

Aantekening: Internasionale strafregtelike jurisdiksie vir die Afrika-hof: problematiese aspekte en die implikasies daarvan

Hendrik J. Lubbe

Hendrik. J. Lubbe, Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit,
Potchefstroomkampus

Abstract

International criminal jurisdiction for the African court: Problematic aspects and the implications thereof

This note identifies and describes a number of problematic aspects arising from the conferral of international criminal jurisdiction on the African court by means of the Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, which was adopted during the 23rd ordinary session of the summit of the African Union at the end of June this year. In the protocol's draft form problematic aspects included structural and financial challenges, the court's intended jurisdictional reach and immunity from prosecution. Despite these, the African Union recently adopted the draft protocol, but with a twist (not for the better, but for the worse). This relates to immunity for sitting heads of state and senior government officials, even for customary international law crimes. It is unlikely that the instrument will be ratified by enough African states in order to give effect to the protocol, and even if it succeeds, it is doubtful that the African court will be able to effectively prosecute the listed crimes. The relationship between the African court and the international criminal court is also explored and this note concludes by emphasising that the future of international criminal justice in Africa does not lie in the duplication of international criminal justice systems, but in the African Union and its member states' commitment to the prevention and domestic prosecution of international crimes, and in the international criminal court's improvement of its modus operandi with regard to its member states by the responsible and impartial discharging of its responsibilities under the Rome Statute.

Keywords: African court; immunity; international crimes; international criminal court; jurisdiction.

Trefwoorde: Afrika-hof; immunititeit; internasionale misdade; internasionale strafhof; jurisdiksie.

1. Inleiding

Tydens die 23ste Gewone Sessie van die Afrika-unie-beraad wat gedurende 26 en 27 Junie in Malabo, Ekwatoriaal-Guinee gehou is, het die Afrika-unie die Protokool oor wysigings aan die protokool oor die statute van die Afrika-hof vir justisie en menseregte (finale protokool) aangeneem.¹

Die finale protokool beoog om die Afrika-hof vir justisie en menseregte (oftewel Afrika-hof) op die been te bring wat die Afrika-hof vir mense- en volkeregte (AfCHPR) en die Afrika-hof van justisie (ACJ) vervang, en wat die hoof geregtelike orgaan van die Afrika-unie sal word. Die omvang van die Afrika-hof se mandaat sal groter wees as dié van sy voorgangers deurdat sy jurisdiksie verder sal strek as interstaatgeskille en staatsverantwoordelikheid vir die skending van menseregte. Hierdie hof sal ook jurisdiksie hê oor internasionale misdade soos volksmoord, oorlogsmisdade en misdade teen die mensdom, asook 'n verskeidenheid ander misdade wat nog nie onder internasionale gewoontereg gevestig is nie.

Die proses om internasionale stafregtelike jurisdiksie aan Afrika se streekshof te verleen, het vroeg in 2010 begin toe die AU-kommissie konsultante aangestel het om met die opstel van 'n protokool te begin. 'n Konsepprotokool het later in dieselfde jaar die lig gesien en is verskeie kere ter tafel gelê voordat dit finaal goedgekeur is. Die finale protokool was op die tydstip toe hierdie aantekening geskryf is, nie beskikbaar nie; derhalwe sal die teks van die 2012-weergawe van die konsepprotokool met enkele uitsonderings as verwysing gebruik word.

In die eerste afdeling word die uitbreiding van die Afrika-hof se jurisdiksie verduidelik. Die tweede afdeling fokus op die jurisdiksionele trefwydte van die Afrika-hof met die klem op die misdade wat die hof beoog om aan te hoor, gekoppel aan die konsep van immuniteit teen die vervolging van sodanige misdade. Die motivering vir die uitbreiding van die hof se jurisdiksie en die verhouding (indien enige) tussen die Afrika-hof en die internasionale strafhof word in die derde afdeling ondersoek. Daarna word die moontlikheid uitgelig van botsende verpligtinge van Afrikastate wat lidstate tot beide die finale protokool en die Rome-statuut van die internasionale strafhof gaan wees. Ten slotte word die vooruitsig op die realisering van die Afrika-unie se inisiatief beoordeel.

2. Die uitbreiding van die Afrika-hof se jurisdiksie

African Court on Human and Peoples' Rights, AfCHPR is by wyse van 'n gelyknamige protokool wat in 1998 deur die OAE (Organisasie vir Afrika-eenheid) aangeneem is, in die lewe groep.² Die protokool het op 25 Januarie 2004 in werking getree met die opdrag aan die AfCHPR om die African Commission on Human and Peoples' Rights (AfcmhPR) se beskermende

mandaat te komplementeer deur die uitreiking van bindende besluite en deur spesifieke remedies te beveel. Die hof het eers in 2008 operasioneel geword en sy eerste beslissing is op 15 Desember 2009 gegee.

Die Constitutive Act of the African Union³ wat in 2000 aangeneem is en in 2001 in werking getree het, beoog in artikel 18, sonder om melding van die ACHPR te maak, 'n afsonderlike hof vir die Afrika-unie wat hoofsaaklik oor algemene sake soos interstaatsgeskille sou beslis. Gevolglik is die African Court of Justice (ACJ) deur die Protocol of the Court of Justice of the AU⁴ in 2003 gestig. Die protokol het in 2009 in werking getree, maar die hof bestaan tot vandag toe steeds nie. Dit is weens die feit dat die Afrika-unie-vergadering reeds toe die ACHPR-protokol in 2004 in werking getree het, 'n moontlike samesmelting van die twee howe bespreek het wat bekragtigings van die ACJ-protokol aansienlik vertraag het.

Op 1 Julie 2008 het die Afrika-unie die Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights⁵ aangeneem wat beoog om die AfCHPR en die ACJ effektief te laat saamsmelt. Die protokol en die aangehegte statuut sal 30 dae na die deposito van die instrumente van bekragtiging deur 15 lidstate in werking tree. Slegs drie Afrikastate, naamlik Libië, Mali en Burkina Faso, het die protokol tot op datum bekragtig.⁶ By die inwerkingtreding van die protokol sal die nuwe hof, soos hier bo na verwys is, as die African Court of Justice and Human Rights (the African Court) bekend staan. In plaas van twee howe met twee verskillende jurisdiksies, roep die samesmeltingsprotokol dus 'n enkele hof in die lewe met twee verskillende jurisdiksies, naamlik die "human rights section" en die "general affairs section".⁷

Ten spyte van die feit dat die samesmeltingsprotokol nog nie in werking getree het nie, het die Afrika-unie ingevolge 'n besluit wat in 2009 deur die Afrika-unie-vergadering geneem is, konsultante aangestel om 'n gewysigde protokol vir die Statute of the African Court of Justice and Human Rights op te stel.⁸ Die gewysigde protokol maak onder andere vir belangrike kwessies voorsiening, naamlik die uitbreiding van die jurisdiksie van die Afrika-hof om spesifieke strafsake in 'n nuwe International Criminal Law Section te hanteer, soos hier onder bespreek word.⁹

Die "nuwe hof", eksperiment nommer vier, word dus deur die finale protokol opgerig wat die samesmeltingsprotokol (wat nog nie in werking getree het nie) wysig. Die vraag ontstaan of dit moontlik is, en die antwoord hierop is eenvoudig.¹⁰ Wysigings aan internasionale regsinstrumente is toelaatbaar slegs indien dit reeds in werking getree het. Afgesien van die gevaar wat die Afrika-unie loop dat die drie lande wat reeds die samesmeltingsprotokol bekragtig het, hul toestemming kan onttrek, sal dit 'n hele aantal regskomplikasies in die gesig staar. Dit sluit die verpligtinge van lidstate onder die samesmeltingsprotokol in wat nog nie in werking getree het nie, asook die voorgenome wysiging van hierdie verpligtinge deur 'n ander protokol met radikaal uiteenlopende idees.

In Junie 2010 is die eerste konsepprotokol voltooi en daarna is dit by verskeie werkswinkels en vergaderings gedurende 2011 oorweeg wat deur die AU Pan-African Parliament en AU Commission onderskeidelik byeengeroep en gekoördineer is. 'n November 2011-konsep is vir hersiening deur die AU Government Legal Experts tydens 'n vergadering voorberei wat van 7 tot 11 Mei 2012 in Addis Abeba plaasgevind het. Daarna het ministers van justisie en prokureurs-generaal gedurende 14 en 15 Mei 2012 byeengekom om die aanvaarding van die AU Government Legal Experts se verslag oor die voorgestelde wysigings aan die Afrika-hof se protokol te oorweeg. Die konsepprotokol, soos gewysig, is met enkele uitsonderings¹¹ goedgekeur en vir aanvaarding deur die Afrika-unie-vergadering aanbeveel.¹² Soos vroeër genoem, het die Afrika-unie die finale protokol tydens sy 23ste gewone sessie wat gedurende 26 en 27 Junie in Malabo, Ekwatoriaal-Guinee gehou is, aangeneem.

3. Die International Criminal Law Section van die Afrika-hof

Hierdie bykomende afdeling laat 'n aantal kwelpunte met betrekking tot struktuur, mannekrag en begroting ontstaan. Die hof se ambisieuse jurisdikisionele trefwydte is verder 'n groot bron van kommer en die vraag is of dit te ver gestrek word. Die geldigheid hiervan word versterk deur die feit dat daar van die hof verwag sal word om nie alleen gevestigde internasionale misdade te vervolg nie, maar ook 'n aantal ander misdade wat nog nie in die internasionale gewoontereg gevestig is nie. Die sukses van hierdie vervolgings hang in die weegskaal indien daar te veel van die hof verwag gaan word, veral as te min met betrekking tot mannekrag en hulpbronne aan die hof toegeken word.

3.1 Strukturele en finansiële implikasies

Selfs voor die nuwe strafafdeling voorgestel is, het die hof reeds sy hande vol gehad. Met hierdie toevoeging ontstaan daar geldige vrae rakende die vermoë van die hof, nie alleen om sy nuwe verpligtinge na te kom nie, maar ook wat betref die uitwerking wat dit op die hof se vermoë sal hê om sy algemene en menseregte-verpligtinge na te kom. Sonder om in te fyn besonderhede hierop in te gaan, sal die onderstaande bloot ter illustrasie aangewend word om die kwessies toe te lig.

Die konsepprotokol bepaal dat die strafafdeling drie kamers sal hê, naamlik 'n voorverhoorkamer, 'n verhoorkamer en 'n appèlkamer.¹³ Dit bepaal verder dat daar ses regters sal wees,¹⁴ en ongeag hul indeling bepaal die konsepprotokol reeds die kworum vir die verskillende kamers.¹⁵ Die voorverhoorkamer sal deur een regter behartig word, die verhoorkamer deur drie regters en die appèlkamer deur vyf regters. Nege regters is dus nodig vir een verhoor, en soos Du Plessis¹⁶ tereg noem, is daar 'n wiskundige probleem met die indeling van die konsepprotokol. Gestel die hof hanteer op enige gegewe tydstep slegs

een saak, dan sal een regter die voorverhoorverrigtinge hanteer en hierdie regter sal nie in een van die ander kamers mag dien nie. Drie van die vyf wat oorbly, sal die verhoor moet voorsit en 'n ander vyf sal vir 'n appèl beskikbaar moet wees. Die hof het dus nog drie regters nodig. Om bogenoemde in perspektief te plaas, kan daar na die internasionale strafhof verwys word. Hierdie hof is slegs met die vervolging van drie misdade gemoeid en in hierdie stadium hoor dit slegs sake aan wat uit konflik in Afrika voortspruit. Met sy 18 regters is die hof steeds oorlaai en nie in staat om spoedige verhore te verseker nie.

Wat die finansiële implikasie betref, is dit insiggewend om die internasionale strafhof se begroting vir die 2014-boekjaar met dié van die ACHPR te vergelyk. Die internasionale strafhof se begroting is net onder VSA\$166 miljoen; daarteenoor beloop die ACHPR se begroting vir dieselfde jaar net bo VSA\$8,5 miljoen.¹⁷ Hierdie vergelyking is betekenisvol, aangesien die internasionale strafhof se begroting vir die ondersoek van net drie misdade, en nie die spektrum misdade wat die Afrika-hof wil aanpak nie, 19 keer meer is as dié van die ACHPR se begroting sonder 'n strafafdeling. Dit is belangrik om daarop te let dat die gemiddelde koste vir die vervolging van 'n misdaad en alles wat daarmee gepaard gaan, by beraming meer as VSA\$20 miljoen beloop. Die vraag is waar die geld vandaan gaan kom om die strafafdeling van die voorgenome Afrika-hof op die been te bring en van genoeg geld te voorsien om sy voorgestelde werk effektief te kan doen.

Indien daar vir die oomblik aanvaar word dat die Afrika-unie die nodige personeel en begroting sal voorsien, bly die ambisieuse juridiksionele trefwydte kommerwekkend.

3.2 Juridiksionele trefwydte

Artikel 17(3) van die konsepprotokol verleen aan die International Criminal Law Section van die Afrika-hof die bevoegdheid “to hear all cases relating to the crimes specified in this Statute”. Hierdie misdade word in die nuwe artikel 28(a) gelys as

genocide, crimes against humanity, the crime of unconstitutional change of government; piracy, terrorism, mercenarism, corruption, money laundering, trafficking in persons, trafficking in drugs, illicit exploitation of natural resources, the crime of aggression, and inchoate offences.

Byna elkeen van hierdie misdade regverdig 'n afsonderlike studie, maar vir doeleindes van hierdie aantekening sal daar volstaan word met die stelling dat die konsepprotokol in sy 2012-formaat aanleiding gee tot 'n aantal probleme, suiwer op die vlak van die definisies van sekere van hierdie misdade.¹⁸ Die definisie van “unconstitutional change of government” is een so 'n voorbeeld. Afrikastate kon nie ten tye van die opstel van die konsepprotokol konsensus

oor die substantiewe elemente van die misdaad bereik nie. Gevolglik het die ministers van justisie en prokureurs-generaal hierdie misdaad uitgesluit toe hulle die konsepprotokol in Mei 2012 aanvaar het, aangesien hulle van mening was dat die definisie van die misdaad vaag is en verdere aandag vereis het. Dit is onseker in welke mate hierdie probleem in die finale protokol ondervang is.

'n Verdere hindernis is dat die konsepprotokol skynbaar oornag poog om jurisdiksie oor 'n aantal misdade te vestig wat nog nie eens in internasionale strafreg gestalte gevind het nie. Hierdie misdade sluit onder andere “mercenarism”¹⁹ en korrupsie in. Die vraag ontstaan op welke basis die opstellers van die konsepprotokol probeer het om die Afrika-hof met hierdie buitengewone jurisdiksie te vestig. Dit blyk dat die enigste basis waarop dit moontlik gedoen kan word, artikel 4(h) van die Constitutive Act of the AU is:

The Union shall function in accordance with the following principles:

(h) the right of the Union to intervene in a Member State pursuant to a decision of the Assembly in respect of grave circumstances, namely: war crimes, genocide and crimes against humanity.

Sonder om eers na die voorskrifte van die uitleg van verdrae soos vervat in artikel 31(2) van die *Vienna Convention on the Law of Treaties*²⁰ te verwys, beperk die teks van artikel 4(h) die Afrika-unie tot die drie gelyste misdade. Dit verklaar nog nie die ander misdade wat in artikel 17(3) van die konsepprotokol gelys is nie. Alvorens 'n misdaad deur 'n internasionale forum vervolg mag word, moet die betrokke misdaad as “internasionaal” en “ernstig” deur die internasionale gewoontereg erken word. Dit is nie die geval by die meeste van die misdade wat by die hof se jurisdiksie ingesluit is nie.²¹ 'n Misdaad word as internasionaal beskou indien dit nie net die goeie orde van sekere state bedreig nie, maar ook dié van die internasionale gemeenskap in sy geheel. Verder moet alle state 'n belang by die voorkoming van hierdie misdaad hê, aangesien dit die kernwaardes skend wat die grondslag van die openbare wêreldorde uitmaak. Wat die graad van erns van 'n misdaad aanbetref, is dit moeilik om te bepaal of 'n misdaad ernstig genoeg is vir doeleindes van internasionale strafregtelike vervolging aangesien daar geen onfeilbare riglyne bestaan om 'n misdaad onder internasionale gewoontereg te kalibreer nie.

“Mercenarism” kan hier as voorbeeld dien. Hierdie misdaad is op die rand van munisipale en internasionale reg in dié sin dat huursoldate van sowel die staat waarbinne hulle aktiwiteite plaasvind afkomstig kan wees as van buite. Dit is moeilik om in te sien hoe die aktiwiteite van soldate wat betaal word om in vreemde state te veg, internasionale strafregtelike vervolging regverdig. Tensy die regering van die skuldiges medepligtig is, in welke geval die reg van staatsaanspreeklikheid sal geld, behoort vervolging onder munisipale reg van die geaffekteerde state op die basis van territorialiteit plaas te vind. Wat die vereiste van “ernstig” betref, het die 1977 *OAU Convention for the*

Elimination of Mercenarism wat in 1985 in werking getree het, “mercenarism” as ’n ernstige misdaad, veral in die konteks van die dekolonisering van Afrika, bestempel. Aan die ander kant beskou die 1977 *Additional Protocol to the Geneva Conventions* nie die aktiwiteite van “mercenaries” as “grave breaches” van die internasionale reg nie. Tensy misdade nie as “internasionaal” en “ernstig” uitkristalliseer nie, is dit moeilik om, vanweë die onsekerheid soos ten aansien van “mercenarism” bestaan, te sê of ’n betrokke misdaad aan die genoemde twee vereistes vir die vervolging deur ’n internasionale forum voldoen.

Volgens Abass beklemtoon die insluiting van misdade soos “money laundering, corruption, mercenarism, the illicit exploitation of natural resources”²² binne die jurisdiksie van die Afrika-hof ongetwyfeld die gewig wat baie Afrikastate aan hierdie misdade heg. Abass meen dat sodanige uitbreiding van die Afrika-hof se jurisdiksie die gaping oorbrug tussen die internasionale strafhof se jurisdiksie en die gereelde voorkoms van minder bekende en verwoestende misdade wat baie Afrika-lidstate tot die Rome-statuut teister. Dit kan ongetwyfeld so gesien word, maar dan hoogstens as ’n strewe, aangesien dit steeds nie die regsprobleme in hierdie verband oplos nie en ook nie die praktiese onuitvoerbaarheid daarvan verreken nie.

3.3 Immuniteit

In beginsel is daar ’n belangrike rede waarom jurisdiksie beperk behoort te word tot misdade wat in die internasionale gewoonereg gevestig is. Dit is omdat die jurisdiksie oor hierdie internasionale misdade ingevolge die internasionale strafreg gepaard gaan met immuniteit teen die vervolging daarvan. Vir doeleindes van hierdie afdeling word onderskei tussen immuniteit ingevolge die konsepprotokol en die finale protokol, aangesien hierdie twee protokolle ingrypend van mekaar verskil.

Ingevolge die konsepprotokol²³ word amptenare wat die gelyste misdade in die protokol pleeg, van die immuniteit ontnem wat tradisioneel volgens internasionale gewoonereg aan hulle verleen word, ten minste tydelik, vir so lank hulle hul ampte beklee. Volgens internasionale gewoonereg word hierdie immuniteit aan amptenare vir alle amptelike funksies verleen en word hulle slegs daarvan ontnem in gevalle waar hulle internasionale misdade pleeg wat deur die internasionale gewoonereg erken word.²⁴

Die spanning tussen die respek vir hierdie immuniteit en die vervolging van diegene wat die meeste verantwoordelikheid vir internasionale misdade dra, is onvermydelik; alhoewel daar ’n beweging ten gunste van die stryd teen straffeloosheid is, sal immuniteit steeds in sekere gevalle ’n struikelblok wees. Selfs in die huidige stand van sake rakende immuniteit in internasionale gewoonereg, en selfs vir die misdade wat vanselfsprekend onder internasionale gewoonereg gevestig is (volksmoord, misdade teen die mensdom en oorlogsmisdade), het state steeds ’n plig om die reëls rakende

immunititeit in sekere omstandighede te respekteer. Deur immunititeit vir alle misdade te ontnem, insluitend dié wat duidelik nog nie deel van die internasionale gewoontereg uitmaak nie, dwing die konsepprotokol state dalk om 'n keuse uit te oefen tussen die respek vir hul eie en ander se immunitete onder internasionale gewoontereg deur te weier om 'n party tot die protokol te word, of om 'n party tot die protokol te word en die risiko te loop om daardie immunititeit ten onregte steeds te verleen.²⁵

Die finale protokol verander die situasie drasties deur 'n bepaling ingevolge waarvan immunititeit aan sittende staatshoofde en ander senior regeringsamptenare verleen word wat hulle van vervolging vir die gelyste misdade vrywaar terwyl hulle hul ampte beklee. Artikel 46A *bis* van die finale protokol bepaal die volgende:

No charges shall be commenced or continued before the Court against any serving African Union Head of State or Government, or anybody acting or entitled to act in such capacity, or other senior state officials based on their functions, during their tenure of office.

Die Afrika-unie het hierdie bepaling vermoedelik in die konteks van die voortgesette spanning tussen Afrikastate en die internasionale strafhof aangeneem wat daarvan beskuldig word dat dit Afrikaleiers vir vervolging uitsonder. Twee sittende staatshoofde word tans deur vervolging deur die internasionale strafhof in die gesig gestaar weens misdade teen die mensdom en ander misdade. Hulle is Kenia se president Uhuru Kenyatta en Soedan se president Omar al-Bashir. Kenia se adjunkpresident, William Ruto, is ook aangekla vir die indirekte pleging van misdade teen die mensdom. Die persepsie dat die internasionale strafhof disproporsioneel op situasies in Afrika fokus, het daartoe gelei dat Afrikastate begin dreig het om hulle aan die hof se jurisdiksie te onttrek. In Oktober 2013 het die Afrika-unie 'n buitengewone spitsberaad juis hieroor gehou en besluit dat geen sittende staatshoof ooit voor 'n internasionale hof behoort te verskyn nie.²⁶

Artikel 46A *bis* is in stryd met die *AU Constitutive Act* wat in artikels 4(o) en (h) belangrike verklarings bevat wat die Afrika-unie se ondubbelsinnige verwerping van straffeloosheid onderstreep en sy toewyding om in 'n lidstaat in te gryp duidelik maak in gevalle van volksmoord, oorlogsmisdade en misdade teen die mensdom.

Verder is die bepaling ook in stryd met internasionale gewoontereg en dit wyk af van die mandate van supranasionale howe soos die internasionale strafhof en die internasionale straftribunaal vir die voormalige Joego-Slawië (ICTY) en Rwanda (ICTR). Die irrelevansie van amptelike hoedanigheid voor internasionale strafhowe is al so gevestig dat dit deel uitmaak van die internasionale gewoontereg en dit is nie eens vir doeleindes van hierdie aantekening nodig om verder hierop in te gaan nie. Verskeie internasionale instrumente, soos die *Convention against Torture*,²⁷ *Convention on the*

Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,²⁸ en die Geneefse Konvensies van 1949²⁹ erken ook hierdie beginsel en stel individue aanspreeklik vir ernstige misdade soos vervat in die verdrae, ongeag hul posisie. Artikel 27(1) en (2) van die Rome-statuut,³⁰ artikel 7(2) van die ICTY se statuut en artikel 6(2) van die ICTR se statuut³¹ bevestig hierdie geïkte beginsel.

Kortliks gestel, is dit duidelik dat die bepaling in artikel 46A *bis* van die finale protokol direk in stryd is met internasionale gewoontereg en dit is byna onbegryplik dat die finale protokol so aanvaar is en sonder teenstand sal bly voortbestaan. Die betrokke bepaling skend 'n gebiedende norm en bepaling in die Rome-statuut, by name artikels 27(1) en (2), en daarom sal die ondertekening en bekragtiging van die finale protokol deur Afrikastate wat lidstate van die Rome-statuut is, direk in stryd wees met artikel 53 van die *Vienna Convention on the Law of Treaties*,³² wat bepaal:

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

4. Die verhouding tussen die Afrika-hof en die internasionale strafhof

Die totstandkoming van die internasionale strafhof het met ernstige en volgehoue betrokkenheid deur Afrikastate gepaard gegaan deurdat hulle omvattend bygedra het voor, gedurende en na die diplomatieke konferensie in Rome waartydens die Rome-statuut van die internasionale strafhof gefinaliseer is. Die Rome-statuut is tans deur byna twee derdes van die Afrikastate bekragtig.³³

Die sterk ondersteuning vir die internasionale strafhof wat deur Afrika se vorige posisie rakende internasionale strafregtelike geregtigheid gekenmerk is, is vandag minder prominent. 'n Hele aantal besware³⁴ is al op verskeie wyses teen die hof geopper, hetsy deur Afrikastate, insluitende dié wat lidstate van die Rome-statuut is, of in besluite wat deur die Afrika-unie geneem is, of deur verklarings van Afrika-unie-leiers.

Eerstens is daar die bewering dat die internasionale strafhof 'n instrument van heerskappy van Westerse magte is. Tweedens, en verwant aan die eerste bewering, is die argument dat die internasionale strafhof 'n instelling is wat gefokus is op, of diskrimineer teen, Afrika. Derdens, dat die internasionale strafhof se fokus op Afrika sy pogings om sy eie probleme op te los ondermyn. Hierdie beswaar word dikwels geregverdig deur na die Soedan-

aangeleentheid te verwys en kom neer op kritiek dat die internasionale strafhof deur sy werksaamhede Afrika se vredesinisiatiewe en konflikbeslegtingsprosesse ondermyn. Afrikastate het sowel individueel as deur die Afrika-unie 'n beroep op die Veiligheidsraad van die Verenigde Nasies gedoen om die internasionale strafhof se ondersoek na Omar al-Bashir op te skort deur die implementering van artikel 16 van die Rome-statuut. 'n Vierde beswaar het hieruit ontstaan, naamlik dat die Veiligheidsraad Afrika se versoeke ignoreer dat vrede bo geregtigheid gerespekteer moet word. Wat die Veiligheidsraad betref, is die vyfde beswaar dat die raad (met sy skewe institusionele mag) hom skuldig maak aan dubbele standaarde deur die Soedan-aangeleentheid te verwys, maar nie dieselfde met byvoorbeeld die konflik in Gaza doen nie. 'n Sesde beswaar handel oor immuniteit van sittende staatshoofde onder internasionale gewoontereg en die hof se bereidwilligheid om desnieteenstaande voort te gaan met die vervolging van 'n sittende staatshoof van 'n land wat nie eens 'n lidstaat van die Rome-statuut is nie.

Hierdie besware het ongetwyfeld die behoefte binne die Afrika-unie laat ontstaan om die Afrika-hof in staat te stel om, as 'n oënskynlike alternatief tot die internasionale strafhof, ernstige misdade te hanteer wat van internasionale belang is. Hierdie idee het reeds in 2007–8 ontstaan toe die Group of (African) Experts die Afrika-unie oor die "samesmelting" van die *African Court on Human and Peoples' Rights* met die *African Court of Justice* geadviseer het. Hulle het toe reeds aanbeveel dat behoorlike oorweging geskenk moet word aan die uitbreiding van die jurisdiksie van die Afrika-hof om internasionale misdade te dek.

Die protokol swyg oor enige verhouding tussen die Afrika-hof met sy uitgebreide jurisdiksie en die internasionale strafhof. Dit is egter nodig om die verhouding (indien enige) tussen hierdie twee howe te oorweeg, aangesien 34 van die 54 Afrikastate lede van die internasionale strafhof is, met minstens ses van hierdie state wat wetgewing aangeneem het om uitvoering aan hul verpligtinge teenoor die internasionale strafhof te gee.

Die uitdagings is legio.³⁵ In die eerste plek is die vraag watter hof voorrang sal geniet. Die Afrika-unie sal uiteraard wil hê dat sy lidstate na die Afrika-hof moet neig, maar meer as 60 persent van sy lidstate is reeds lede van die internasionale strafhof. Dit beteken dat daar 'n oorvleueling in sferes van jurisdiksie sal wees, asook die vooruitsig van botsende verpligtinge – om nie te praat van 'n verdubbeling vir sommige lande om finansieel tot twee howe by te dra nie. Verder sal daar noukeurig aandag geskenk moet word aan die kwessie met betrekking tot munisipale wetgewing ten einde 'n verhouding met die uitgebreide Afrika-hof daar te stel (veral gegewe die probleme met wedersydse regshulp en uitlewering). In hierdie opsig is daar talle probleme, insluitend dat elemente van misdade in die konsepprotokol van die elemente van misdade in munisipale reg verskil. Dit vereis dus die herskryf van wetgewing van Afrikastate. 'n Aantal van die gelyste misdade in die konsepprotokol is verder nie eens misdade in die munisipale reg van

Afrikastate nie en dus vereis dit die versigtige insluiting van hierdie misdade by munisipale reg om samewerking te verseker. Munisipale wetgewing kan ook reeds 'n verpligting vereis om met die internasionale strafhof saam te werk in die ondersoek van sekere misdade, en dat die oorgee van verdagtes aan die Afrika-hof en uitlewering tussen lidstate regulering sal vereis.

Hierdie is komplekse probleme, en die onderlinge verhouding tussen munisipale en internasionale reg is ingewikkeld. Dit blyk duidelik uit die feit dat net ses van die 34 Afrika-lidstate daartoe in staat was om deur hierdie kompleksiteit te werk ten einde munisipale wetgewing ten opsigte van die internasionale strafhof aan te neem. Hierdie taak sal beslis nie ten opsigte van die Afrika-hof se uitgebreide jurisdiksie vergemaklik word nie – dit sal veel eerder 'n kompliserende faktor vir die Afrikastate wees wat partye tot die internasionale strafhof is.

Gegewe hierdie probleme, bly dit insiggewend dat die konsepprotokol nêrens melding van die internasionale strafhof maak nie. Dit is óf 'n teken dat die Afrika-unie die hoop koester dat sy lede die internasionale strafhof sal systap, óf dit is 'n geval van onverantwoordelike verdragmaking wat die ondertekenaars daarvan dwing om 'n party tot 'n instrument te word wat die ingewikkelde verhouding wat vir lidstate van die Rome-statuut sal bestaan, opsetlik of nalatig ignoreer. Miskien, optimisties gestel, sal dit mettertyd deur die Afrika-unie ingelui word as 'n Afrika-hof wat die internasionale strafhof sal komplementeer, maar met 'n plaaslike fokus – alhoewel daar tans geen sprake van so 'n komplementêre werking in die konsepprotokol bestaan nie.³⁶ Daar is verder ook geen leiding aan lidstate gegee wat reeds tot die internasionale strafhof verbind is oor hoe, of en wanneer hulle daardie verpligtinge in verband met die voorgestelde strafregtelike jurisdiksie wat deur die Afrika-hof uitgeoefen gaan word, moet balanseer nie.

5. Gevolgtrekking

Diegene wat by die opstel van die konsepprotokol betrokke was, verduidelik dat dit deur ander redes as negatiewe sentiment teenoor die internasionale strafhof soos hier bo uitgelig, gemotiveer is. Hierdie verduideliking hou egter nie water as spanning tussen Afrikastate, die Veiligheidsraad van die Verenigde Nasies en die internasionale strafhof oorweeg word wat destyds reeds deur die Soedan en Keniaanse situasies, om maar net twee te noem, veroorsaak is nie.³⁷

Inherent is daar niks mee verkeerd om 'n streekshof met jurisdiksie oor internasionale misdade op die been te bring nie.³⁸ Die Rome-statuut is bloot 'n multilaterale verdrag wat die internasionale strafhof as permanente hof vir die vervolging van internasionale misdade in die lewe geroep het. Dit benoem nie die hof as 'n verhewe judisiële instelling wat soortgelyke instellings verban nie.

Die Afrika-unie is nie 'n party tot die Rome-statuut nie; daarom is dit nie vir die Afrika-unie nodig om die seën van die internasionale strafhof te hê om soortgelyke jurisdiksie aan dié wat die internasionale strafhof uitoefen, aan sy eie hof te verleen nie. Daar is ook geen bepaling in die Rome-statuut wat lidstate verbied om howe met soortgelyke jurisdiksie in hul streke op te rig nie. Daar is verder ook geen reël in die internasionale reg wat die bestaan van meerdere instellings met dieselfde doel verbied nie.

'n Mens sou aan die ander kant seker kon argumenteer dat die Afrika-unie wel in ag moet neem dat die meerderheid Afrikastate lidstate van die Rome-statuut is en derhalwe verpligtinge teenoor die internasionale strafhof het. Deur byvoorbeeld van sy lidstate te verwag om nie hierdie verpligtinge na te kom nie, sal nie in belang van die betrokke state wees nie. Inteendeel, dit sou wat die immunitetsbepaling betref, Afrikastate aanmoedig of selfs dwing om strydig met die internasionale gewoontereg op te tree.

Gegewe die praktiese en inhoudelike probleme wat met die konsepprotokol en finale protokol in hierdie aantekening geïdentifiseer is, is dit hoogs onwaarskynlik dat die Afrika-hof tot stand sal kom, of in staat sal wees om die beoogde misdade effektief te vervolg, selfs al word die finale protokol deur 15 Afrikastate bekragtig. Daar moet ook benadruk word dat indien die hof tot stand sou kom, hy vanweë sy temporale jurisdiksie nie terugwerkende krag sal hê nie en dus nie Afrika se huidige probleme en sake wat tans voor die internasionale strafhof dien, self sal kan aanpak nie.

Die toekoms van die internasionale strafregstelsel in Afrika lê nie in die duplisering van internasionale strafregstelsels nie, maar eerstens daarin dat die Afrika-unie moet verseker dat sy lidstate die voorkoming en munisipale vervolging van internasionale misdade in 'n ernstiger lig sien, en tweedens daarin dat die internasionale strafhof sy *modus operandi* met betrekking tot sy lidstate verbeter. Laasgenoemde impliseer dat die hof sy verpligtinge so verantwoordelik en onpartydig as wat sy samestellende instrument van hom vereis, nakom.³⁹ Derdens lê dit volgens Abass⁴⁰ daarin dat daar 'n balans gevind moet word tussen die hof se wil om oortreders, ongeag hul posisie of status, te vervolg en die Afrika-unie se vasberadenheid om te verseker dat Afrikaleiers beskaafd en met die nodige respek deur die hof behandel word.

Bibliografie

Abass, A. 2013. The proposed international criminal jurisdiction for the African Court: Some problematical aspects. *Netherlands International Law Review*, 60(1):46.

African Union. 2003. *Protocol of the court of justice of the African Union*, 11 Julie 2003, beskikbaar by: <http://www.refworld.org/docid/4937ee0e2.html> (6 Augustus 2014 geraadpleeg).

African Union. 2008. *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, 1 Julie 2008, beskikbaar by:
<http://www.refworld.org/docid/4937f0ac2.html> (6 Augustus 2014 geraadpleeg).

Assembly/AU/Dec.213 (XII). 2009. 1–3 February 2009:
http://www.au.int/en/sites/default/files/Assembly_en_1-3_February_2009_auc_Twelfth_Ordinary_Session_decisions_declarations_message_congratulations_motion.pdf (30 Julie 2014 geraadpleeg).

Assembly of States Parties. 2014. States Parties to the Rome Statute » African States http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states_parties/african_states/Pages/african_states.aspx (30 Julie 2014 geraadpleeg).

Cryer, R. 2007. *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.

Decisions, Declarations and Resolution of the Assembly of the Union. 2014. Twenty-Third Ordinary Session, 26–27 June 2014, Malabo, Equatorial Guinea <http://summits.au.int/en/23rdsummit/documents/decisions-declarations-and-resolution-assembly-union-twenty-third-ordinary-sess> (30 Julie 2014 geraadpleeg).

Dugard, J. 2011. *International law: A South African perspective*. 4de uitgawe. Claremont: Juta.

Du Plessis, M. 2010. *The International Criminal Court that Africa wants*. Pretoria: Institute for Security Studies.

—. 2012. *Implications of the AU decision to give the African Court jurisdiction over international crimes*. Pretoria: Institute for Security Studies.

Extraordinary Session of the Assembly of the African Union on ICC <http://summits.au.int/en/icc> (30 Julie 2014 geraadpleeg).

International Committee of the Red Cross (ICRC). 1949. Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (First Geneva Convention), 12 Augustus 1949, 75 UNTS 31, beskikbaar by:

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3694.html>; International Committee of the Red Cross (ICRC). Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (Second Geneva Convention), 12 Augustus 1949, 75 UNTS 85, beskikbaar by: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b37927.html>; International Committee of the Red Cross (ICRC). Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention), 12 Augustus 1949,

75 UNTS 135, beskikbaar by: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36c8.html>; en International Committee of the Red Cross (ICRC). Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), 12 Augustus 1949, 75 UNTS 287, beskikbaar by: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36d2.html> (6 Augustus 2014 geraadpleeg).

Ochieng', L. International Criminal Court secures budget increase <http://mobile.nation.co.ke/news/International-Criminal-Court-Budget-Increase/-/1950946/2150244/-/format/xhtml/-/hie0p0z/-/index.html> en Budget of the African Union for the 2014 financial year <http://www.safpi.org/news/article/2013/budget-african-union-2014-financial-year> (7 Julie 2014 geraadpleeg).

Organization of African Unity (OAU). 1998. *Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Establishment of an African Court on Human and People's Rights*, 10 Junie 1998, beskikbaar by: <http://www.refworld.org/docid/3f4b19c14.html> (6 Augustus 2014 geraadpleeg).

—. 2000. *Constitutive Act of the African Union*, 1 Julie 2000, beskikbaar by: <http://www.refworld.org/docid/4937e0142.html> (6 Augustus 2014 geraadpleeg).

Ratification Status of the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights. 2014. http://www.africancourtcoalition.org/index.php?option=com_content&view=article&id=87:ratification-status-protocol-on-the-statute-of-the-african-court-of-justice-and-human-rights&catid=7:african-union&Itemid=12 (7 Julie 2014 geraadpleeg).

UN General Assembly. 1948. *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 9 Desember 1948, United Nations, Treaty Series, vol. 78, bl. 277, beskikbaar by: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3ac0.html> (6 Augustus 2014 geraadpleeg).

—. 1984. *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 Desember 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, bl. 85, beskikbaar by: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a94.html> (6 Augustus 2014 geraadpleeg).

United Nations. 1969. *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, bl. 331, beskikbaar by: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a10.html> (30 Augustus 2014 geraadpleeg).

Eindnotas

- ¹ Decisions, Declarations and Resolution of the Assembly of the Union (2014).
- ² Organization of African Unity (1998).
- ³ Organization of African Unity (2000).
- ⁴ African Union (2003).
- ⁵ African Union (2008).
- ⁶ Ratification Status of the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights (2014).
- ⁷ Art. 16(1) van die *Draft Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court on Justice and Human Rights*.
- ⁸ Assembly/AU/Dec.213 (XII) (2009).
- ⁹ Par. 3.
- ¹⁰ Abass (2013:46).
- ¹¹ Die AU Assembly het die AU Commission versoek om verdere aandag aan die definisie van die misdaad “unconstitutional change of government” te gee, asook aan aspekte rakende die finansiële en strukturele implikasies van die uitbreiding van die hof se jurisdiksie.
- ¹² Assembly/AU/Dec. 213 (XII) (2009).
- ¹³ Art. 16(2).
- ¹⁴ Art. 4(3).
- ¹⁵ Art. 10(4) en (5).
- ¹⁶ Du Plessis (2012:7).
- ¹⁷ Ochieng' (2014).
- ¹⁸ Du Plessis (2012:7).
- ¹⁹ By die gebrek aan 'n enkele Afrikaanse term vir *mercenarism* sal daar geriefshalwe met die Engelse term volstaan word om na die gebruik van huursoldate te verwys.
- ²⁰ United Nations (1969).
- ²¹ Vir 'n ondersoek hierna kan daar na Abass (2013:34–7) verwys word.
- ²² Abass (2013:33).
- ²³ Art. 46B(2).
- ²⁴ Vir 'n bespreking hiervan sien o.a. Dugard (2011:250–4).
- ²⁵ Cryer (2007:422).
- ²⁶ Extraordinary Session of the Assembly of the African Union on ICC (2014).
- ²⁷ UN General Assembly (1984).
- ²⁸ UN General Assembly (1948).
- ²⁹ International Committee of the Red Cross (1949).
- ³⁰ Art. 27(1): “This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity”; en art. 27(2): “Immunities or special

procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person.”

³¹ Artt. 7(2) en 6(2): “[The] official position of any accused person, whether as Head of state or government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.”

³² United Nations (1969).

³³ Assembly of States Parties (2014).

³⁴ Du Plessis (2010:vii-viii).

³⁵ Du Plessis (2012:10).

³⁶ Komplementariteit is ’n afsonderlike aspek wat gegewe die fokus en omvang van hierdie aantekening nie hier bespreek word nie.

³⁷ Du Plessis (2012:3).

³⁸ Abass (2013:49).

³⁹ Abass (2013:50).

⁴⁰ *Ibid.*