

Jihan Kahssay

When NGOs Fulfill State Obligations

How NGO Laws in Africa Can Interfere with
Social Rights of Beneficiaries



Nomos

**Studien aus dem Max-Planck-Institut
für Sozialrecht und Sozialpolitik**

Band 73

Jihan Kahssay

When NGOs Fulfill State Obligations

How NGO Laws in Africa Can Interfere with
Social Rights of Beneficiaries



Nomos

Open Access funding provided by Max Planck Society.

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

Zugl.: LMU, München., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6576-8 (Print)
978-3-7489-0692-6 (ePDF)

British Library Cataloguing-in-Publication Data

A catalogue record for this book is available from the British Library.

ISBN 978-3-8487-6576-8 (Print)
978-3-7489-0692-6 (ePDF)

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Kahssay, Jihan

When NGOs Fulfill State Obligations

How NGO Laws in Africa Can Interfere with Social Rights of Beneficiaries

Jihan Kahssay

337 pp.

Includes bibliographic references.

ISBN 978-3-8487-6576-8 (Print)
978-3-7489-0692-6 (ePDF)

1st Edition 2020

© Jihan Kahssay

Published by

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden

www.nomos.de

Production of the printed version:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden

Printed and bound in Germany.

ISBN (Print): 978-3-8487-6576-8A

ISBN (ePDF): 978-3-7489-0692-6

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748906926>



This work is licensed under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Onlineversion
Nomos eLibrary

WHEN NGOs FULFILL STATE OBLIGATIONS:
How NGO Laws in Africa Can Interfere with Social Rights of Beneficiaries

Jihan A. KAHSSAY

For My Family

Preface

This book is the outcome of my work as a doctoral student of the Ludwig Maximilian University of Munich. My dissertation was submitted to the faculty of law in October 2018 and was approved in April 2019. The research for this book was conducted during my time as a doctoral researcher at the Max Planck Institute for Social Law and Policy and as a guest researcher at the University of California Davis, School of Law.

I thank my doctoral advisor, Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI) – the director of the Max Planck Institute for Social Law and Social Policy – whose thoughtful questions and rigorous standards were invaluable to my progress. I thank Prof. Dr. Jens Kersten for providing a second opinion on my dissertation.

I am also indebted to many other people for their encouragement. Prof. Leticia Saucedo, for her mentorship and unending support. My fellow doctoral students, including Ms. Yifei Wang, Dr. Maximilian Krefner and Dr. Stefan Stegner, for always being willing to lend me an attentive audience, even during late hours into night. The researcher staff of the Max Planck Institute for Social Law and Social Policy and in particular the librarians, for always being able to locate resources – no matter how obscure they might have been.

Finally, I thank my family and friends for their kindness and their compassion during these years. My father, for having encouraged me to chase after whatever makes me feel alive. My mother, for always believing that I am more capable than I might sometimes think I am. My husband, for loving me faithfully from the very beginning. Amalia, for her endless support. My siblings and close friends, for reminding me again and again that our moments together often matter so much more than all that's happened while we were apart.

London, January 2020

Jihan A. Kahssay

Zusammenfassung

In Afrika zeichnet sich ein gesetzlicher Trend ab, der zivilgesellschaftliche Organisationen, einschließlich Nichtregierungsorganisationen (NRO-en), einschränkt. Viele drücken ihre Besorgnis darüber aus, dass die Eckpfeiler einer freien Zivilgesellschaft - nämlich das Recht, sich zu assoziieren und das Recht auf freie Meinungsäußerung - angegriffen werden. Ein bislang eher weniger beleuchtetes Problem ist jedoch, dass solche staatlichen Maßnahmen auch die sozialen Rechte der Personen betreffen, die durch die NRO-en betreut werden (Begünstigte). In diesem Zusammenhang verpflichtet der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskr) Staaten Schritte zur vollständigen Verwirklichung der sozialen Rechte, unter Einsatz aller geeigneten Mittel bis zum Maximum ihrer verfügbaren Ressourcen, zu unternehmen. In diesem Sinne lässt sich die soziale Verantwortung von Staaten als ein dynamisches Konzept begreifen. In Abhängigkeit von den gegebenen Umständen, z.B. Ressourcenknappheit, variiert demnach der jeweilige Pflichtenhorizont der Staaten gegenüber den Begünstigten. Diesbezüglich stellt sich jedoch die Frage, wie Menschenrechtsverpflichtungen der Staaten im Bereich der sozialen Rechte bestimmt werden sollen, wenn NRO-en mit externen Finanzierungsquellen in die Gleichung eingehen.

Soweit die gemeinnützigen Aktivitäten von NRO-en ein zentrales Instrument darstellen, um soziale Rechte zu verwirklichen oder zu genießen, besteht ein Dreiecksverhältnis zwischen dem Staat, den NRO-en und den Begünstigten, welches die Rechte und Pflichten der Akteure zueinander bestimmt. Während der Staat soziale Rechte im Rahmen der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten schuldet, realisieren NRO-en diese faktisch durch gemeinnützige Aktivitäten. Daher sind die Bedingungen der Rechtsbeziehung zwischen NRO-en und dem Staat zu klären.

Wenn Staaten die Verwirklichung und den Genuss sozialer Rechte nicht bis zu dem Grad garantieren, zu dem sie verpflichtet sind, entstehen Schutzlücken, die NRO-en schließen, indem sie die rechtlichen Verpflichtungen des Staates erfüllen. Daher muss der Staat gemeinnützige Tätigkeiten nicht nur zulassen und erleichtern, sondern auch sicherstellen, dass auch dann noch ein vergleichbarer Zugang zu sozialen Rechten garantiert wird, wenn NRO-en ihre Aktivitäten einstellen. Falls die Leistungen der NRO-en jedoch über den Pflichtenhorizont der Staaten hinausgehen, müssen diese

nicht zwingend durch staatliche Institutionen aufrechterhalten werden. Solange sie jedoch durch NRO-en erbracht werden, dürfen Staaten dies grundsätzlich nicht unterbinden. Allerdings muss ein Staat die Rechte der Begünstigten vor Eingriffen Dritter schützen, indem er angemessene Maßnahmen ergreift, um sicherzustellen, dass die NRO den Begünstigten nicht schaden.

Da es zweifellos Zeiten geben wird, in denen es für Staaten angemessen ist, NRO-en einzuschränken, selbst wenn dadurch die sozialen Rechte für ihre Begünstigten verkürzt würden, besteht aus regulatorischer Sicht ein Zielkonflikt. Einerseits müssen Staaten zwar die Aufsicht über NRO-en ausüben, um sicherzustellen, dass Begünstigte weder von skrupellosen NRO-en noch von Betrügern geschädigt oder ausgebeutet werden. Andererseits sollte die regulatorische Kontrolle nicht dazu führen, dass die positiven Auswirkungen von gemeinnützigen Aktivitäten behindert werden. Der rechtliche Rahmen für den Ausgleich dieser gegenläufigen Interessen ergibt sich aus den Artikeln 2 (1), 4 und 5 des IPwskR ergeben. Die vorliegende Dissertation bietet eine systematische Untersuchung dieser Rechtsfragen aus der Perspektive der sozialen Rechte der Begünstigten.

Table of Contents

Preface	7
Zusammenfassung	9
Table of Abbreviations	19
1. Introduction	21
2. Background: Social Development and NGOs in Africa	42
2.1. Theory and Context	43
2.1.1. Social Development in Theory and Law	43
2.1.1.1. Development Theories	44
2.1.1.2. Theories on Service Provision in Developing Countries	46
2.1.2. Socio-Economic Context of African LDCs	53
2.1.3. Defining Non-Governmental Organizations	58
2.2. NGOs and Social Development	63
2.2.1. Social Protection and the Role of NGOs in Africa	63
2.2.2. NGOs in Sub-Saharan Africa	68
2.2.2.1. History of Associational Life and Non-State Service Provision in Africa	69
2.2.2.2. The Rise of Foreign-Backed NGOs	73
2.2.2.3. Governments Restricting NGOs	76
2.3. Conclusion	80
3. Beneficiaries' Perspective: How NGO-State Relations Can Affect Social Rights	81
3.1. A Beneficiary-Centered Approach	81
3.2. Social Rights of Beneficiaries	88
3.2.1. The Human Rights Framework & General Problems with Social Rights	89

Table of Contents

3.2.2. International and Regional Protection for Social Rights	97
3.2.2.1. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights	99
3.2.2.2. African Commission on Human and Peoples' Rights	100
3.2.2.3. African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child	102
3.2.3. Social Rights and their Normative Content	103
3.2.4. Minimum Essential Levels of Social Rights	108
3.3. NGO-Government Relations: How Things Can Go Wrong For Beneficiaries	114
3.3.1. NGO-Government Relations	115
3.3.1.1. Complications of the NGO-Government Relationship	116
3.3.1.2. The Peculiarities of Regulating NGOs in Informal Security Regimes	117
3.3.1.3. NSP-Government Relations can interfere with Social Rights	121
3.3.2. Regulating Nonprofit Providers: Challenges and Pitfalls	124
3.3.2.1. Irrationality, Corruption and Arbitrary Implementation	125
3.3.2.2. Limited State Capacity to Implement Regulations	127
3.3.2.3. Burdensome Rules and Noncompliance	129
3.3.2.4. Inadequate Regulatory Oversight	130
3.3.2.5. The Concurrence of Burdensome and Inadequate Rules	132
3.4. Conclusion	133
4. Classifying NGOs: Who Fulfills Social Rights, Who Fulfills State Obligations?	135
4.1. Existing NGO Classifications in the Literature	136
4.1.1. Classification Based on Relative Capacity	137
4.1.2. Classification Based on Relative Function	139

4.2. Deriving New Criteria from Social Rights Law	141
4.2.1. Theoretical Framework	142
4.2.1.1. Doctrinal Foundations: Recognizing Indirect or Implicit Duties	143
4.2.1.2. Normative Foundations: The Principle of Subsidiarity	147
4.2.1.2.1. As a Component of the ICESCR's Overarching Purpose	149
4.2.1.2.2. As Appropriate in the African Legal Context	153
4.2.1.2.3. As Appropriate for the Regulation of NGOs	158
4.2.2. General Social Rights Obligations of the State	162
4.2.2.1. Duty to Fulfill Social Rights: Realizing Social Rights Through NGOs	163
4.2.2.1.1. Appropriateness	168
4.2.2.1.2. Essentiality as a Measure of Appropriateness	174
4.2.2.1.3. Feasibility	177
4.2.2.1.4. Maximizing Availability: Public Spending, Private Resources and Accepting Foreign Funding	179
4.2.2.1.5. As Compared to State Duties under the African Human Rights Charter	187
4.2.2.2. Duty to Respect Social Rights: Permitting Essential NGOs	190
4.2.2.3. Duty to Protect Social Rights: Controlling Harmful NGOs	191
4.2.2.4. Concluding Remarks	195
4.2.3. Minimum Core Obligations	197
4.2.3.1. ICESCR Recognizes Minimum Essential Levels	198
4.2.3.2. The Contents of Core Obligations May Be Legally Determined	200
4.2.3.3. Reconciling Core Obligations and Progressive Realization	202
4.2.3.4. Core Obligations Set Priorities for Realizing ESC Rights	206
4.2.3.5. Implications for the Legality of Restrictive NGO Laws	209

Table of Contents

4.3. A New Taxonomy for NGOs: Different Functional Type	210
4.3.1. Non-Social NGOs, Duplicative NGOs & Inappropriate NGOs	213
4.3.2. Supplemental NGOs & Substitutional NGOs	215
4.3.3. Complementary NGOs	217
4.4. Conclusion	219
5. Regulating NGOs: Limits on and Duties of the State	221
5.1. The Analytical Framework: Triangular Models for Social Rights	222
5.2. The Three Legal Relations: State-NGO-Beneficiary	225
5.2.1. The Beneficiary-to-State Relation	230
5.2.2. The State-to-NGO Relation	231
5.2.2.1. From Provisioning Relation to Enabling / Ensuring Relations	232
5.2.2.2. From Admission to Fulfillment / Discharge of State Duties	234
5.2.2.3. From Finance to Guarantee / Permit	241
5.2.2.4. From Quality to Quality / Supervise	243
5.2.3. The NGO-to-Beneficiary Relation	245
5.3. Summary	246
6. Evaluating NGO Laws: Unlawful Restrictions on Social Rights?	248
6.1. Three Types of Restrictions: Obstructions, Derogations and Limitations	249
6.2. The Permissibility of Limiting NGO-Provided Rights	253
6.2.1. The Permissibility of Limiting ESC Rights in General	254
6.2.1.1. Specific Limitations Clauses of the ICESCR: Article 13 (3) and (4)	254
6.2.1.2. Permissibility of Limitations According to the African Charter	256
6.2.2. Articles 4 and 5 Do Not Forbid the Limitation of NGO-Provided Rights	258
6.2.3. Article 4 Can Be Used Analogously for NGO-Provided Rights	261
6.2.4. Using Article 4 to Restrict Limitations on NGO-Provided Rights	265

6.3. Permissibility of Obstructing the Realization of Rights by NGOs	270
6.3.1. The Doctrine of Deliberately Retrogressive Measures	273
6.3.2. Retrogressive Measures Should Meet the Criteria of Article 4	275
6.4. Balancing Rights Claims: Beneficiaries, NGOs and the Rights of Others	278
6.4.1. The Permissibility of Limiting ESC Rights to Protect the Rights of Others	280
6.4.2. Balancing Competing Rights: Examples from the Courts of Uganda	284
6.5. Conclusion	287
7. Conclusion: NGO Regulations and Aid Efficacy	289
8. References	306
Bibliography	317

Table of Figures

Figure 4.1. The Duty Horizon of Article 2 (1)	167
Figure 4.2. NGO Types when MELs extend beyond Duty Horizon	212
Figure 4.3. NGO Types when Duty Horizon extends beyond MELs	212
Figure 4.4. Essentiality Matrix of Nonprofit Activities	218
Figure 5.1. Social Benefits Delivery Triangle.	222
Figure 5.2. Tailored Triangular Models for each NGO Type	225
Figure 5.3. Complementary Triangular Model.	228
Figure 5.4. Triangular Models for Complementary, Substitutional and Supplementary NGOs	229

Table of Abbreviations

ACHPR	African Charter on Human and Peoples' Rights
ACRWC	African Charter on the Rights and Welfare of the Child
ACmERWC	African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child
ACmHPR	African Commission on Human and Peoples' Rights
AU	African Union
ECtHR	European Court of Human Rights
ESAP	Economic Structural Adjustment Programme
ESC	Economic, social and cultural
CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CRC	Committee on the Rights of the Child
CHW	Community health workers
COWE	Caring for Orphans, Widows and the Elderly
HRC	Human Rights Committee
IACrtHR	Inter-American Court of Human Rights
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICEDAW	International Covenant on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
ICERD	International Covenant on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICJ	International Court of Justice
ICRC	International Covenant on the Rights of the Child
LDC	Least developed country
MNCH	Maternal, newborn and child health
NGO	Non-governmental organization
NSP	Non-state service provider
MEL	Minimum essential level
ODA	Overseas development aid
OP-ICESCR	Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

Table of Abbreviations

P-ACHPRRWA	Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa
UN	United Nations
UNCHR	United Nations Commission on Human Rights
UNESC	United Nations Economic and Social Council
UNGA	United Nations General Assembly
UNHCHR	United Nations High Commissioner for Human Rights
UNSG	United Nations Secretary-General
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties