



The Case for Transitional Justice in Africa

By Grace Mbogo

‘The call to punish human rights criminals can present complex and agonizing problems that have no single or simple solution...A nation divided during a repressive regime does not emerge suddenly united when the time of repression has passed. The human rights criminals are fellow citizens, living alongside everyone else, and they may be very powerful and dangerous...But their victims cannot simply forgive and forget.’¹

Transitional justice tools are steadily becoming common in Africa despite the opposition of African despots and their cronies. The dilemmas of transitioning governments in Africa are often similar to those faced in Europe and South America. ‘How do you deal with people who were ruled daily by violence, terror, blackmail, intimidation and division? How do you bring back trust, economic prosperity, political stability and congenial social relations?’² This article examines why African countries have opted for transitional justice as opposed to ‘witch hunt’ prosecutions. The

¹ Frankel Marvin and Saideman E *Out of the shadows of night: The struggle for international human rights* (1989) 103-4.

² Fombad CM, ‘Transitional Justice in Africa: The Experience with Truth Commissions’ (2017) available at http://www.nyulawglobal.org/globalex/Africa_Truth_Commissions1.html (last visited on 22 March 2018).

article also recommends what African countries can do to strengthen their transitional justice mechanisms.

The Reason African States are opting for Transitional Justice

The Concept of Justice

The end of a regime does not mean that a nation will suddenly be united. Human rights perpetrators are fellow citizens who live in the society. Treating them unforgivingly or pursuing witch hunt prosecutions increases the risk of them retaliating. At the same time, victims cannot simply forget and move on with life. The former Chief Justice of South Africa, Mahomed CJ, highlighted this dilemma in his judgment in the South African landmark case, *The Azanian Peoples Organisation et al Versus President of the Republic of South Africa et al.* (AZAPO case) where he said:

‘The erstwhile adversaries of such a conflict inhabit the same sovereign territory. They have to live with each other and work with each other and the state concerned is best equipped to determine what measures may be most conducive for the facilitation of such reconciliation and reconstruction. That is a difficult exercise which the nation within such a state has to perform by having regard to its own peculiar history, its complexities, even its contradictions and its emotional and institutional traditions.’³

Transitional justice offers a solution to this dilemma. It seeks to change the notion of justice as we know it. For a long time, justice was known from a retributive aspect. The more gross the violation the more society sought revenge and punishment. A death sentence for a murderer was accompanied by a satisfaction that justice has been done, an eye for an eye. The concept of transitional justice came in to end the cycle of vengeance. It does not preclude punishing perpetrators. Instead, it emphasises the importance of forgiveness and reconciliation. It restores the self-worth that victims of mass atrocities had lost during the reign of the repressive regime. It restores the status quo of the victim within the society.

³ *The Azanian Peoples Organisation (AZAPO) et al V President of the Republic of South Africa et al* 1996 Judgment at para 31.

State Building

The distinct nature of African transitions and the complex nature of institutional collapse that occur during those transitions also creates the need to use transitional justice for state building. Core public institutions of post-conflict or post-authoritarian African states are often destroyed, weakened or compromised. Therefore, they are often not able to adequately deal with the large-scale and systematic human rights violations that took place during the authoritarian era while also dealing with state reconstruction. Furthermore, despotic leaders are also often guilty of economic violations which cause large scale deprivations of the economy. Democratic regimes are often faced with the challenge of limited resources. When states with limited resources and weak institutional systems face reconstruction imperatives, investing in a ‘witch hunt’ of human rights violators becomes prohibitive. Thus, states emerging from a dictatorial regime turn to transitional justice mechanisms as they seek to balance the competing needs of justice and peace, and the needs of victims and perpetrators. Transitional justice and state-building are mutually supportive. Restoring individual dignity and facilitating reconciliation can play an important role in ensuring the sustainability of newly created institutions. ‘Conversely, creating effective, responsive, and effective institutions is an important signal to victims that they are respected and included within the new state.’⁴

The advantages of transitional justice mechanisms over retributive mechanisms

Transitional justice mechanisms have several advantages over purely retributive mechanisms especially when it comes to maintaining a balance between justice and peace, victim and perpetrator. First, transitional justice mechanisms are often state-sanctioned processes set up within the country. ‘Their ability to transform a nation is, therefore, greater than that of an international body that is perceived to be “foreign” or “imposed”.’⁵ Secondly, unlike courts, transitional justice systems address broader aspects and patterns of human rights violations. They are not limited to the fixed charges of prosecutions but instead seek to determine the nature and

⁴ Armstrong A and Ntegeye G ‘The devil is in the details: The challenges of transitional justice in recent African peace agreements’ (2006) Vol 6 *African Human Rights Law Journal* 22.

⁵ Villa-Vicencio C, ‘Transitional justice and human rights in Africa’ (2018) 36 available at <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.573.424&rep=rep1&ndtype=pdf> (last visited on 20 April 2018).

extent of the violations. Thirdly, transitional justice mechanisms are unique in that they go beyond the judicial narrative of the truth. They are not limited to only looking at the material truth and individual responsibility. Truth commissions, for instance, look at the macro truth such as the history of the state, the political systems, the patterns of brutality, extrajudicial murders and disappearances. Fourthly, transitional justice is a victim-centred justice mechanism. They focus on the victims right to be informed of the truth and to know the identity of the person responsible for the violations. Victims participation is, therefore, a crucial aspect of any transition process.

The social fabric of African communities

The concept of transitional justice is not new to Africa. African nations have used traditional forms of transitional justice which do not fit in the western model of transitional justice. ‘The strength of African justice and reconciliation mechanisms is that they are grounded in the social fabric of the communities they represent. They seek to overcome social polarisation and, where appropriate, they explore ways of reintegrating perpetrators into society.’⁶ African traditional mechanisms encourage individual and community accountability, they offer restorative solutions and ensure victim centred solutions to justice. Examples of these methods include the participatory criminal trials in Rwanda known as the *Gacaca* courts and the *Ubuntu* concept which was applied in the national truth-seeking testimonies in South Africa.

Resolution of Conflicts

Transitional justice mechanisms such as amnesties can be used before the end of an oppressive regime as a component of the pre-transitional process. ‘When negotiated as part of a peace agreement, transitional justice positively impacts peace negotiations by expanding the issues in controversy.’⁷ However, in such situations, transitional justice is reduced to a means of ending a conflict as opposed to an independent process of transitional justice. Transitional justice mechanisms in pre-transition processes can also be potential deterrents to violating peace agreements.⁸ The Lomé Accord of 1999 for Sierra Leone is an example of a peace agreement aimed at ending the Sierra Leone civil conflict and establishing democracy. The Peace agreement

⁶ Villa-Vicencio C (2018) 47.

⁷ Armstrong A and Ntegeye G (2006) at 21.

⁸ Armstrong A and Ntegeye G (2006) at 22.

granted the armed groups amnesty, but these amnesty provisions were abandoned when the armed groups violated the agreements and the Sierra Leone Special court was established to deal with certain crimes that the armed group had committed.

Conclusion

Transitioning African states need to look for suitable ways of addressing the complexities of democratic transitions while maintaining the balance between peace and justice. It is evident that transitional justice mechanisms have provided African states with the most practical, amendable and credible means for setting up the foundations of democracy and peace in Africa. These mechanisms have affirmed the connection between justice and truth, accountability and reconciliation, reparation and reconstruction, victim and perpetrator. They have provided ways of taming the desire for revenge and redirected it in a positive direction that leads to peace and stability in the country.

However, most African countries that have opted for transitional justice have faced hurdles that have impeded the success of these mechanisms. These challenges include complexities of African transitions (such as a transition that has no clear war-peace transition), corruption, political interference and the resources dilemma. African countries need to be cognisant of these hurdles and should develop strategies of eliminating the challenges.

To achieve a successful post-conflict transition, for instance, a post-conflict regime should employ transitional justice systems that are cognisant of the prevailing national conditions. The new regime should be aware that it is faced with the competing interests of justice and politics. Determining the fate of political leaders will, therefore, be primarily a political question, not a judicial one.⁹ Maintaining peace in a post-conflict state may have to rely on power-sharing agreements and amnesties as opposed to criminal prosecutions.

Transitioning countries should also focus on accountability mechanisms for economic crimes. Truth commissions may help to shape the public narrative about past abuse by highlighting the

⁹ Moghalu KC 'Prosecute or Pardon? Between Truth Commissions and War Crimes Trials' in Sriram CL and Pillay S (eds) *Peace Versus Justice? The Dilemma of Transitional Justice in Africa* (2009) 71.

links between corruption and human rights violations.¹⁰ The truth commissions of Ghana, Chad, Sierra Leone, Liberia and Kenya are examples of commissions that have had economic delinquency as one of the key mandates. The scope of conditional amnesties can also be used to recover stolen assets. Truth-seeking processes that combine amnesties and anti-corruption instruments can create conditions conducive to asset recovery.¹¹

Transitional justice systems in Africa should also be independent of political influence. Africa States should strive to ensure that there is no perception of the transitional justice systems being viewed as 'victor's justice.' Truth commissions should be established through broad consultative processes which include non-governmental organisations, religious groups, youth groups and women groups. This will enhance the credibility and impact of the commissions.

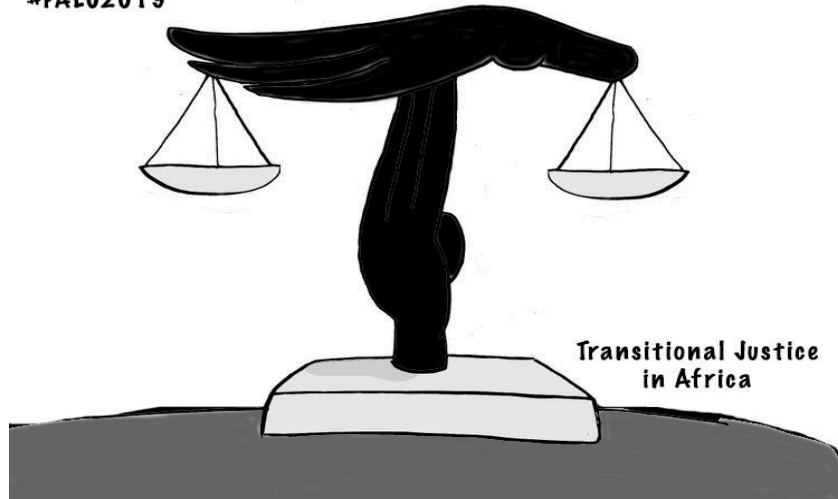
African countries should also consider their traditional and cultural values and see how these values can be used to increase the chance of successfully transitioning out of an authoritarian regime.

The future of Africa's numerous transitions will greatly depend on how well the continent has learnt from its previous mistakes and taken appropriate steps to prevent a recurrence of these mistakes. The continent can also learn from the useful experiences of the transitions in Chile, Guatemala, El Salvador and other countries in Europe and South America. Although the experiences of these countries are unique and their political, social and historical set up different, there are many common themes that important lessons can be drawn from each experience.

¹⁰ Robinson I 'Truth Commissions and Anti-corruption: Towards a complementary framework?' (2015) *International Journal of Transitional Justice* Vol 9 34.

¹¹ Carranza R 'Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes' (2008) *International Journal of Transitional Justice* Vol 2 26.

#PALU2019



Le cas de la justice transitionnelle Justice en Afrique

Par Grace Mbogo

« L'exhortation à punir les criminels des droits de l'homme peut présenter des problèmes complexes et angoissants sans solution unique ni solution simple... Une nation divisée sous un régime répressif n'émerge pas soudainement unie lorsque le temps de la répression est passé. Les criminels des droits de l'homme sont des concitoyens qui vivent aux côtés de tous les autres et ils peuvent être très puissants et dangereux... Mais leurs victimes ne peuvent tout simplement pas pardonner et oublier”¹

Les instruments de justice transitionnelle sont de plus en plus répandus en Afrique, malgré l'opposition des despotes africains et de leurs amis. Les dilemmes des gouvernements en transition en Afrique sont souvent similaires à ceux rencontrés en Europe et en Amérique du Sud.

« Comment traiter avec des personnes qui ont été dirigées quotidiennement par la violence, la terreur, le chantage, l'intimidation et la division ? Comment ramener la confiance, la prospérité

¹ Frankel Marvin and Saideman E *Out of the shadows of night: The struggle for international human rights* (1989) 103-4.

économique, la stabilité politique et des relations sociales harmonieuses »?² Cet article examine les raisons pour lesquelles les pays africains ont opté pour la justice transitionnelle, par opposition à la « chasse aux sorcières ». L'article recommande également ce que les pays africains peuvent faire pour renforcer leurs mécanismes de justice transitionnelle.

La raison pour laquelle les pays africains choisissent la Justice transitionnelle

Le concept de la Justice

La fin d'un régime ne signifie pas qu'une nation va soudainement se retrouver unie. Les auteurs des crimes des droits de l'homme sont des concitoyens qui vivent dans la société. Les traiter sans pitié ou leur faire la chasse aux sorcières augmente le risque de représailles. En même temps, les victimes ne peuvent pas simplement oublier et avancer dans la vie. L'ancien Président de la Cour suprême d'Afrique du Sud, M. Mahomed, a évoqué ce dilemme dans son arrêt dans l'affaire historique sud-africaine, *The Azanian Peoples Organization et autres c. le Président de la République sud-africaine et al.* (Cas AZAPO) où il a déclaré :

« Les anciens adversaires d'un tel conflit habitent le même territoire souverain. Ils doivent vivre les uns avec les autres et travailler les uns avec les autres. L'État concerné est le mieux placé pour déterminer les mesures les plus à même de faciliter la réconciliation et la reconstruction. C'est un exercice difficile que la nation au sein d'un tel État doit accomplir en tenant compte de sa propre histoire, de ses complexités, même de ses contradictions et de ses traditions affectives et institutionnelles ».³

La justice transitionnelle offre une solution à ce dilemme. Elle vise à changer la notion de justice telle que nous la connaissons. Pendant longtemps, la justice a été connue sous un aspect rétributif. Plus la violation était flagrante, plus la société recherchait vengeance et punition. La condamnation à mort d'un meurtrier était assortie d'une satisfaction de constater que justice avait été rendue, œil pour œil. Le concept de justice transitionnelle est venu mettre fin au cycle de la vengeance. Cela n'empêche pas de punir les auteurs de violations. Mais, il souligne l'importance du pardon et de la

² Fombad CM, 'Transitional Justice in Africa: The Experience with Truth Commissions' (2017) disponible sur http://www.nyulawglobal.org/globalex/Africa_Truth_Commissions1.html (dernière consultation le 22 mars 2018).

³ *The Azanian Peoples Organisation (AZAPO) et autres c. Président de la République d'Afrique du Sud et autres* 1996 Arrêt para 31.

réconciliation. Il restaure la confiance en soi que les victimes d'atrocités de masse avaient perdue pendant le règne du régime répressif. Il rétablit le statu quo de la victime au sein de la société.

Construction de l'État

La nature particulière des transitions africaines et la nature complexe de l'effondrement institutionnel qui survient au cours de ces transitions créent la nécessité de recourir à la justice transitionnelle pour la construction de l'État. Les principales institutions publiques des États africains sortant d'un conflit ou d'un régime autoritaire sont souvent détruites, affaiblies ou compromises. En conséquence, la plupart du temps, elles ne sont pas en mesure de traiter correctement les violations massives et systématiques des droits de l'homme commises pendant la période du régime autoritaire, tout en s'occupant de la reconstruction de l'État. De plus, les dirigeants despotiques sont aussi souvent coupables de violations d'ordre économique causant des problèmes économiques importants. Les régimes démocratiques sont souvent confrontés au défi lié aux ressources limitées. Lorsque les États dotés de ressources limitées et de systèmes institutionnels faibles se heurtent à des impératifs de reconstruction, investir dans une « chasse aux sorcières » des auteurs de violations des droits de l'homme devient prohibitif. Ainsi, les États sortant d'un régime dictatorial se tournent vers les mécanismes de justice transitionnelle dans la recherche d'un équilibre entre les besoins contradictoires de justice et de paix et les besoins des victimes et des auteurs de violations. La justice transitionnelle et l'édification de l'État se renforcent mutuellement. Le rétablissement de la dignité individuelle et la facilitation de la réconciliation peuvent jouer un rôle important pour assurer la durabilité des institutions nouvellement créées. « Inversement, la création d'institutions efficaces, efficaces et réactives est un signe important pour les victimes qu'elles sont respectées et incluses dans le nouvel État ».⁴

Les avantages des mécanismes de la justice transitionnelle sur les mécanismes rétributifs

Les mécanismes de justice transitionnelle présentent plusieurs avantages par rapport aux mécanismes purement rétributifs, notamment lorsqu'il s'agit de maintenir un équilibre entre justice

⁴ Armstrong A and Ntegeye G 'The devil is in the details: The challenges of transitional justice in recent African peace agreements' (2006) Vol 6 *African Human Rights Law Journal* 22.

et paix, victime et auteur de violation. Premièrement, les mécanismes de justice transitionnelle sont souvent des processus sanctionnés par l'État et mis en place dans le pays. « Leur capacité à transformer une nation est donc plus grande que celle d'un organisme international perçu comme "étranger" ou "imposé" »⁵. Deuxièmement, contrairement aux tribunaux, les systèmes de justice transitionnelle s'occupent d'éléments et de schémas plus vastes de violations des droits de l'homme. Ils ne se limitent pas aux accusations du procureur mais cherchent plutôt à déterminer la nature et l'étendue des violations. Troisièmement, les mécanismes de justice transitionnelle sont uniques en ce qu'ils vont au-delà du récit judiciaire de la vérité. Ils ne se limitent pas à examiner la vérité matérielle et la responsabilité individuelle. Les commissions de vérité, par exemple, examinent la macro-vérité telle que l'histoire de l'État, les systèmes politiques, les formes de brutalité, les meurtres extrajudiciaires et les disparitions. Quatrièmement, la justice transitionnelle est un mécanisme de justice centré sur la victime. Elle se concentre sur le droit des victimes d'être informées de la vérité et de connaître l'identité de la personne responsable des violations. La participation des victimes est donc un aspect crucial de tout processus de transition.

Le tissu social des communautés africaines

Le concept de justice transitionnelle n'est pas nouveau en Afrique. Les pays africains ont eu recours à des formes traditionnelles de justice transitionnelle qui ne s'inscrivent pas dans le modèle occidental de justice transitionnelle. « La force des mécanismes africains de justice et de réconciliation réside dans leur ancrage dans le tissu social des communautés qu'ils représentent. Ils cherchent à surmonter la polarisation sociale et, le cas échéant, à explorer les moyens de réintégrer les auteurs de violations dans la société.⁶ Les mécanismes traditionnels africains encouragent la responsabilisation des personnes et des communautés, ils offrent des solutions réparatrices et garantissent des solutions de justice centrées sur les victimes. Comme exemples de ces méthodes, on peut citer les procès pénaux participatifs au Rwanda connus sous le nom de tribunaux *Gacaca* et le concept *Ubuntu* qui a été appliqué dans les séances de témoignages organisées au niveau national, pour la recherche de la vérité en Afrique du Sud.

⁵ Villa-Vicencio C, 'Transitional justice and human rights in Africa' (2018) 36 disponible sur <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.573.424&rep=rep1&dtype=pdf> (dernière consultation le 20 avril 2018).

⁶ Villa-Vicencio C (2018) 47.

Résolution des conflits

Les mécanismes de justice transitionnelle tels que les amnisties, peuvent être utilisés avant la fin d'un régime oppressif comme composante d'un processus pré-transitionnel. « Lorsqu'elle est négociée dans le cadre d'un accord de paix, la justice transitionnelle a un impact positif sur les négociations de paix en ce qu'elle élargit les questions en litige.⁷ Cependant, dans de telles situations, la justice transitionnelle est réduite à la recherche d'un moyen visant à mettre fin à un conflit par opposition à un processus indépendant de justice transitionnelle. Les mécanismes de justice transitionnelle dans les processus antérieurs à la transition peuvent également avoir un effet dissuasif sur la violation des accords de paix.⁸ L'accord de Lomé de 1999 sur la Sierra Leone est un exemple d'accord de paix qui avait pour objectif de mettre fin au conflit civil en Sierra Leone et d'instaurer la démocratie. L'accord de paix a accordé l'amnistie aux groupes armés, mais ces dispositions d'amnistie ont été abandonnées lorsque les groupes armés ont violé les accords et le tribunal spécial pour la Sierra Leone a été créé pour statuer sur certains crimes commis par le groupe armé.

Conclusion

Les pays africains en transition devraient rechercher les meilleurs moyens d'aborder les complexités des transitions démocratiques tout en maintenant l'équilibre entre paix et justice. Il est évident que les mécanismes de justice transitionnelle ont fourni aux États africains les moyens les plus pratiques, les plus modifiables et les plus crédibles pour l'établissement des fondements de la démocratie et de la paix en Afrique. Ces mécanismes ont affirmé le lien entre justice et vérité, responsabilité et réconciliation, réparation et reconstruction, victime et auteur de violation. Ils ont fourni les moyens d'atténuer le désir de vengeance et l'ont réorienté dans une direction positive menant à la paix et à la stabilité dans le pays.

Cependant, la plupart des pays africains qui ont opté pour la justice transitionnelle se sont heurtés à des obstacles qui ont entravé le succès de ces mécanismes. Ces défis sont la complexité des transitions africaines (telle qu'une transition sans mécanisme clair de passage de la guerre à la

⁷ Armstrong A and Ntegeye G (2006) 21.

⁸ Armstrong A and Ntegeye G (2006) 22.

paix), la corruption, l'ingérence politique et le dilemme lié aux ressources. Les pays africains doivent être conscients de ces obstacles et mettre au point des stratégies pour les éliminer.

Pour réussir la transition post-conflit, par exemple, un régime post-conflit devrait faire appel à des systèmes de justice transitionnelle en tenant compte de la situation qui prévaut au niveau national. Le nouveau régime devrait être conscient qu'il est confronté aux intérêts opposés de la justice et de la politique. Déterminer le sort des dirigeants politiques sera donc avant tout une question politique et non judiciaire. Le maintien de la paix dans un État sortant d'un conflit devra s'appuyer sur des accords de partage du pouvoir et des amnisties plutôt que sur des poursuites pénales.

Les pays en transition devraient également privilégier les mécanismes de reddition des comptes pour les crimes économiques. Les commissions de vérité peuvent permettre de façonner le discours public sur les abus du passé en soulignant les liens entre la corruption et les violations des droits de l'homme.⁹

Les commissions Vérité du Ghana, du Tchad, de la Sierra Leone, du Libéria et du Kenya sont des exemples de commissions dont le mandat essentiel est la délinquance économique. L'envergure des amnisties conditionnelles peut également être utilisée pour récupérer des avoirs volés. Les processus de recherche de la vérité qui combinent des amnisties et des instruments anti-corruption peuvent créer des conditions propices au recouvrement d'avoirs.¹⁰

Les systèmes de justice transitionnelle en Afrique devraient également être indépendants de toute influence politique. Les États africains devraient faire en sorte que les systèmes de justice transitionnelle ne soient pas perçus comme une « justice des vainqueurs ». Des commissions Vérité devraient être mises en place à travers de vastes processus de consultation comprenant des organisations non gouvernementales, des groupes religieux, des groupes de jeunes et des groupes de femmes. Cette inclusion renforcera la crédibilité et l'impact des commissions.

⁹ Robinson I 'Truth Commissions and Anti-corruption: Towards a complementary framework?' (2015) *International Journal of Transitional Justice* Vol 9 34.

¹⁰ Carranza R 'Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes' (2008) *International Journal of Transitional Justice* Vol 2 26.

Les pays africains devraient également prendre en compte leurs valeurs traditionnelles et culturelles et voir comment celles-ci pourraient être utilisées pour augmenter les chances de succès de sortie d'un régime autoritaire.

L'avenir des nombreuses transitions en Afrique dépendra dans une large mesure de la manière dont le continent aura tiré les leçons de ses erreurs précédentes et aura pris les mesures appropriées pour éviter que ces erreurs ne se reproduisent. Le continent peut également tirer parti des expériences utiles des transitions au Chili, au Guatemala, au Salvador et dans d'autres pays d'Europe et d'Amérique du Sud. Bien que les expériences de ces pays soient uniques et que leurs structures politiques, sociales et historiques soient différentes, il existe de nombreux thèmes communs sur lesquels d'importants enseignements peuvent être tirés de chaque expérience.