech restrictions. The article concludes the discussion in part 5 by calling for more specific guidelines within the framework of the African human rights system, for the application of free speech rights and restrictions in post-genocide contexts and contexts affected by ethnic-based violence in Africa, with the overall objective of facilitating open and inclusive dialogue.

2 FREEDOM OF SPEECH AND INCLUSIVE DIALOGUE IN POST-GENOCIDE CONTEXTS

2.1 Freedom of speech in post-genocide contexts

'Freedom of speech' is used to refer to the international treaty right to hold and express one's opinion,[7] which is recognised in article 19 of the Universal Declaration of Human Rights (Universal Declaration) and

6 Application 3 of 2014, 24 November 2017.

7 Amnesty International 'What is freedom of speech?' (2017) https://www.amnesty. org.uk/free-speech-freedom-expression-human-right (accessed 13 July 2018); E Howie 'Protecting the human right to freedom of expression in international law' (2018) 20 *International Journal of Speech-Language Pathology* 2.

articulated similarly but more extensively in article 19 of ICCPR in the following terms:

1 Everyone shall have the right to hold opinions without interference.

2 Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.

In the African Charter it is articulated in article 9 in the following terms:

1 Every individual shall have the right to receive information.

2 Every individual shall have the right to express and disseminate his opinions within the law.

The United Nations (UN) Human Rights Committee (Human Rights Committee) has noted that freedom of expression is indispensable to the full development of an individual and of society and constitutes a foundation stone for every free and democratic society.[8] The Committee further links the centrality of freedom of speech to the realisation of transparency, accountability and the promotion of human rights.[9] The African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) makes similar observations, noting its preambular conviction that respect for freedom of expression can lead to good governance and can strengthen democracy.[10] As Howie notes and as the Human Rights Committee emphasises, freedom of speech protects all forms of communication, including political discourse and commentary on public affairs.[11] Wierzynska argues that post-conflict states can insure against a reversion to violence by ensuring civic engagement in political and public affairs.[12] She argues that a civic culture which internalises democratic practices and includes political participation and public contestation is essential for channelling discord through peaceful processes.[13] Thus, just as free speech is essential for building democratic societies, it is central to building inclusive and tolerant societies and is at the core of initiatives aimed at dialogue in divided and post-conflict societies. Petäjä[14] observes that healthy democracies are not created where citizens are locked in 'echo chambers' and only interacting with comfortable and familiar views, but rather when they are presented with a variety of opposing views, including 'dangerous' and 'deviant' ones.[15] He argues that in this way and in such societies, communication processes might be considered

8 UN Human Rights Committee 'General Comment 34, Freedoms of opinion and expression' (2011) UN Doc CCPR/ C/GC/34 para 2, http://www2.ohchr.org/english/ bodies/hrc/docs/gc34.pdf

9 As above.

10 Resolution on the Adoption of the Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa (2002) ACHPR /Res.62(XXXII)02.

11 Howie (n 7).

12 A Wierzynska 'Consolidating democracy through transitional justice: Rwanda's gacaca courts' (2004) 79 *New York University Law Review* 1934.

13 As above.

14 U Petäjä 'What is the value of freedom of speech?' in A Kierulf & H Ronning (eds) *Freedom of speech abridged? Cultural, legal and philosophical challenges* (2009).

15 Petäjä (n 14) 31 & 32.

'reliable' as they are grounded in an environment rich in diverse perspectives and ideas.[16] In turn, regular interaction with opposing ideas eventually contributes to creating a more tolerant society.[17]

Following the genocide in Rwanda in 1994, where approximately 800 000 people were killed pursuant to Hutu ethnic extremist ideology,[18] the country promulgated a new Constitution in a post-conflict context, in which the principle of dialogue was embedded as a framework for conflict resolution and nation building. There is no standard international definition for a dialogue and there are open questions and ambiguities regarding the concept of a national dialogue.[19] However, a working definition developed for practitioners is that national dialogues are nationally-owned political processes the aim of which is to generate consensus among a broad range of stakeholders during deep political crises, in post-war situations, or in contexts of far-reaching political transitions.[20] The objectives of national dialogues vary depending on their contexts. They may address short-term objectives, or broader-based change processes which may require rebuilding new political systems or framing new social contracts. In the short-term framework, dialogues usually are mechanisms for crisis management or prevention, while in the longer term framework, they may seek to redefine state-societal relations and are more likely to involve a wide range of society and on a large-scale basis, with a view to generating widespread support from the target society.[21] Murray also notes that dialogues may not always be designed to decide matters, as in some cases they may be merely to serve the purpose of catharsis, recognition and relationship building, among others.[22]

In line with the foregoing discussion on freedom of speech, there is some hypothesis that successful national dialogues are those which uphold the principles of inclusion; transparency; public participation; a far-reaching agenda; a credible convener; appropriate and clear rules of procedure; and an implementation plan.[23] All these conditions would thrive in an environment that allows for a liberal application of freedom of speech. However, as in the case of Rwanda and some post-genocide or ethnic-based violence contexts, freedom of speech often is restricted to avoid a return to violence through hate speech. It is here that the challenge for inclusive dialogue through free speech lies.

16 As above.

17 Petäjä (n 14) 28.

18 'Rwanda genocide: 100 days of slaughter' BBC 7 April 2018, http://www.bbc.com/news/world-africa-26875506 (accessed 12 July 2018).

19 Berghof Foundation Operations *National dialogue handbook: a guide for practitioners* (2017) 18.

20 Berghof Foundation Operations (n 19) 21.

21 Berghof Foundation Operations (n 19) 21-22.

22 C Murray 'National dialogue and constitution-making. National dialogue handbook Background paper 2. Berlin: Berghof Foundation' 2017, www.berghof-foundation.org/publications/national-dialogue-handbook (accessed 11 July 2018).

23 S Stigant & E Murray 'National dialogues: a tool for conflict transformation?' (2015) *United States Institute for Peace* 1.

Moreover, there is also the recognised danger that national dialogues can be appropriated by leaders to consolidate their power and reinforce the *status quo*.[24] As such, it is necessary to understand the restrictions on free speech in post-genocide or ethnic-based violence contexts and how these might enhance or subvert the objectives of inclusive dialogue.

2.2 Restriction on freedom of speech in post-genocide or ethnic-based violence contexts

There is considerable consensus among some scholars that the application of freedom of speech in post-genocide or ethnic-based violence contexts must be different from its application in countries that have never experienced these atrocities. Thus, Palmer decries attempts to apply the very liberal American standards of free speech in post-conflict Kosovo while the country was still facing the challenge of ethnically-based hate speech.[25] He specifically notes that the American model, with little to no hate speech regulation, may be better suited for a robust democracy as opposed to the more fragile post-conflict democracies.[26] Palmer compares the American model, of which the jurisprudence reveals the dividing line between protected and regulable speech as the line between advocacy and incitement to imminent lawless action, and the German model which 'remains dictated by whether the speech represents a potential threat to the values of mutual respect and equality espoused in the Basic Law'.[27] Palmer observes that the German model uses equality and dignity as the organising principles for free speech regulation in an evolving post-genocide context, to deter intolerant groups and to ensure inclusive participation in German democracy.[28] On the contrary, the American model of freedom of speech, which emphasises individual autonomy and non-government interference, and the open debating of ideas in the search for truth in the free market place of ideas, is based on a unique set of historical circumstances in America.[29]

Allen and Norris maintain the same line of argument, pointing out that the more liberal United States approach on restricting free speech is based on how to avoid future possible harm rather than on a reaction to previous genocide experiences. [30] In comparing the United States to Rwanda which still faces the remnants of the genocide's legacies, they argue that attempting a liberal approach such as that in the United States might in fact threaten Rwanda's fragile peace, especially

24 As above.

25 LR Palmer 'A very clear and present danger: hate speech, media reform, and post-conflict democratization in Kosovo' (2001) *Yale Journal of International Law* 179 180.

26 Palmer (n 25) 182.

27 Palmer (n 25) 196-197.

28 As above.

29 As above.

30 Allen & Norris (n 1) 159.

considering the alleged continued existence of militant groups which deny that the genocide ever happened there.[31]

However, even while recognising that countries dealing with post-genocide contexts or ethnic-based violence may have legitimate fears and concerns about identifying and containing the abuse of free speech, Allen and Norris note that in some cases governments may be overzealous in their restrictions, and even wonder whether countries dealing with the aftermath of genocide should have greater latitude to restrict speech and, if so, what considerations they should take into account. In particular, they explore the paradox of expecting a nation struggling to establish the rule of law after conflict, to provide effective checks on the potential misuse of speech restrictions.[32] This threat of excesses occurs especially when such states seek to criminalise legitimate government criticism as a threat to national stability.[33]

As a remedy, Allen and Norris propose that Rwanda take a case-based approach to evaluate the threat posed by an alleged abuse of free speech through hate speech. In this way, the determination of a free speech violation would depend on the context in which the allegedly harmful use of speech occurred. They suggest that such a case law standard could seek to protect the free speech only to the extent that its attack on personal dignity does not pose a greater danger to public peace.[34] They reason that over time, Rwandan courts can adjust the weight of each element in the case law standard to account for a decreased risk of a return to violence due to free expression. However, they also acknowledge that to effectively implement the case law standard, the judicial arm of government must be strong and independent, a factor still lacking in the Rwandan context. This is especially the case considering that Rwanda's judiciary has reportedly previously played a key role in allowing the application of vaguely-worded laws on genocide ideology, to suppress criticism against the government.[35]

It is also important to note that the case law-based approach offers little in the way of foreseeability of liability for purported abuse of free speech in a post-genocide context. Moreover, while there are established international and regional treaty standards for restrictions on free speech as will be discussed below, the principles of subsidiarity and margin of appreciation, particularly in post-genocide contexts, mean that concerns over balancing free speech rights and lawful restrictions in these contexts remain. In the particular case of Rwanda, the concern extends to the effectiveness of its progressive continuous dialogue initiative. This dilemma is further explored in the ensuing discussion of the decision of the African Court in the matter of *Victoire Ingabire*.

31 Allen & Norris (n 1) 178.
32 Allen & Norris (n 1) 148.
33 Allen & Norris (n 1) 154.
34 Allen & Norris (n 1) 172.
35 Allen & Norris (n 1) 173.

3 *VICTOIRE INGABIRE V THE GOVERNMENT OF RWANDA*

The African Court's decision in the matter of *Victoire Ingabire v Republic of Rwanda* was based on a 2014 application against the government of Rwanda in connection with Ingabire's arrest, detention and trial, which she alleged were done in violation of her freedom of speech and right to a fair trial. In 2012 the High Court of Rwanda convicted the applicant on the charge of revisionism of genocide based on article 4 of Law 33 of 2003 punishing the crimes of genocide ideology, crimes against humanity and war crimes, as well as the crime of treason to threaten state security and the Constitution under the 1977 Penal Code. She was sentenced to nine years' imprisonment. In 2013 the Supreme Court upheld her conviction on appeal. Citing the existence of concurrent crimes, the Court imposed a punishment of 15 years' imprisonment based on Law 84 of 2013 on the repression of the ideology of the crime of genocide and the 2012 Penal Code for the crime of minimising genocide and crimes of conspiracy and threatening state security.[36] Both the latter laws had replaced Law 33 of 2003 and the 1977 Penal Code respectively.[37]

The main allegations of the applicant's criminal conduct and her counter-claim of free speech violations by the state related to certain public remarks she made on two separate occasions. One set of remarks concerned demands for the memorialisation of Hutus who the applicant alleged had also suffered atrocities during the 1994 genocide in Rwanda but who had never been memorialised. The second set of remarks were criticisms of sectarianism against the regime including against the President of the Republic of Rwanda and the Rwandan judiciary.[38] In relation to the genocide, the applicant while at the Kigali Genocide Memorial allegedly stated in Kinyarwanda:[39]

> If we look at this memorial, it only refers to the people who died during the genocide against the Tutsis. There is another untold story with regard to the crimes against humanity committed against the Hutus. The Hutus who lost their loved ones are also suffering; they think about the loved ones who perished and are wondering 'When will our dead ones also be remembered?'

A different account in the judgment of the Supreme Court, however, alleges that the applicant in fact propounded a theory of double genocide in a version of the remarks which states:[40]

> For instance, this memory has been dedicated to people who were killed during the genocide against the Tutsi, however, there is another side of genocide: the one committed against the Hutu. They have also suffered they lost their relatives and they are also asking, 'When is our time?

36 Application 3 of 2014 (n 6) para 32.
37 Application 3 of 2014 (n 6) para 112.
38 Application 3 of 2014 (n 6) para 151.
39 As above.
40 Application 3 of 2014 (n 6) para 154.

In respect of the second set of remarks made in criticism of the government, the judiciary and public officials, the applicant allegedly stated that

> political power is 'dominated by a small clique' that has 'a secret parallel power structure around President Kagame, DMI [Directorate of Military lntelligence], the local defence force ... the judiciary and the executive branches of the government'.

The applicant allegedly further stated that she was ready to fight against

> the yoke [of fear], poverty, hunger, tyranny, servitudes, corruption, unfair gacaca court system, repression, prison term for works of general interests (TlG), reasons that lead people to flee the country, inequality, expropriation, homelessness, lack of self-esteem and killing through torture.[41]

Article 5 of Law 84 of 2013 on the Crime of Genocide Ideology and related offences defines the offence of negation of genocide as

> Any deliberate act, committed in public aiming at:
>
> (1) stating or explaining that genocide is not genocide;
>
> (2) deliberately misconstruing the facts about genocide for the purpose of misleading the public;
>
> (3) supporting a double genocide theory for Rwanda;
>
> (4) stating or explaining that genocide committed against the Tutsi was not planned.

Article 6 of the same Law criminalises the minimisation of genocide as any deliberate act committed in public, aimed at downplaying the gravity or consequences of genocide and downplaying the methods through which the genocide was committed.

The 2012 Penal Code[42] mentions the same offence in the following terms in article 116:

> Any person who publicly shows, by his/her words, writings, images, or by any other means, that he or she negates the genocide against the Tutsi, rudely minimises it or attempts to justify or approve its grounds, or any person who hides or destroys its evidence shall be liable to a term of imprisonment of more than five (5) years to nine (9) years.

In relation to the second set of remarks, the 2012 Penal Code criminalises 'incitement of insurrection or trouble amongst the population' in the following terms in article 463:

> Any person who, by speeches held in meetings or public places, or writings, images or emblems, any posters, sold or on sale or displayed to the public, knowingly spreads rumours, excites the population against established government, or incites or attempts to incite citizens against each other or attempts to alarm the population with intention to cause trouble on the national territory of the Republic of Rwanda, shall be liable to a term of imprisonment of ten (10) years to fifteen (15) years.

On 3 October 2014 the applicant seized the African Court with the matter, praying for orders among others that the foregoing provisions of the Penal Code Act and Law 18 of 2013 on the crime of genocide ideology be repealed with retroactive effect. She alleged a violation of, among other rights, her freedom of opinion and expression under articles 18 and 19 of the Universal Declaration, article 19 of ICCPR and article 9 of the African Charter. She also alleged a violation of her fair trial rights, the principle of legality in article 11 of the Universal

41 Application 3 of 2014 (n 6) para 160.

42 Organic Law 1 of 2012, http://itegeko.com/en/codes-lois/organic-law-n-01201 20l-of-02052012-instituting-the-penal-code/ (accessed 13 July 2018).

Declaration, article 15 of ICCPR and article 7 of the African Charter.[43] In particular, the applicant contended that her remarks related to power management, resource sharing and the administration of justice as well as the history of the country, and that they were protected under Rwanda's Constitution and international law as part of free speech.[44] She also argued that the laws criminalising genocide negation were vague and unclear and did not meet the requirement of necessity for restricting individual freedoms.[45]

The applicant specifically stated in a letter to the African Court read during the proceedings as follows: [46]

> We are not against a law to punish those who minimise the genocide committed against Tutsis in Rwanda, as is the case for other genocides committed elsewhere. But we demand solid benchmarks to avoid any amalgamation and the use of such a law for political purposes- Thus, we demand that such a law clearly show the border between the legitimate freedom of opinion and the actual crime of minimisation of genocide.

It should be noted that on 3 March 2016 the Rwandan government withdrew its declaration under article 34(6) 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), thereby barring the filing of individual complaints by its citizens to the African Court. However, the Court later ruled that Rwanda's withdrawal had no effect on Ingabire's application and that it had jurisdiction to continue hearing the case.[47]

The Court found that the respondent state had violated article 9(2) of the African Charter and article 19 of ICCPR in respect of the applicant's freedom of speech and opinion.[48] It ordered the respondent state to take all necessary measures to restore the applicant's rights and submit a report of such measures to the Court within a period of six months.[49] However, in relation to the prayer to repeal the impugned laws and to annul the national courts' decisions, the African Court reiterated that it was not an appellate court and, as such, could not grant these orders.[50] It also declined to grant the applicant's prayer for release, as its powers to do so were limited to exceptional and compelling circumstances, which the applicant had not demonstrated. However, it noted that this did not preclude the respondent state from taking the measure on its own initiative.[51] As neither the state nor the petitioner had made claims for reparations, the court deferred such a determination.[52]

43 Application 3 of 2014 (n 6) para 77.
44 Application 3 of 2014 (n 6) para 120.
45 Application 3 of 2014 (n 6) para 121.
46 Application 003 of 2014 (n 6) para 123.
47 Application 3 of 2014 (n 6) para 45.
48 Application 3 of 2014 (n 6) para 173.
49 As above.
50 Application 3 of 2014 (n 6) para 167.
51 Application 3 of 2014 (n 6) paras 168 & 169.
52 Application 3 of 2014 (n 6) para 173.

While some have observed that the African Court did not grant any of the specific prayers in the application,[53] it cannot be said that the decision was a total loss for the applicant or indeed for human rights and peace building on the continent. Such a statement would obscure some of the critical declarations made by the Court regarding the extent, relevance and limits on free speech in post-genocide Rwanda. However, as indicated earlier, although the Court affirms some key principles of free speech, tolerance and participation, which are relevant for fostering inclusive dialogue in post-genocide contexts, it avoids a systematic and extensive engagement on defining, determining and guiding the limitations of free speech in such contexts. The next subsection discusses these progressive aspects of the decision, and points to some legal obscurities and omissions to argue that these sustain a legal vacuum which can be exploited to serve political exclusion in the guise of lawful restriction on free speech rights in post-genocide contexts.

3.1 Necessity and proportionality of free speech restrictions in post-genocide contexts

One of the strong points in the *Ingabire* decision is the African Court's emphasis that even in post-genocide contexts, limitations on free speech rights must only be such as are strictly necessary in a democratic society and proportional to legitimate purposes for the restriction.[54] While these assertions have previously been made by academic and human rights organisations, the *Ingabire* decision stands as the first legal proclamation on the issue by the African Court, which sets a significant precedent. The Court's assertion upholds the international standards for limitations on free speech under the African Charter and ICCPR. ICCPR provides the basis for the limitation of free speech rights in the following terms in article 19(3):

> (a) for respect of the rights or reputations of others;
>
> (b) for the protection of national security or of public order (*ordre public*), or of public health or morals.

Article 27(2) of the African Charter, which contains the general limitation clause on rights, including free speech rights, restricts the right in the following terms: 'The rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest.'

These limitations are further enumerated in General Comment 34 by the Human Rights Committee and the Resolution of the African Commission on Human and Peoples' Rights on the Adoption of the Declaration of Principles of Freedom of Expression in Africa (Principles on Freedom of Expression in Africa). The Human Rights Committee

53 GN Ruhumuliza 'Victoire Ingabire loss at the African Court: the untold dismantling of African cronies' 13 June 2018, http://www.newtimes.co.rw/opinions/victoire-ingabire-loss-african-court-untold-dismantling-african-cronies (accessed 20 July 2018).

54 Application 3 of 2014 (n 6) para 142.

explains in General Comment 34 that the limitation on free speech rights must not jeopardise the right itself and that it must meet the strict tests of necessity and proportionality.[55] Restrictions must be necessary for a legitimate purpose and must not be overbroad under the proportionality test, but rather, they must be proportionate to the interest to be protected.[56] They must also take account of the form of expression in issue as well as the means of its dissemination. Thus, freedom for uninhibited expression during public debate and speech concerning public figures is particularly high.[57] General Comment 34 further clarifies that limitations of free speech rights must never be invoked as a justification to muzzle advocacy for tenets of democracy and human rights;[58] further that all public figures, including those in the highest political offices such as head of state, are 'legitimately subject to criticism and political opposition'.[59] The Principles on Freedom of Expression in Africa also maintain the requirement for legitimate and necessary interests on free speech restrictions in a democratic society.[60] Principle XII requires public figures to tolerate a greater degree of criticism and that no one is to be found liable for opinions or statements about public figures, which it was reasonable to make in the circumstances.[61] On national security, the principles provide that restriction must demonstrate a real risk of harm to a legitimate interest and a close causal link between the risk of harm and the expression of free speech rights.[62]

Although the African Court in *Ingabire* did not make specific reference to General Comment 34 and the Principles on Freedom of Expression in Africa, it did apply the standards in those instruments, particularly to the second set of remarks made by the applicant, to conclude that the restriction on her free speech rights did not meet the necessity and proportionality tests.[63]

With reference to the post-genocide context, the Court acknowledged that as Rwanda had to deal with an atrocious history of genocide, it was warranted that the Rwandan government take measures to promote social cohesion and enact laws on the minimisation or negation of genocide.[64] However, it noted that such laws could not be applied at any cost to the rights and freedoms of individuals in disregard of international human rights standards.[65] For instance, while the African Court acknowledged that in post-genocide contexts, statements that deny or minimise genocide are not legitimate

55 UN Human Rights Committee (n 8) paras 21-22.
56 UN Human Rights Committee (n 8) paras 33-35.
57 As above.
58 UN Human Rights Committee (n 8) para 23.
59 UN Human Rights Committee (n 8) para 38.
60 Declaration of Principles (n 10) Principle II.
61 As above.
62 Declaration of Principles (n 10) Principle XIII.
63 Application 3 of 2014 (n 6) paras 142, 143 & 144.
64 Application 3 of 2014 (n 6) para 147.
65 Application 3 of 2014 (n 6) para 148.

exercises of free speech and should be prohibited by law,[66] it also upheld the principle of the presumption of innocence by choosing the version of remarks which exonerated the applicant, and finding that the applicant's reference to the Hutu being victims of 'crimes against humanity and war crimes' did not amount to a negation of genocide and, as such, was a legitimate exercise of free speech.[67]

However, the Court did not demonstrate the application of the necessity and proportionality test on this question. It would have been interesting to assess further whether the applicant's statements about the Hutu being victims of crimes against humanity and war crimes could be described as criminal offences under Law 84 of 2013 and the 2012 Penal Code as a minimisation of genocide and, as such, whether this criminalisation would meet the requirement of a restriction on free speech that is necessary and proportionate in a democratic society. This discussion by the Court would also have been beneficial in testing the limits of 'uninhibited' and, therefore, open and inclusive public debate on questions regarding the facts of the genocide in Rwanda.

3.2 Political participation and inclusion

The African Court's progressive application of international free speech standards is more evident with respect to the second set of remarks made in criticism of the government. The remarks in issue alleged among others that political power in Rwanda was dominated by a small clique which had a secret parallel power structure around President Kagame, the Directorate of Military Intelligence, the judiciary and other executive branches of government.[68] The African Court specifically stated in respect to these remarks:[69]

> The Court notes that some of these remarks may be offensive and could have the potential to discredit the integrity of public officials and institutions of the state in the eyes of citizens. However, these statements are of the kind that is expected in a democratic society and should thus be tolerated, especially when they originate from a public figure as the applicant is. By virtue of their nature and positions, government institutions and public officials cannot be immune from criticisms, however offensive they are; and a high degree of tolerance is expected when such criticisms are made against them by opposition political figures. An examination of these statements cannot reasonably be considered as capable of 'inciting strife', creating 'divisions among people' or 'threatening the security of the state'. In fact, even though these statements were made at different times before the applicant was jailed for the same, there is no evidence showing that the statements caused strife, public outrage or any other particular threat to the security of the state or public order.

The foregoing assertions by the Court reflect the guidelines in General Comment 34 and the Principals on Free Speech for Africa, which clarify that the exercise of free speech in political debate or criticism and opinion on public and political figures ought to be uninhibited and that

66 Application 3 of 2014 (n 6) para 158.
67 Application 3 of 2014 (n 6) para 159.
68 Application 3 of 2014 (n 6) para 159.
69 Application 3 of 2014 (n 6) para 161.

such figures ought to expect public criticism and maintain a high degree of tolerance for it.[70]

Although the African Court did not enunciate political participation as an independent legal issue and as an aspect of free speech, the Court's reference to the applicant as a public figure and as a member of the political opposition from whom public and political criticism ought to be expected, underscores the relevance of political participation and free political speech and echoes the principles of diversity and inclusion which are also enunciated by the Principals on Freedom of Speech in Africa in the following terms:[71]

> Freedom of expression imposes an obligation on the authorities to take positive measures to promote diversity, which include among other things –
>
> ... availability and promotion of a range of information and ideas to the public.

As discussed in part 2, a liberal approach to free speech is essential to foster political participation and inclusive dialogue in post-genocide contexts, which would ultimately help to build social cohesion and tolerance. The African Court's liberal interpretation of freedom of speech in relation to the applicant's political criticism of governance structures in her country was a fundamental contribution to the question of inclusive dialogue in post-genocide contexts and in Rwanda.

However, the Court neglected to apply its liberal approach on the specific question of permitting offensive speech as free speech in a post-genocide context. It might have been insightful if the Court had made specific reference to General Comment 34 which protects free speech, including offensive speech, and negates the restriction on free speech when it is being used to further the interests of human rights and democratic principles, as seemed apparent from the applicant's remarks. This would then have warranted the Court to pronounce itself on the delicate balance critical in post-genocide contexts, between offensive speech as free speech and offensive speech as hate speech.

It should further be noted that while some of the foregoing progressive aspects of the *Ingabire* decision are to be applauded, the African Court did not apply a systematic evaluation of two specific principles, namely, legality and margin of appreciation, which are critical to the justification of free speech restrictions in post-genocide contexts, as discussed below.

3.3 Legality and margin of appreciation

The doctrine of margin of appreciation is based on the recognition within international legal systems that states are better placed to adopt national rules, policies and guidelines to meet the unique needs of their societies, in line with those countries' economic and political

70 UN Human Rights Committee (n 8) paras 33, 35 & 38; Declaration of Principles (n 10) Principle XII.

71 Declaration of Principles (n 10) Principle III.

circumstances.[72] The margin of appreciation is informed by the principle of subsidiarity on which international and regional human rights systems are grounded, on the basis that regional or international supervisory mechanisms cannot substitute themselves for the domestic procedures or mechanisms of respondent states which are already striving to implement treaty or charter rights.[73] The emphasis of both principles, therefore, is that the primary competence to promote and protect human rights within domestic contexts lies with states.[74]

However, the doctrines do not oust the mandate of regional mechanisms to monitor, assist, guide, supervise and oversee the implementation of international treaty or charter provisions and to insist on better protection standards within the domestic contexts of ratifying states, should such standards be found wanting. As such, the African Commission has rejected a restrictive interpretation of both the margin of appreciation and the principle of subsidiarity which would require a hands-off approach from African regional treaty mechanisms.[75]

In the *Ingabire* decision, however, the African Court did not make a systematic evaluation and application of the margin of appreciation principle, even though it was used by both parties to argue their case.[76] Among the applicant's arguments was that the offences with which she had been charged, namely, the minimising of genocide and spreading of rumours to undermine the authority of an established government, were vague and unclear. In deciding the issue, the Court stated:[77]

> ln the instant case, regarding the applicant's assertion that the laws relating to the minimisation of genocide [are] vague and unclear, the Court notes that some provisions of the aforementioned laws of the respondent state are couched in broad and general terms and may be subject to various interpretations.
>
> Nonetheless, the nature of the offences that these laws seek to criminalise, is admittedly difficult to specify with precision. ln addition, considering the margin of appreciation that the respondent state enjoys in defining and prohibiting some criminal acts in its domestic legislation, the Court is of the view that the impugned laws provide adequate notice for individuals to foresee and adapt their behaviour to the rules. The Court therefore holds that the said laws satisfy the requirement of 'the law' as stipulated under article 9(2) of the Charter.'

A critical reading of the reasoning in the foregoing statement demonstrates that the African Court avoided an examination of the requirements of legality and foreseeability of criminal laws, a fundamental requirement for fair trial rights and free speech restriction. It in fact appears as if the Court used the margin of appreciation doctrine to justify the vagueness of laws in post-genocide contexts. While the applicant's argument regarding the vagueness of laws was made under a claim for free speech rather than for fair trial rights, and the principle of legality was discussed in relation to non-retroactivity and not to the specificity of law, it is submitted that the

72 *Prince v South Africa* (2004) AHRLR 105 (ACHPR 2004) para 51.
73 *Prince* (n 72) para 50.
74 *Prince* (n 72) para 52.
75 *Prince* (n 72) para 53.
76 *Prince* (n 72) paras 124-127.
77 Application 3 of 2014 (n 6) paras 136-138.

African Court had the discretion under articles 3 and 27 of the African Court Protocol to identify the claim of vagueness of laws as an independent legality and fair trial rights issue, in addition to being a violation of free speech. Article 3 of the Protocol extends the Court's jurisdiction to all disputes and cases submitted to it concerning interpretation and application of the Charter and any other relevant human rights instrument ratified by the states concerned, while article 27 mandates the Court to make appropriate orders to remedy a violation where it finds one. It is submitted that these provisions read together with the objective to enhance the promotion of rights under the African Court Protocol provide the basis for the African Court's discretion to identify and amplify critical rights violations which may have been obscured in an application before it.

The applicant's claim regarding the vagueness of genocide minimisation laws and charges on 'spreading rumours to discredit the government' ought to have been approached as violation in its own right. This approach would have warranted a closer examination of the laws in question and a scrutiny of whether they meet international human rights standards of legality and free speech restriction. It would for instance have forced a discussion about the ambiguity of the offence of 'spreading rumours to undermine the government', for which the applicant was convicted following her political remarks, and the contradiction this presents for the Court's liberal application of free speech in political debate, including a high tolerance for offensive speech. It would also have invited an examination of whether the applicant's statements alleging that the Hutu suffered crimes against humanity was genocide minimisation per the Penal Code and Law 84 of 3013 and which warranted her conviction by the High Court. However, the Court appears to have privileged the margin of appreciation doctrine at the expense of such a critical evaluation, thereby giving too much leeway to the respondent state on what amounts to 'law' under freedom of speech restrictions in domestic contexts.

While it has been argued that states enjoy a narrow margin of appreciation where there is substantial consensus among member states on an issue and a wider one where there is none, it has also been argued that the margin is narrower for states that are considered undemocratic or weak democracies.[78] As observed from the above discussion regarding free speech limitations in post-genocide countries, it is understood that the particularity of each context negates the possibility of consensus on the nature and extent of free speech restrictions in post-genocide contexts and as such offers a wide margin of appreciation to each post-genocide state. However, it is submitted that the supervisory role of regional and international human rights institutions remains and ought not to be disregarded, particularly for countries, including Rwanda, that are still ranked low on global human

78 H Rubasha 'Accommodating diversity: is the doctrine of margin of appreciation as applied in the European Court of Human Rights relevant in the African human rights system?' unpublished LLM thesis, University of Pretoria, 2006.

rights and democracy indexes, and which still face ethnic-based violence and tensions.[79]

Thus, the *Ingabire* decision was a missed opportunity for the African Court to offer some comprehensive judicial guidance on critical aspects of limiting free speech in a post-genocide context and in the specific case of Rwanda, where previous criticisms have been scholarly and couched as mere academic recommendations. While the Court did emphasise the continuing application of international human rights standards and even promoted a liberal and inclusive approach to political debate, its obscuring of legality requirements and uncritical application of the margin of appreciation doctrine undermines the contributions of the decision. The positive aspects, however, do hold relevance for Rwanda's national dialogue framework, especially as they pertain to inclusion, diversity and tolerance of opposing political views, among others. On the downside, the Rwandan government's approach to its national dialogue framework using 'home-grown solutions', while supported by the margin of appreciation doctrine, without the scrutiny of international and regional human rights standards and legality requirements, is open to political exclusion, as further discussed below.

4 FREEDOM OF SPEECH, HOME-GROWN SOLUTIONS AND THE NATIONAL DIALOGUE FRAMEWORK IN RWANDA

The missed opportunity in *Ingabire* and the enduring obscurity surrounding legality and foreseeability of free speech restrictions in post-genocide contexts, coupled with a wide margin of appreciation, plays out in Rwanda's national dialogue process, making the dialogue framework prone to excesses and exclusion.

The Rwandan Constitution guarantees the right to freedom of expression in article 33 as follows:

> Freedom of thought, opinion, conscience, religion, worship and the public manifestation thereof is guaranteed by the state in accordance with conditions determined by law.
>
> Propagation of ethnic, regional, racial or discrimination or any other form of division is punishable by law.

Rwanda also ratified the African Charter in 1983 and acceded to ICCPR in 1975[80] which, as discussed above, provide regional and international standards for the protection of freedom of speech and expression. This recognition of free speech rights is a foundation which can facilitate the implementation of article 9 of the Rwandan Constitution, containing fundamental principles that include, among others, the promotion of national unity; fostering the rule of law and a pluralistic democratic

79 Freedom House rankings; Freedom in the World 2018, https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/rwanda (accessed 12 July 2018).

80 www.achpr.org/states/; https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal /Treaty.aspx (accessed 12 July 2018.

government; and, most critically, the constant quest for solutions through dialogue and consensus.

The Rwandan government has adopted a home-grown solutions approach to resolving national issues and has extended this approach to the critical area of national dialogue and building social cohesion after the genocide.[81] This approach was the basis for the gacaca courts which offer a form of traditional justice and were instrumental in absorbing cases from an overburdened formal justice system after the genocide. Other traditional solutions include the dialogue frameworks of *Umushyikirano* and *Umuganda*.[82] These frameworks avail a lens through which the concept of national dialogue in Rwanda is implemented at the level of the presidency and at the lowest intercommunal level respectively. As indicated earlier, while these frameworks incorporate some principles of freedom of speech, there are aspects of their implementation which deviate from the free speech standards recognised under Rwanda's Constitution and its treaty obligations, but which are then justified under the banner of 'home-grown solutions'. This has implications for the effectiveness of these dialogue frameworks in meeting their intended objective to build inclusive and cohesive societies.

4.1 Inclusive dialogue: *Umushyikirano* and *Umuganda*

The Rwandan government has emphasised social cohesion and trust between citizens and the state and between individuals through strengthened linkages within communities and between them and the state.[83] The government seeks to achieve this objective through a comprehensive policy framework of dialogue and consensus using the country's traditional cultures, which are adapted to its contemporary governance structures.[84] Rwanda's national dialogue framework is unique and progressive for sustainable peace building because it is a 'continuous dialogue' as opposed to dialogue after or during violent conflict.

Under the constant quest for solutions principle, the Rwandan Constitution established a National *Umushyikirano* Council, which once a year brings together the President of Rwanda and citizens' representatives to debate national issues and to promote national unity.[85] This event is also referred to as the National Dialogue Summit. It is chaired by the President and involves the participation of members of cabinet, parliament, local government and others to debate issues of national unity and governance. The debate is broadcast live on television and radio, allowing citizens to participate with questions and

81 The Senate (n 3) above.
82 As above.
83 The Senate (n 3) 21.
84 As above.
85 Art 140 Constitution of Rwanda (n 3).

comments by telephone on a toll-free number.[86] According to some insights offered by a member of a key policy think-tank, in Rwanda the agenda for the *Umushyikirano* is set by the Prime Minister's office, which invites participants, including those from civil society, on the basis of 'relevance'.[87] The government determines what is relevant depending on what it deems 'necessary'.[88] The *Umushyikirano* results in resolutions that are referred to responsible Ministries for follow up and may eventually become law.[89] Thus, this platform is critical for inclusive citizen participation and a way to influence national laws and policies.

By contrast, *Umuganda*, yet another recognised mechanism for consensus building and dialogue under Rwanda's constitutional framework, occurs at the community as opposed to the presidential level. It is a form of unpaid community work, which was introduced in 1998 as part of the efforts to rebuild the country after the genocide in 1994.[90] The programme is institutionalised under Organic Law 53/2007 which governs community work and under Prime Ministerial Order 58/03 which defines the organisation, and functioning of the community work, defines the supervising committees and their relations with other relevant organs, among other things.[91] *Umuganda* takes place every last Saturday of the month and lasts for three hours. Rwandan citizens between the ages of 18 and 65 years are obliged by law to take part in *Umuganda* and those who default may be fined.[92] While the main organising principle under *Umuganda* is communal labour, it also offers a platform for citizens to discuss issues arising within their communities and to raise concerns with their leaders.[93] These issues for discussion at *Umuganda* are identified at the level of the *Mudugudu*, a set of approximately 20 to 30 homes, and agreed upon with the village head.[94] However, the village head also receives an agenda from the district level before the *Umuganda*.[95] At the end of each discussion there may also be a conflict resolution space opened up for any conflict in the community.[96]

86 The Senate (n 3) 26; interview held on 17 January 2018 in Kigali, Rwanda (details on file with author).

87 Interview (n 86).

88 As above.

89 As above.

90 *Umuganda* http://www.rwandapedia.rw/explore/umuganda (accessed 12 July 2018).

91 Prime Ministerial Order 58/03 of 24 August 2009, http://www.primature.gov.rw/fileadmin/user_upload/documents/Official%20Gazettes/2009%20Official%20Gazettes/Official_Gazette_no_46_of_16.11.2009.pdf (accessed 13 July 2018).

92 *Umuganda* (n 90).

93 As above: Also see The Senate (n 3) 21.

94 Interview (n 86).

95 Interview with member of civil society organisation, 19 January 2018 (details on file with author).

96 As above.

4.2 Free speech, national dialogue, and exclusion in Rwanda

While both the foregoing initiatives indicate exemplary and progressive platforms for dialogue, the main challenge of state-sanctioned free speech censorship remains pervasive and undermines the potential of these initiatives to achieve Rwanda's goal of social cohesion. The lack of clear legal standards for censorship and exclusion is rooted in a strong state oversight role in the national dialogue process, which is justified under the banner of preventing divisiveness and hate speech which fuelled the 1994 genocide in Rwanda. In the absence of clear pronouncements in the *Ingabire* decision on questions of legality and margin of appreciation in post genocide contexts, no ready international or regional guidelines exist to ensure that Rwanda's progressive approach towards a continuous national dialogue is not hindered by excessive free speech restrictions.

The Rwandan government has itself acknowledged the threat of self-censorship within its national dialogue framework.[97] Moreover, despite the objective to build social cohesion, a 2014 survey by the government revealed that some citizens still expressed fears of a resurgence of ethnic-based violence with some indicating as the basis for such fears poor relations between the Tutsi and the Hutu and between the Twa and the rest of the population.[98] The problem of censorship in the national dialogue framework is evident through the unclear basis for excluding certain groups and individuals from the *Umushyikirano* which, as observed above, is a critical forum for citizens' participation occurring at the highest possible level of political engagement in a domestic context. This issue is more pertinent when it is considered that Rwanda's 'home-grown solutions' approach embraces an unconventional brand of democracy which may not necessarily comply with the international human rights standards Rwanda has ratified. According to one interviewee from a national policy and research institution, there is a way to disagree in Rwanda and those who disagree 'unreasonably' may be disinvited to future *Umushyikirano* dialogue platforms, or even sent to prison.[99] The interviewee explained that one could even be sent to jail for violating the principle of 'constant quest for solutions through dialogue' and to reach solutions through consensus.[100]

However, no satisfactory explanation was offered for what objective criteria might be used to determine whether or not one was disagreeing 'reasonably', neither was any legal text offered as a reference to define what 'reasonably' meant in such cases.[101] Another member of civil society explained that certain political groups were excluded from *Umushyikirano* on the basis that they were 'illegitimate' or used

97 The Senate (n 3) 4 28.
98 The Senate (n 3) 8.
99 Interview (n 86).
100 As above.
101 As above.

'unconventional' methods of opposition and critique. The member further explained that to be considered 'legitimate' often required government to be involved in an organisation's activities or ideas.[102] Both interviewees mentioned that advocacy rather than activism was the basis for 'legitimate' civic engagement in Rwanda. The former involves research and government-backed findings as a basis for reform, while the latter, which is not, is considered illegitimate and disruptive.[103]

This approach is acknowledged by the Rwandan government itself which asserts that the post-genocide social cohesion process would be state rather than 'civil society'-led.[104] Unfortunately this has served to reproduce censorship and ethnic-based antagonisms which in turn undermine the country's sustainable peace-building efforts.[105] Even while by comparison *Umuganda* provides a much wider opportunity for inclusion and for an effective national dialogue process with limited state censorship as in the case of *Umushyikirano*, the problem of self-censorship, even at the *Umuganda* level, remains.[106] An intervention by the African human rights system by way of specific guidelines on free speech restrictions in post-genocide contexts, particularly on 'offensive' language and the high standards of tolerance expected from public figures, would help to reign in state excesses and facilitate truly open and inclusive dialogue processes in such contexts, including in Rwanda.

5 CONCLUSION

The lack of clarity in the *Ingabire* decision around legal standards of free speech limitations in post-genocide contexts does not portend well for the effectiveness of Rwanda's national dialogue framework. While the *Ingabire* decision affirmed the key principles of inclusive participation and tolerance for diverse political views, the under-evaluation of the critical principle of legality and the margin of appreciation doctrine in post-genocide contexts leaves a considerably high discretion with the state and as such renders the African Court's contribution to these questions of limited value. Unfortunately, as in the case of Rwanda, states do not always adopt an inclusive and democratic application of free speech limitations in line with their treaty and constitutional obligations. Even more unfortunate for progressive peace-building initiatives, such as continuous dialogue in Rwanda, is the fact that such excesses and exclusion could render these efforts ineffective and even counterproductive. In light of the pervasiveness of ethnic-based conflict on the continent, including

102 Interview with member of civil society organisation (n 95).

103 Interview (n 86); interview (n 95).

104 The Senate (n 3) 21.

105 S Buckley-Zistel 'Between past and future: an assessment of the transition from conflict to peace in post-genocide Rwanda' 2008 (Forschung DSF, 15); Osnabrück: Deutsche Stiftung Friedensforschung. http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0168-ssoar-260387 (accessed 14 July 2018).

106 The Senate (n 3) 28.

currently in member states such as South Sudan, Kenya, Nigeria and Cameroon, and in light of the foregoing legal and policy vacuum, it would be beneficial for the African Commission to innovate a set of principles to guide the restriction on free speech in the specific contexts of ongoing and post-genocide or ethnic-based violence. This could form a basis upon which member states could develop more inclusive domestic initiatives for ensuring free speech serving the objectives of sustainable peace building in Africa.

La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: l'affaire *Yogogombaye c. Sénégal* (15 décembre 2009)

*Blaise Tchikaya**

RÉSUMÉ: La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a rendu sa première décision sur le fond dans l'affaire *Yogogombaye c. Sénégal* en date du 15 décembre 2009. Cette affaire a été soumise directement à la Cour, mais elle a été déclarée irrecevable au motif que le Sénégal n'avait pas fait la déclaration prévue à l'article 34(6) du Protocole établissant la Cour. Cet article est relatif à l'acceptation de la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes directement soumises par les particuliers et les organisations non-gouvernmentales éligibles. L'auteur partage l'avis du juge Ouguergouz selon lequel la requête aurait dû être rejetée *de plano*, par voie d'une simple lettre du Greffe. En rejetant la requête, la Cour a rendu possible la poursuite du dictateur tchadien Hissène Habré. Environ six ans plus tard, le 20 juillet 2015, Habré a été condamné par les Chambres extraordinaires, créées conjointement par l'Union africaine et le Sénégal. Cette séquence d'événements montre la contribution de l'Afrique au droit pénal international.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The first decision of the African Court of Human and Peoples' Rights: *Yogogombaye v Senegal* (15 December 2009)

ABSTRACT:The African Court on Human and Peoples' Rights decided its first case, *Yogogombaye v Senegal*, on 15 December 2009. This matter was submitted directly to the Court, but was declared inadmissible because Senegal had not made the declaration under article 34(6) of the Court Protocol accepting the Court's competence to receive applications directly from individuals and eligible NGOs. The author agrees with Judge Ouguergouz that the application should have been rejected de plano, by way of a letter from the Registry. By rejecting the application, the Court allowed the prosecution of Tchadian dictator Hissène Habré Habre to go ahead. Some six years later, on 20 July 2015, Habré was convicted by the Extraordinary Chambers, established jointly by the African Union and Senegal. This sequence of events demonstrates Africa's contribution to international criminal law.

MOTS CLÉS: Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *Yogogombaye,* Sénégal, l'article 34(6) du Protocole établissant la Cour

* Ancien Président honoraire de la CUADI (Commission de l'Union africaine pour le droit international); Professeur de droit international; Juge, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples; blaise-tchikaya@orange.fr

B Tchikaya 'La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: l'affaire *Yogogombaye c Sénégal* (15 décembre 2009)'
(2018) 2 *Annuaire africain des droits de l'homme* 509-521
http://doi.org/10.29053/2523-1367/2018/v2n1a21

SOMMAIRE:

1 Introduction 510
2 Le recours individuel dans la décision Michelot Yogogombaye rendue par la Cour 512
2.1 Un recours mal fondé 512
2.2 Incompétence de la Cour ou irrecevabilité du recours? 513
3 Les prolongements internationaux du contentieux Yogogombaye 516
3.1 Le dénouement relatif de la contrainte liée à l'acceptation étatique préalable au recours individuel 517
4 Le Sénégal et l'Union africaine reprirent le contentieux 519
5 Conclusion 521

1 INTRODUCTION

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour) a rendu son premier arrêt au fond le 15 décembre 2009. Cette décision est intervenue plus d'une dizaine d'années après que le 10 juin 1998, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA), réunie à Ouagadougou, Burkina Faso, ait adopté le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la Cour africaine.[1] L'affaire opposait Monsieur Michelot Yogogombaye, de nationalité tchadienne, à la République du Sénégal, à qui le requérant reprochait une atteinte à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte africaine).[2] Etaient à la défense de l'Etat du Sénégal une équipe de juristes conduite par Thiam.[3] Les récentes jurisprudences, notamment la très importante affaire *Abubakari Mohamed* de 2016 (Opinions dissidentes des juges Ben Achour et Thompson),[4] montrent que la Cour d'Arusha est définitivement installée dans le système international de protection des droits de l'homme, comme le confirmé egalement la lourde affaire *Norbert Zongo* dont l'arrêt en reparations des graves atteintes aux droits de l'homme a été rendu le 15 juin 2015.[5]

Par requête datée du 11 août 2008, Michelot Yogogombaye, résidant en Suisse, a introduit devant la Cour contre la République du Sénégal[6] en vue du retrait de la procédure actuellement diligentée par l'Etat du Sénégal pour d'inculper, juger et condamner le sieur Hissein Habré, ex-chef d'Etat tchadien actuellement réfugié à Dakar au Sénégal. Depuis son mémoire présenté au début de l'instance, et en réponse à l'ordonnance du juge, le Sénégal avait soulevé des exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité qui vont aboutir dans ce différend.

1 Entrée en vigueur le 25 janvier 2004; ratification par 30 pays. Sur les commentaires, Ph Kunig 'The protection of human rights by international law in Africa' (1982) 25 *German Yearbook of International Law* 138; F Ouguergouz *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples* (1989) *Annuaire français de droit* international 557; et *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (1993) 477; M Mutoy 'La Cour africaine des droit de l'homme et des peuples, mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire' (1998) *Revue générale de droit international public* 765.

2 CC Jalloh 'Michelot Yogogombaye v Republic of Senegal' (2010) 104 *American Journal of International Law* 620.

3 Professeur de droit international public et Membre de la Commission de l'Union africaine pour le droit international.

4 Cour africaine, affaire *Abubakari Mohamed*, 13 juin 2016.

C'est le 29 juillet 2009 que Sieur Yogogombaye énonçait auprès du juge sa position définitive dans l'instance en indiquant que: « la réplique susvisée n'a pas apporté d'éléments nouveaux susceptibles de modifier significativement l'opinion exposée dans ma requête initiale. Je maintiens par conséquent, l'intégralité de celle-ci et m'en remets à l'autorité de la Cour ».[7] Sans doute pourrait-on considérer que le juge d'Arusha estima nécessaire de sanctionner le caractère lapidaire de cette réplique. Il prit une initiative prétorienne, non sans signification dans la protection juridictionnelle des droits fondamentaux en estimant qu'il n'était plus nécessaire « d'organiser des audiences publiques » et décida « de clore les débats aux fins de délibérations ».[8]

L'arrêt que rendra la Cour, en plus d'être centré sur un point restreint de procédure (la question du recours individuel), va connaître un prolongement dû au personnage dont il est la cause: l'ancien président du Tchad Hissein Habré. Au final, l'affaire *Yogogombaye* sera prémonitoire d'une question que la Cour devra régler dans sa première phase. A la suite de cette affaire, le rôle de la Cour s'enrichira et les questions se diversifieront, à l'instar des autres juridictions internationales des droits l'homme.[9] Deux aspects seront examinés par cette étude: d'une part, la place du recours individuel dans la décision Michelot Yogogombaye rendue par la Cour; et d'autre part, sera mis en évidence les prolongements internationaux du contentieux *Yogogombaye* dans le dossier Hissène Habré[10] et le caractère prémonitoire de l'arrêt de la Cour rendu en l'espèce en 2009.

5 Cour africaine, *Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo & Mouvement Burkinabé des droits de l'homme et des peuples c Burkina Faso*, 15 juin 2015: Les juges d'Arusha ont ordonné aux autorités burkinabè 'de reprendre les investigations en vue de rechercher, poursuivre et juger les auteurs des assassinats de Norbert Zongo et de ses trois compagnons'. L'Etat burkinabè fut condamne a verser 25 millions de francs FCA (environ 38 000 euros) à chacun des conjoints, 15 millions à chacun des enfants et 10 millions à chacun des mères et pères de Zongo et ses compagnons. La Cour demande a l'Etat défendeur de 'lui soumettre, dans un délai de six mois ... un rapport sur l'état d'exécution de l'ensemble des décisions prises dans le présent arrêt'. La décision au fond fut rendue le 28 mars 2014.

6 En application de l'article 8(2) du Règlement intérieur de la Cour, le juge El Hadji Guissé, membre de cette Cour de nationalité sénégalaise s'est récusé, Arrêt, para 2.

7 Cour africaine, Arrêt, para 15.

8 Idem, para 16.

9 L Hennebel *La convention américaine des droits de l'homme: mécanismes de protection et étendue des droits et liberté* (2007) 122; AA Cançado Trindade 'Le système interaméricain de protection des droits de l'homme: etat actuel et perspectives d'évolution à l'aube du 21e siècle' (2000) 46 *Annuaire français de droit* international 549. Dans ce dernier article il est souligné 'le fait que la Convention donne à chacun le droit de pétition individuelle ou de communication, d'une manière large et sans aucune restriction (article 44), sans qu'il faille avancer que l'on est soi-même victime d'une violation. Cette formule simple a donné à un plus grand nombre de personnes la possibilité de porter plainte devant la Commission. Cette dernière a appliqué les conditions de l'admissibilité des communications avec une attention particulière aux nécessités de la protection' (553).

10 RO Savadogo 'Les Chambres africaines extraordinaires au sein des tribunaux sénégalais' (2014) 45 *Revue Études internationales* 105-127.

2 LE RECOURS INDIVIDUEL DANS LA DECISION MICHELOT YOGOGOMBAYE RENDUE PAR LA COUR

On peut considérer que le recours soumis à la Cour africaine, bien qu'ayant ouvert la voie à la fonction juridictionnelle de la Cour, était mal fondé. Il sera opportun d'évoquer une question qui semble en l'espèce avoir retenu l'attention de la Cour: la distinction qu'elle élabore entre l'éventualité de son incompétence et celle de l'irrecevabilité de la requête.

2.1 Un recours mal fondé

La lecture qu'effectue le requérant est assez singulière, lorsqu'il dit que « les Etats du Sénégal et du Tchad, membres de l'Union africaine, sont parties au Protocole portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, et ont respectivement fait la déclaration au titre de l'article 34(6) acceptant la compétence de la Cour pour recevoir des requêtes des individus » . Il n'en avait pas la moindre certitude. La note en opinion individuelle du juge Fatsah Ouguergouz, jointe à l'arrêt, le souligne que « [l]a question de la compétence personnelle de la Cour en l'espèce ne pouvait que recevoir la réponse apportée au paragraphe 37 de l'arrêt ». Dans ce paragraphe 37 la Cour concluait que « le Sénégal n'a pas accepté la compétence de la Cour pour connaître sur cette base de requêtes dirigées contre lui émanant directement d'individus ou d'organisations non gouvernementales. La Cour n'a par suite pas compétence pour connaître de la requête ».

Sans l'examiner en profondeur, la décision de 2009 reposait sur une problématique de droit international maintenant connue, bien que nouvelle pour la Cour africaine à l'époque.[11] A elle seule, elle résume l'évolution du droit des gens. Il s'agit de la quête par les personnes physiques de leur existence pleine et entière en droit international.[12] La Cour africaine ne pouvait pas échapper aux évolutions d'ouverture qui se dessinaient dont l'illustre René Cassin voyait l'une des plus importantes restrictions posées au pouvoir exclusif des Etats. Il disait que « la liberté de l'homme est désormais une valeur internationalement protégée et ne dépend plus de la compétence exclusive traditionnelle des Etats ».[13] Les Etats vont reconnaître ainsi

11 E Jouannet 'Quelques perspectives théoriques: Incertitudes sur le tiers et désordres de la justice internationale' in HR Fabri & JM Sorel (dirs) *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales* (2005) 255-263.

12 Compétence des tribunaux de Dantzig CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, série B, n° 15 : 'on ne peut contester que l'objet même d'un accord international, selon l'intention des parties contractantes, peut-être l'adoption par les parties de certaines règles précises créant des droits et des obligations individuelles et applicables par les tribunaux' (*Rec,* pp 17 et s). Ces éléments de motivation apportent une innovation.

13 R Cassin 'La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme' (1951) *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 253.

aux individus l'aptitude à être sujet direct du droit international.[14] C'est dans ce contexte juridique que se situe le fond de l'affaire pour laquelle, comme il était normal, la Cour africaine a rendu sa première décision au fond.

L'argumentaire utilisé par le requérant fut très large. Mais, le juge devait rechercher les fondements de sa compétence et la recevabilité de la requête. La question se doublait d'une difficulté par le fait que la requête était d'origine individuelle. Question généralement problématique, c'est seulement depuis l'entrée en vigueur du Protocole additionnel 11 en 1998, que la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme est obligatoire, ainsi que le droit au recours individuel.[15] Dans la présente affaire, le Sénégal avait accusé réception de la requête par lettre en date du 10 février 2009. Il a fait connaître le nom de ses représentants devant la Cour. À ce stade, il aurait pu se contenter d'indiquer qu'il n'avait pas fait la déclaration prévue à l'article 34(6) du Protocole et que la Cour n'était pas compétente pour connaître de cette requête sur la base de l'article 5. *A contrario*, comme le note le juge Ouguergouz dans son opinion individuelle, en faisant connaître le nom de ses représentants devant la Cour, il laissait entendre qu'il n'excluait pas de se présenter devant celle-ci et de participer à la procédure; de fait, subsistait un doute: contestation de la compétence de la Cour ou contestation de la recevabilité de la requête, voire défense au fond.

Le requérant de son côté affirmait que « les Républiques du Sénégal et du Tchad sont parties au Protocole la Cour africaine des droits de l'homme (1 juillet 2008) et ont respectivement fait la déclaration au titre de l'article 34(6) acceptant la compétence de la Cour pour recevoir des requêtes des individus ». Il résultait de l'instruction de la Cour que le Sénégal ne figurait pas parmi les États ayant fait une telle déclaration. La Cour précise qu'ayant admis son incompétence, il n'y a pas lieu d'examiner la recevabilité (para 40). La requête aurait pu être rejetée *de plano* par voie de simple lettre du Greffe.[16]

2.2 Incompétence de la Cour ou irrecevabilité du recours?

Dans sa décision, la Cour observe que « bien que présentée par le Sénégal … comme une exception d'«irrecevabilité», cette première exception préliminaire doit en réalité s'analyser comme une exception d'incompétence ».[17] Elle ajoute, dans une longue étude de texte, que le terme «reçoit» ne doit cependant être entendu ni dans son sens littéral,

14 Voir aussi JF Flauss 'Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme — Le protocole n° 9 à la Convention européenne des droits de l'homme' (1990) *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 507.

15 CEDH, *Saisir la Cour européenne des droits de l'homme - Guide pratique sur la recevabilité* (2012) 128.

16 CIJ. affaire *du traitement en Hongrie d'un avion des États-Unis*, Ord du 12 juillet 1954.

17 Cour africaine, *Arrêt Yogogombaye*, para 38.

comme renvoyant au concept de « réception » ni dans son sens technique comme renvoyant au concept de « recevabilité ». Il doit plutôt être interprété à la lumière tant de la lettre que de l'esprit de l'article 34(6) pris dans son intégralité et en particulier de l'expression « déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes émanant des individus ou des organisations non gouvernementales » figurant dans la première phrase de cette disposition.[18] Se pose ici la question de la recevabilité au sens de l'article 6(2) du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour (10 juin1998). C'est à l'article 34 du protocole que l'on trouve la matière faisant controverse dans l'instance : « A tout moment à partir de la ratification du présent Protocole, l'Etat doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5(3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5(3) intéressant un Etat partie qui n'a pas fait une telle déclaration ». En l'espèce l'Etat du Sénégal avait-il constitué ou non ladite déclaration? La Cour, dans son dispositif à l'arrêt,[19] conclura à son incompétence: « le Sénégal, souligne-t-elle, n'a pas accepté la compétence de la Cour pour connaître sur cette base de requêtes dirigées contre lui émanant directement d'individus ou d'organisations non gouvernementales ».[20]

La question est récurrente, et parfois complexe, devant les tribunaux internationaux. Dans les affaires du *Sud-Ouest africain,*[21] observe le professeur Carlo Santulli,[22] la Cour internationale de justice avait refusé de dire si l'existence du différend relevait de la compétence ou des « fins de non-recevoir », pour ensuite lui réserver un traitement préliminaire et distinct par rapport à celui qu'elle destinait aux « exceptions préliminaires à la compétence de la Cour ». Bien que ces notions – compétence et recevabilité - soient deux versants d'une même montagne, il est reconnu que dans un agencement normal de la procédure contentieuse, la question de la compétence du juge est préalable à celle de la recevabilité des recours. C'est un juge compétent qui apprécie la réception des recours qui sont présentés. Cette dernière étant un acte second. Que l'on s'en tienne à l'analyse de M. Santulli en ce qu'elle dit que « la compétence est la catégorie des différends dont le tribunal peut connaître, alors que la recevabilité détermine la possibilité d'exercer ses pouvoirs juridictionnels sur le différend qui lui

18 *Idem*, para 39.

19 *Ibidem*, para 46: 'En vertu de l'article 34(6) du Protocole, elle (la Cour) n'a pas compétence pour connaître de la requête introduite par M. Yogogombaye contre le Sénégal'.

20 *Ibidem*, para 36.

21 CIJ, Affaire*s du Sud-Ouest africain*, exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, *Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c Afrique du Sud*, Rec. pp. 319-347, 328; voir aussi D-H Vignes 'Sur l'irrecevabilité de certaines requêtes' (1956) *Annuaire français de droit* international 397-401; S Bastid 'Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence' (1958) *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 343-517.

22 C Santulli 'Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*)' (2002) *Annuaire français de droit international* 257-280.

est soumis (cette possibilité étant naturellement limitée à la catégorie de différends pour laquelle le tribunal a compétence) »[23] ou à celle de Mme Basdevant qui dit que la recevabilité est la « qualité que doit présenter une demande, une pièce de procédure ou une preuve pour qu'elle soit examinée par l'autorité à laquelle elle est soumise »[24] des aspects entiers restent à l'appréciation du juge.

La jurisprudence de la Cour internationale justice constante sur le sujet, apporte quelques éclairages. Elle précisait notamment qu'ayant admis son incompétence, il n'y a pas lieu d'examiner la recevabilité (para 40). La requête de Yogogombaye aurait pu être rejetée *de plano* par voie de simple lettre du Greffe, comme le dit le juge Ouguergouz dans opinion individuelle jointe à l'arrêt. Dans l'affaire *du traitement en Hongrie d'un avion des États-Unis* (1954),[25] la CIJ dû régler la question par voie d'ordonnance. La Cour y indiquait que le Gouvernement des États-Unis avait bien noté que le Gouvernement hongrois n'avait pas remis une déclaration à la Cour, et bien qu'il ait été invité à le faire par le Gouvernement des Etats-Unis dans la note jointe en annexe, il n'a fait aucune réponse utile à cette invitation. Le Gouvernement hongrois, se disait-il, est cependant qualifié pour reconnaître la juridiction de la Cour en la matière et il lui est loisible, lorsque cette requête lui sera notifiée par le Greffier, conformément au Règlement de la Cour, de prendre les mesures nécessaires pour que soit confirmée la juridiction de la Cour à l'égard des deux parties au différend. Or, il s'est avéré que dans une lettre adressée le 14 juin 1954, le Gouvernement de la République populaire hongroise a fait savoir qu'il n'est pas à même de se soumettre en ce cas à la compétence de la Cour. Elle fit savoir, par cette ordonnance, qu'elle ne pouvait donner suite à cette demande.

Il est certain que la Cour pouvait, pour le moins, décider comme elle l'a fait dans *Syndicat des anciens travailleurs du laboratoire Australian Laboratory Services c. Mali*, 5 septembre 2016. La décision de rayer l'affaire du rôle de la Cour fut prise par ordonnance avec les mêmes motivations. La Cour avait conclu que la non-reformulation de la requête par le requérant et son Conseil pour se conformer aux termes de l'article 34(2), témoigne du manque d'intérêt de la partie pour poursuive l'affaire. Cette ordonnance est différente de celles prises dans les affaires précédentes en indication des mesures conservatoires. En vertu de l'article 27(2) du Protocole, la Cour a indiqué des mesures provisoires à fin de protéger les droits des Ogiek. Une ordonnance a été émise à cette fin le 15 mars 2015. Le but était d'éviter des violations irréparables des droits de cette minorité. La Cour avait donc mis à la charge de l'Etat kényan une obligation de « remise en vigueur, avec effet immédiat, des restrictions qu'il avait imposées concernant les transactions foncières dans le complexe de la forêt de Mau ».[26] Dans une instance particulière sur la situation individuelle de Saif Al-Islam

23 C Santulli *Droit du contentieux international* (2005) 145-146.

24 S Bastid 'Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence' (1958) *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 343-517.

25 CIJ, *Ordonnance* du 12 juillet 1954.

26 Cour africaine, *Ordonnance*, 15 mars 2015.

Kadhafi,[27] la Cour décidera aussi par voie d'ordonnance. Mme Hosseinioun, représentante du plaignant a saisi la Commission d'une requête en indication de mesures provisoires pour application des articles 6 et 7. Des dispositions qui protègent, le droit à la liberté et à la sécurité et le droit à un juge. Le silence de la Libye valant en l'espèce refus de donner suite à ces mesures provisoires, les juges demandèrent à la Libye de « s'abstenir de toute action portant sur des procédures judiciaires, des enquêtes ou de détention, qui pourraient causer des dommages irréparables au détenu; permettre au détenu de se faire assister par un conseil de son choix; permettre au détenu de recevoir la visite des membres de sa famille; s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de porter atteinte à l'intégrité physique et mentale ainsi qu'à la santé du détenu ». Le juge Fatsah Ouguergouz, nonobstant les observations faites dans son opinion individuelle jointe à l'ordonnance, adhérait à la décision de la Cour. Le 3 juin 2016, la Cour se reconnaissait compétente dans cette dernière affaire et condamnait la Libye pour atteinte à l'article 6 et 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

Si cela ne constituait pas un manquement manifeste au droit judiciaire, le fait pour la Cour d'avoir rendu un arrêt sur les insuffisances du dossier *Yagogombaye*, il parait assez clairement que le requérant aurait pu être débouté, tout au plus, par voie d'ordonnance. Deux questions semblent susciter réflexion. Le rejet de la requête de Yogogombaye contre Sénégal a été suivi par un gonflement du rôle de la Cour.

3 LES PROLONGEMENTS INTERNATIONAUX DU CONTENTIEUX YOGOGOMBAYE

Le point de droit fondamental dans le cas *Yogogomabaye* reste son exception préliminaire en faveur du Sénégal: l'irrecevabilité du recours. Dans l'affaire, le requérant affirmait pourtant que le Sénégal et du Tchad, « membres de l'Union africaine, sont parties au Protocole portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, et ont respectivement fait la déclaration au titre de l'article 34(6) acceptant la compétence de la Cour pour recevoir des requêtes des individus ».[28] Ce point mérite des développements appropriés avant d'envisager la question à l'origine du contentieux, l'affaire *Habré*.

27 Cour africaine, *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye*, 15 mars 2013.

28 Cour africaine, *arrêt Yogogombaye*, para 17.

3.1 Le dénouement relatif de la contrainte liée à l'acceptation étatique préalable au recours individuel

Il a été souligné que cette question de l'acceptation préalable par les Etats du contentieux international des droits de l'homme est doctrinalement essentielle et se situe au cœur de la protection internationale des droits de l'homme. Elle a une double explication juridique: La première est classique au droit international. Nul Etat ne peut être attrait devant un juge sans son consentement préalable. C'est le principe de l' « or monétaire »,[29] connu des internationalistes. L'inacceptation étatique des recours individuels a aussi sa source dans cette vision hypertrophiée de l'Etat. Le principe est que l'État est un sujet souverain qui dispense la justice plus qu'il n'est *a priori* lui-même justiciable. Sa participation à une procédure internationale de règlement des différends ne peut qu'être exceptionnelle et ne se réalise que dans les seuls cas qui l'opposent à un autre sujet souverain. Ces conditions même réunies, l'État devant un organe juridictionnel demeure réticent à la comparution. La seconde explication est propre à la protection internationale des droits de l'homme. Le système judiciaire international a admis les requêtes individuelles que de manière progressive en conservant le contrôle de l'Etat.[30] On sait que ce dernier en est le principal défendeur. La question n'est que partiellement réglée, y compris dans le système européen.[31] En Europe,[32] pour ne citer qu'elle, elle fut aussi haletante. Elle connait un

29 CIJ, *Or monétaire pris* à *Rome en 1943, Italie c. France, Royaume-Uni et* États-Unis, 15 juin 1954: La décision constitue sur ce point un arrêt de principe: la Cour constate que l'Italie réclame à l'Albanie une indemnité pour dommage prétendu. Or l'Albanie n'est pas présente en l'instance. La CIJ conclut qu'elle ne peut trancher le différend sans le consentement de l'Albanie (*Rec.* p. 17). Comme elle le rappellera plus tard: 'Quelle que soit la nature des obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un Etat lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre Etat qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes*' (CIJ, *Timor oriental*, 30 juin 1995).

30 MA Namountougou 'La saisine du juge international africain des droits de l'homme' (2011) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 261.

31 ST Ebobrah 'Towards a positive application of complementarity in the African human rights system: issues of functions and relations' (2011) 22 *European Journal of International Law* 663; D Juma 'Complémentarité entre la Commission africaine et la Cour africaine' in *Guide de complémentarité dans le système africain des droits de l'homme* (2014) 3-28.

32 AD Olinga 'Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'homme' (2005) 16 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 499-537; A la CEDH, la représentation des requérants est subordonnée à la signature d'un pourvoi écrit (art 45(3) du Règlement de la Cour). Les représentants doivent démontrer avoir reçu des instructions précises et explicites de la part de la personne qui se prétend victime et au nom de laquelle ils entendent agir devant la Cour: CEDH, *Post c. Pays-Bas*, décision du 20 janvier 2009, requête n° 21727/08.

règlement relatif, mais significatif, en 1998 par le Protocole n° 11 qui ouvre entièrement la saisine aux individus.

L'accès de l'individu dans le système africain n'est pas limité à un intérêt à agir particulier, comme celui d'être une victime directe de la violation alléguée des droits. Les requérants individuels peuvent par ailleurs se faire représenter dans des conditions extrêmement libérales, sans commune mesure avec celles imposées dans le cadre européen. Toutefois, la condition de l'acceptation n'est levée que par l'intervention éventuelle de la Commission africaine ou par une acceptation préalable étatique.

Au moment où la Cour rend son arrêt *Yogogombaye* en 2008 les perspectives de la Cour semblent incertaines. Trois ans séparent Yogogombaye de la décision *Sofiane Ababou People*[33] rendue en 2011. Il a fallu par ailleurs attendre l'affaire *Franck David Omary et autres*, 28 mars 2014, avant de voir examiner au fond un contentieux individuel.[34] La Cour déclara toutefois la requête irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes. Vingt-neuf sur 55 États seulement ont ratifié le Protocole de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (du 9 juin 1998).[35] Le protocole établissant la Cour africaine prévoit qu'une fois qu'un État a ratifié le Protocole, il doit aussi faire une déclaration spéciale acceptant la compétence de la Cour africaine pour permettre aux citoyens se saisir directement la Cour. Il est apparu qu'un très petit nombre de pays ont fait telle déclaration. Six pays seulement ont fait cette déclaration. Ces pays sont le Burkina-Faso, le Ghana, le Malawi, le Mali, le Rwanda, la Cote d'Ivoire et la Tanzanie. Aussi, la récente décision du Rwanda de retirer sa déclaration sous l'article 34(6) du Protocole représente-il un recul important pour la protection des droits humains dans le pays et en Afrique.

En considérant le retrait du Rwanda, la Cour se trouve prise par une alternative que le choix d'admettre automatiquement au contentieux les affaires transmises par la Commission africaine l'expose des critiques. Que veut dire l'adverbe « conformément à l'article 34(6) » de l'article 5 du Protocole. Cet article 34 disant clairement que « La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5 intéressant un Etat partie qui n'a pas fait une telle déclaration ». Ces éléments devraient être regardés comme cumulatifs et non de façon séparée. Une interprétation absolutiste, mais non erronée, entendra que la Cour ne peut recevoir des recours émanant des personnes physiques et des ONG

33 Décision rendue le 16 juin 2011 sous la présidence du juge Gérard Niyungeko M Youssef avait saisi la Cour au sujet de son incorporation forcée dans l'armée. Pour les motifs, la requête fut rejetée et renvoyé devant la Commission africaine des droits de l'homme.

34 G-F Ntwari 'La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à la croisée des chemins – Bilan des cinq premières années d'activités judiciaires (2009-2014)' (2015) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 367.

35 Il s'agit de l'Algérie, du Burkina Faso, du Burundi, de la Côte d'Ivoire, des Comores, du Congo-Brazzaville, du Gabon, de la Gambie, du Ghana, du Kenya, de la Libye, du Lesotho, du Mali, du Malawi, du Mozambique, de la Mauritanie, de Maurice, du Nigéria, du Niger, du Rwanda, de la République arabe sahraouie démocratique, de l'Afrique du Sud, du Sénégal, de la Tanzanie, du Togo, de la Tunisie, l'Ouganda et la République du Cameroun.

que sur la foi d'une déclaration préalable, y compris lorsqu'ils transitent par la Commission africaine. Cette position pourrait retarder l'évolution attendue en Afrique de la protection internationale des droits de l'homme.

4 LE SENEGAL ET L'UNION AFRICAINE REPRIRENT LE CONTENTIEUX

Il a été signalé que l'affaire *Yogogombaye* résulte de l'histoire de l'ancien homme d'Etat tchadien Hissène Habré. La requête est liée à l'idée de soustraire à la justice les exactions de cet ancien président. Sieur Hissein Habré, Président du Tchad (de 1982 à 1990 à la suite du coup d'État qui renversait M Goukouni Oueddei) était réfugié politique au Sénégal depuis décembre 1990. En 2000, il a été soupçonné de complicité de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et d'actes de torture dans l'exercice de ses fonctions de chef d'État. Monsieur Yogogombaye demandait notamment dans sa requête que soit suspendue l'exécution en cours du mandat de l'Union africaine donnée en 2006 au Sénégal jusqu'à ce qu'une solution africaine soit trouvée au cas H. Habré, et qu'il soit ordonné au Tchad et au Sénégal de créer une Commission nationale tchadienne de « vérité, justice, réparation et réconciliation » sur le modèle sud-africain. Ce sera en vertu d'un accord entre l'Union africaine et Sénégal que Hissène Habré sera jugé à Dakar. On peut y voir une certaine cohérence diplomatique du Sénégal au regard de son argumentaire dans l'affaire *Yagogombaye* de 2009.

L'année même où fut rendue la décision *Yagogombaye*, 2009, une plainte fut déposée devant la Cour internationale de justice à la Haye. Ce fut le 19 février 2009. Le Royaume de Belgique a déposé au Greffe de la Cour une requête contre la République du Sénégal au sujet d'un différend relatif au « respect par le Sénégal de son obligation de poursuivre M. Hissène Habré, ou de l'extrader vers la Belgique aux fins de poursuites pénales ». La Belgique fondait ses demandes sur la convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, la « convention contre la torture », ainsi que sur le droit international coutumier.[36] La Cour dans *Yagogombaye* en 2009 n'apprécia pas les données pénales de l'affaire Habré, elle laissait donc en l'état les initiatives à prendre. L'arrêt de la cour venait confirmer que M. Habré devait, au sens du droit international, être jugé. Dans son dispositif, la Cour soulignait que le Sénégal « doit, sans autre délai, soumettre le cas de M. Hissène Habré à ses autorités compétentes pour l'exercice de

36 CIJ, arrêt, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader, Belgique c. Sénégal*, 20 juillet 2012, 426; voir aussi CDI., Obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), Texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante-sixième session, en 2014, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/69/10, para 65). Le rapportera reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international,* 2014, vol. II(2), 21; A Largewall 'Que reste-t-il de la compétence universelle au regard de certaines évolutions législatives récentes?' (2009) *Annuaire français de droit international* 743-763.

l'action pénale, si elle ne l'extrade pas ».[37] Fut-ce l'appel ultime qui déclencha les poursuites internationales conduites par le Sénégal?

Le Sénégal n'avait pas initialement présenté une volonté manifeste de soumettre M. Habré à une action pénale. Le constat est juridique. Le 4 juillet 2000, rapporte clairement Savadogo,[38] la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar fait suite à la requête en annulant son inculpation et en mettant immédiatement fin à la procédure engagée à son encontre pour incompétence du juge saisi, en concluant que « les juridictions sénégalaises ne peuvent connaître des faits de torture commis par un étranger en dehors du territoire sénégalais quelles que soient les nationalités des victimes ».[39] Cette décision sera confirmée le 20 mars 2001 par la Cour de cassation du Sénégal qui a estimé principalement « qu'aucun texte de procédure ne reconnaît une compétence universelle aux juridictions sénégalaises en vue de poursuivre et de juger, s'ils sont trouvés sur le territoire de la République, les présumés auteurs ou complices de faits de torture … lorsque ces faits ont été commis hors du Sénégal par des étrangers; que la présence au Sénégal d'Hissène Habré ne saurait à elle seule justifier les poursuites intentées contre lui ».[40]

En 2010, le Sénégal annonce qu'il est tenu par une décision de la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) du 18 novembre 2010. Saisie par les avocats d'Hissène Habré, cette Cour a plutôt demandé au Sénégal de juger l'ex-dictateur, mais « devant un tribunal ad hoc à caractère international ». L'installation des Chambres africaines extraordinaires intervient à la suite de deux décisions intervenues au 2012: d'abord, la Résolution 401, adoptée le 31 janvier 2012 par la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union africaine. Cette résolution demande au Sénégal d'examiner les modalités pratiques ainsi que les implications juridiques et financières des crimes internationaux commis sur le territoire tchadien durant la période du 7 juin 1982 au 1 décembre 1990. Ensuite, la décision de la CIJ du 20 juillet 2012 qui somme le Sénégal de faire application de la formule latine *aut dedere aut judicare*, juger ou extrader.

Hissène Habré est en definitive jugé le 20 juillet 2015 à Dakar par une juridiction spéciale installée conjointement par le Sénégal et l'Union africaine; main non sans les appuis et les interventions de l'avocat Reed Brody et de Human Rights Watch. Il est jugé six années plus tard au regard de la décision *Yogogombaye*. L'ancien Président sera reconnu coupable de crimes contre l'humanité, viols, exécutions, esclavages et enlèvement; il sera condamné à la prison à perpétuité et verser 10 et 20 millions de FCFA par victime. Il fit appel de ses

37 *Idem*, p 463.

38 R Savadogo 'Les Chambres africaines extraordinaires au sein des tribunaux sénégalais. Quoi de si extraordinaire?' (2014) 45 *Revue Études internationales* 105-127.

39 Cour d'appel de Dakar 2000.

40 Cour de cassation du Sénégal 2001; une certaine interprétation de l'affaire Yerodia: CIJ, *Yerodia N'Dombassi, Congo c. Belgique*, ordonnance en mesures conservatoires, 8 décembre 2000; arrêt, 14 février 2002.

condamnations. Le procès ouvrait le 9 janvier 2017. Dès le début de l'audience d'appel, la défense a demandé son report, ainsi que la récusation l'un des trois magistrats et une dispense de comparution de l'accusé.[41] Ces prolongements étaient-ils prévisibles en 2009 au moment des débats à Arusha sur le cas *Yagogombaye*?

5 CONCLUSION

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, en rendant son premier arrêt au fond, en l'affaire *Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal*, clarifie les bases de sa juridiction, ainsi que le disait Olinga.[42] La Cour posait les premiers jalons de sa fonction d'interprétation du droit africain des droits de l'homme. Il ressort de ces quelques lignes que la Cour africaine avait bien rendu une décision qui a gardé tout son sens, nonobstant les évolutions sinueuses de cette affaire Hissène Habré. Cet ensemble, dont on ignore encore les qualificatifs, tend à montrer que l'Afrique est une composante majeure du développement du droit international pénale. Il est paradoxal, et même réducteur, de considérer que l'Afrique, en demandant des équilibres et des cohérences au sein de ce droit répressif international, serait hostile à son épanouissement.

41 Chambres africaines extraordinaires d'assises, arrêt, *Ministère public c. Habré*, 30 mai 2016; RO Savadogo 'Les Chambres africaines extraordinaires au sein des tribunaux sénégalais' (2014) 45 *Revue Études internationales* 105-127.

42 AD Olinga 'Regards sur le premier arrêt de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples' (2010) 83 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 749.