



INITIATIVE FOR STRATEGIC
LITIGATION IN AFRICA

APERCUS D'ISLA

NUMÉRO
3

PERSPECTIVES COMPARATIVES SUR LA PRATIQUE DE L'AMICUS CURIAE EN AFRIQUE

**Édité par Dr Ruth Nekura,
Sibongile Ndashe & Dr Obonye Jonas**





Perspectives Comparatives sur la Pratique de l'Amicus Curiae en Afrique

Aperçus d'ISLA Numéro 3

© Initiative for Strategic Litigation in Africa (ISLA)

ISBN 978-1-7764086-7-2 (imprimé)

ISBN 978-1-7764086-8-9 (livre électronique)

Johannesburg, Afrique du Sud

'Certains droits sont réservés. Sauf à des fins commerciales, une partie ou l'ensemble de cette publication peut être transmise sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre sans demander l'autorisation préalable de l'éditeur. Toutefois, les droits d'auteur restent la propriété de l'ISLA.'

Table des matières

Remerciements	5
Avant-propos	6
Introduction	8
1. À propos de ISLA	8
2. Objectif	8
3. Origines historiques et fondements théoriques de l'amicus curiae	9
4. Perspectives comparatives : Aperçu des chapitres	11
 Ami de la Cour : Pratiques des Tribunaux Kenyans pour Enrichir la Jurisprudence Grâce à la Procédure d'Amicus Curiae	 15
1. Introduction	15
2. Contexte historique de l'Amicus Curiae : Avant et après la Constitution du Kenya, 2010	15
2.1. Pré-Constitution du Kenya, 2010	15
2.2. L'après-Constitution du Kenya, 2010 et l'inscription de l'ami de la cour dans la loi	16
3. Les fondements statutaires et juridiques de l'admission de l'amicus curiae	18
3.1. Les magistrates' courts	19
3.2. La Haute Cour	19
3.3. Cour d'appel	20
3.4. La Cour suprême	21
3.5. La pratique devant les tribunaux	22
3.6. La question des frais pour ou contre l'amicus curiae	24
4. La contribution et l'avenir de l'amicus curiae	25
5. Conclusion	28
 Le Contexte de l'Amicus Curiae, le Droit et la Pratique au Botswana	 29
1. Introduction	29
2. Histoire et évolution de la participation d'Amicus Curiae au Botswana	29
2.1. Le règlement de la Haute Cour	30
2.2. Les règles de la Cour d'appel	32
3. La pratique de l'Amicus Curiae au Botswana : Bilan, impact et avenir	33
4. Conclusion	39
 Le Contexte de l'Amicus Curiae, le Droit et la Pratique en Ouganda	 40
1. Introduction	40
1.1 Contexte	40
1.2. La signification de l'amicus curiae	40

2.	Le contexte historique d'Amicus en Ouganda	41
2.1.	Ouganda pré et post-colonial - le droit et la pratique de l'amicus curiae avant 1995	41
2.2.	Développements ultérieurs - le droit et la pratique de l'amicus curiae après 1995	43
3.	La jurisprudence de l'Ouganda sur la pratique de l'amicus curiae	45
3.1.	Jurisprudence antérieure à 1995	45
3.2.	La jurisprudence après 1995	47
4.	L'avenir de la pratique de l'amicus curiae en Ouganda	50
5.	Conclusion	52
Le contexte, le droit et la pratique de l'amicus curiae au Malawi		53
1.	Introduction	53
2.	Contexte historique de l'amicus curiae	54
3.	L'amicus dans la pratique	55
4.	L'avenir d'Amicus au Malawi	59
5.	Conclusion	61
Le contexte de l'amicus curiae, le droit et la pratique au Nigeria		62
1.	Introduction	62
2.	Le contexte historique	62
3.	La jurisprudence	64
4.	L'avenir de l'amicus curiae	66
5.	Conclusion	68
La pratique de l'Amicus Curiae en Afrique : Le cas du Burkina Faso		69
1.	Introduction	69
2.	Contexte	69
3.	Jurisprudence	72
4.	L'avenir de l'amicus curiae au Burkina Faso	73
5.	Conclusion	74
Le contexte de l'amicus curiae, droit et pratique en Afrique du Sud		75
1.	Introduction	75
2.	Histoire de l'Amicus Curiae en Afrique du Sud	76
3.	Développement de l'amicus curiae à travers les tribunaux	77
4.	Lacunes, opportunités et avenir de la pratique de l'amicus curiae	79
6.	Conclusion	81
Profils des auteurs		82

Remerciements

Nous tenons à remercier les auteurs qui ont contribué aux chapitres nationaux de cette publication : Arianne Gouem, Annick Imboua-Niava, Beatrice Kayaga, Emily Kinama, Basetsana Koitsioe, Kumvana Mlumbe Mtukule, Kago Rapula Mokotedi, Isabella Mwangi, Vivian Mwende Wambua, Valentine Nyokabi Njogu, Vincent Oniga et Dr Abigail Osiki. Merci pour votre réactivité, votre ténacité et la nouveauté démontrée dans les contributions que vous avez apportées à ce sujet important.

Nous remercions les rédacteurs Sibongile Ndashe, Dr Ruth Nekura et Dr Obonye Jonas, qui ont relu et travaillé en étroite collaboration avec les auteurs pour améliorer et finaliser les chapitres.

Nous remercions tout le personnel de l'ISLA qui a soutenu ce travail, en particulier Joy Awich qui a fourni des traductions rapides et efficaces en anglais et en français des différentes versions des chapitres soumis par des auteurs francophones.

Cette publication a grandement bénéficié des services de correction d'épreuves et d'édition de Rachel Fleetwood.

Nous tenons également à remercier la Deutsche Gesellschaft fuer Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH pour son partenariat et le financement de l'élaboration de cette publication.

Avant-propos

Les interventions d'*amicus curiae* ont contribué à l'élaboration d'une jurisprudence féministe de référence devant les instances nationales et internationales. Le travail des féministes continue à montrer comment la loi est genrée et à imaginer comment un monde juste et égalitaire peut être façonné à l'aide de la loi. Cette publication est la première d'un processus en plusieurs phases qui vise à comprendre les opportunités et les défis de l'utilisation de l'*amicus curiae* devant les tribunaux nationaux du continent. D'autres phases fourniront une analyse comparative approfondie de la pratique devant les différents mécanismes de responsabilité continentaux. Enfin, ce projet vise à élaborer une loi type sur l'*amicus curiae* afin de normaliser la pratique et de développer une compréhension commune du rôle de ces mémoires.

Le développement de la jurisprudence en matière d'égalité des sexes reste un terrain contesté. Les tribunaux peinent à comprendre l'égalité substantielle pour les femmes dans une série de facteurs. Dans la première vague de constitutions de l'Afrique de common law, il y avait la clause persistante de récupération qui prévoyait le droit d'être libre de toute discrimination et procédait à la récupération du droit personnel et familial. Cela a permis à un certain nombre de lois et de pratiques discriminatoires envers les femmes de continuer à prospérer. D'autres lois où l'égalité formelle s'appliquait ont été lentement remplacées par des lois progressistes. La plupart des clauses de récupération étant désormais abrogées dans la plupart des constitutions, l'incapacité à voir, reconnaître et remédier aux inégalités de fond persiste. Très peu de juridictions ont développé une jurisprudence qui reconnaît la victimisation secondaire, les mythes du viol et les stéréotypes de genre comme des manifestations de la violence basée sur le genre qui peuvent être traitées à l'aide de normes juridiques qui déclarent la violence contre les femmes comme une forme de discrimination.

L'évolution fragmentaire et l'absence de procédures et de définitions claires de ce que sont les interventions de l'*amicus curiae* sont en partie responsables de l'application inégale, confuse et parfois chaotique de la procédure. L'absence de clarté commence par ce qui est considéré comme souhaitable sous la forme d'une coopération entre les parties, certains requérants estimant qu'une lettre adressée à un *amicus curiae* prévu désapprouvant son intention d'intervenir devrait suffire à écarter l'intervention indésirable. À l'autre extrême, ce sont les parties qui brouillent les pistes en s'engageant avec un *amicus curiae* comme s'il s'agissait de leur ami et non de celui du tribunal. Cela inclut les parties qui forment des coalitions incluant des *amicus curiae* et des accords sur les arguments à soumettre par les différents amici. Le manque de clarté sur les personnes pouvant intervenir a également conduit à une jurisprudence mitigée sur le type d'intérêt que l'*amicus curiae* prévu doit ou non avoir dans le sujet, certains tribunaux estimant que certains amici sont trop intéressés par le sujet même s'ils ne sont pas parties à l'affaire. Les informations que l'*amicus curiae* doit fournir au tribunal varient également,

certaines faisant des propositions qui ne seraient pas négligeables dans les mémoires soumis par les parties ou n'étant pas clairs sur les conseils qui sont censés être fournis au tribunal. Dans certains pays, le manque de cohérence entre les différentes juridictions a vu des parties admises en tant qu'*amicus curiae* devant la Haute Cour, transformées en défendeurs devant la division d'appel, puis reconverties en *amicus curiae* devant la Cour suprême.

Cette compilation est un plaidoyer pour la cohérence et la clarté dans la pratique de la procédure *amicus curiae* à travers le continent. La prochaine phase du projet se concentrera sur la pratique de la procédure *amicus curiae* devant les mécanismes de responsabilité continentaux. À première vue, certains des défis rencontrés au niveau national se retrouvent dans certains de ces mécanismes, tandis que d'autres ont leurs propres défis, Banjul en tête. La mauvaise application continue de l'article 59(3) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, où la confidentialité est confondue avec le secret, a donné lieu à une pratique où les parties n'ont pas le droit de partager les affaires en cours devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, qui elle-même n'a pas commencé à partager les informations sur les affaires en cours. Toutes ces incohérences se produisent alors que les règles de procédure permettent aux gens d'intervenir en tant qu'*amicus curiae*.

Il est donc normal que le travail normatif nécessaire se fasse également au niveau continental. L'élaboration d'une loi type sur la procédure d'*amicus curiae* est la troisième phase envisagée du projet. Le développement de la jurisprudence féministe progressiste a besoin de tous les amis qu'il peut obtenir.

Sibongile Ndashe

Directrice exécutive, ISLA

Introduction

1. À propos de ISLA

L'Initiative pour le contentieux stratégique en Afrique (ISLA) a été fondée en 2014, en tant qu'organisation à but non lucratif enregistrée et basée en Afrique du Sud, avec pour mandat d'établir et de développer une approche féministe et panafricaine du contentieux stratégique comme outil puissant de changement social. Nous pensons que le contentieux stratégique peut recadrer les conceptions des droits devant la loi, remettre en question le discours juridique sur les violations des droits de l'homme, tenir les États et les acteurs non étatiques responsables des violations des droits de l'homme et développer de nouvelles normes. Nous considérons le contentieux stratégique comme un outil, parmi d'autres, pour faire progresser la justice sociale pour tous, en mettant l'accent sur les femmes et les personnes marginalisées en raison de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre et de leur expression. Nous avons commencé ce travail en nous concentrant sur l'engagement de l'état de droit au sein des tribunaux nationaux et régionaux africains pour faire avancer les droits sexuels, en particulier l'orientation sexuelle, l'identité et l'expression de genre, et les droits humains des femmes.

2. Objectif

L'objectif de cette publication est de fournir des perspectives comparatives sur les pratiques d'*amicus curiae* dans sept pays africains différents, de recenser les meilleures pratiques au niveau national et de contribuer aux conversations en cours sur la nécessité de clarifier les règles et de standardiser les meilleures pratiques à différents niveaux, y compris les mécanismes sous-régionaux et régionaux des droits de l'homme.

Les interventions d'*amicus curiae* ont été utilisées avec succès pour faire progresser la compréhension par les tribunaux des cadres normatifs et des normes relatives aux droits de l'homme, notamment en ce qui concerne les droits des femmes et les droits sexuels. En effet, ces domaines du droit continuent de résister aux réformes malgré les nombreux instruments des droits de l'homme, le droit mou (*soft law*), les développements législatifs et politiques. Le recours à l'*amicus curiae* est important dans ces domaines du droit car il permet d'orienter les tribunaux sur les normes internationales et régionales en matière de droits de l'homme. Cette publication a pour but de susciter une discussion sur les pratiques d'*amicus curiae* dans les contextes domestiques africains et d'alimenter des débats plus larges sur le développement, le renforcement, la standardisation ou la clarification des procédures d'*amicus curiae* dans les mécanismes régionaux et sous-régionaux des droits de l'homme en Afrique.

3. Origines historiques et fondements théoriques de l'*amicus curiae*

L'origine historique de la pratique de l'*amicus curiae* est contestée. Il existe une controverse autour des origines historiques de cette pratique qui a muté sous des formes différentes de ce qu'elle était historiquement comprise.¹ Il existe deux positions dominantes qui cherchent à retracer les origines historiques de l'*amicus curiae*. Certains chercheurs pensent que la pratique trouve ses racines dans le droit romain, tandis que d'autres l'attribuent à la common law anglaise. Mohan met en garde contre l'importation d'un concept "mal défini" tel que l'*amicus curiae* sans en apprécier au préalable les origines historiques. C'est à ce titre qu'il est important d'apprécier ses origines historiques.²

Certains chercheurs font remonter les origines de la pratique de l'*amicus curiae* au droit romain.³ Une étude de la littérature sur la controverse de l'origine de la pratique de l'*amicus curiae* révèle que c'est la théorie dominante des juristes et des commentateurs⁴. En droit romain, un juge était habilité à nommer un *consilium magistratum* ou des experts pour assister le tribunal sur des questions de droit. Ces *consiliums* nommés par le juge **étaient** censés connaître la loi et jouer un rôle consultatif. Izarova, Szolc-Nartowski et Kavtun sont d'accord pour dire que la pratique de l'*amicus curiae* a des racines en droit romain. Ils dénoncent cependant ce qu'ils appellent "le problème de la citation" dans une tentative de retracer l'origine historique de l'*amicus curiae*. Ils affirment que "les revendications concernant les origines romaines de l'*amicus curiae* sont invoquées de diverses manières, généralement en citant les opinions des auteurs plutôt qu'en se référant directement aux sources juridiques/littéraires romaines originales".⁵ Ils ajoutent que "le terme latin *amicus curiae* n'est pas une preuve de l'origine romaine de l'institution elle-même".⁶

Il existe cependant une littérature qui réfute l'origine de l'*amicus curiae* au droit romain et l'attribue à la common law anglaise.⁷ Des chercheurs comme Krislov affirment que la pratique de l'*amicus curiae* a commencé à apparaître dans les recueils de jurisprudence anglais dès les XVII^e et XVIII^e siècles.⁸ L'observation de Krislov et d'autres qui attribuent les origines de l'*amicus curiae* à la common law n'aide pas à résoudre, avec certitude,

¹ O Jonas " The participation of *amicus curiae* in the African human rights system " (thèse de doctorat, University of Bristol Law School 2019) 57.

² S Chandra Mohan 'The *Amicus Curiae* : Friends No More' (2010) *Singapore J of Legal Studies* 352.

³ I Izarova, B Szolc-Nartowski & A Kavtun 'Amicus Curiae : Origin, Worldwide Experience and Suggestions for East European Countries' (2019) 60(1) *Hungarian J of Legal Studies* 18, 20. Voir également O Jonas 'The Participation of the *Amicus Curiae* Institution in Human Rights Litigation in Botswana and South Africa : A Tale of Two Jurisdictions' (2015) 59(2) *J of African Law* 329, 333.

⁴ Jonas " The Participation of the *Amicus Curiae* Institution in Human Rights Litigation in Botswana and South Africa " (note ci-dessus) 333. 3 ci-dessus) 333.

⁵ Izarova, Szolc-Nartowski & Kavtun (note 3 ci-dessus) 20.

⁶ Ibid 19.

⁷ Voir L. Epstein "A comparative analysis of the evolution, rules and usage of amicus briefs in the US Supreme Court and in state courts of last resort" (document préparé pour être présenté lors de la réunion de 1989 de la Southwest political science association, Little Rock, Arkansas 1989) 3.

⁸ S Krislov 'The *Amicus Curiae* Brief : From Friendship To Advocacy" (1963) 72 *The Yale LJ* 694, 695.

les origines de cette pratique. De plus, les partisans de cette position n'ont pas, jusqu'à présent, offert de justification convaincante pour attribuer la pratique de l'*amicus curiae* à la common law anglaise. Au lieu de cela, ils tentent de comparer la pratique moderne à la pratique traditionnelle de l'*amicus curiae* afin d'écarter l'origine romaine de cette pratique.⁹ Une telle approche est erronée car elle ignore la flexibilité et l'adaptation de la pratique à l'époque moderne. D'autres chercheurs sont d'avis que la pratique est devenue partie intégrante de la common law anglaise en tant que "transplantation juridique".¹⁰

Izarova, Szolc-Nartowski et Kavtun affirment que "historiquement, les mémoires d'*amicus curiae* ne sont pas apparus dans les juridictions de droit civil".¹¹ La littérature s'accorde à dire que la pratique de l'*amicus curiae* a été greffée dans les juridictions de droit civil sous l'influence de la "mondialisation du droit procédural".¹² La pratique de l'*amicus curiae* est un concept "domestiqué" dans les systèmes de droit civil. D'autres chercheurs, comme Kochevar, corroborent cette affirmation en déclarant que "historiquement, les mémoires d'*amicus curiae* ne sont pas apparus dans les juridictions modernes de droit civil".¹³

Diverses perspectives et justifications théoriques ont été avancées pour la participation de l'*amicus curiae*.¹⁴ Viljoen et Abebe déclarent que "l'*amicus* offre son assistance à un tribunal en tant que spectateur neutre, désintéressé ou non concerné pour aider le tribunal à prendre la décision la plus appropriée".¹⁵ Dans cette perspective, un *amicus curiae* est considéré comme un fournisseur bienveillant d'informations cruciales, rares et pertinentes pour un tribunal. En cas de litige, les tribunaux s'appuient souvent sur les plaidoiries des parties antagonistes qui ont une position à défendre et des droits à faire valoir. Les organisations de la société civile et d'autres experts peuvent combler ce manque d'information en utilisant la procédure d'*amicus curiae*. La participation de l'*amicus curiae* joue donc un rôle essentiel pour combler tout manque d'information entre le tribunal et les parties au litige, afin d'atteindre l'objectif premier du tribunal - administrer la justice.

Le rôle informatif de l'*amicus curiae* est distinct de celui d'une partie intervenante. Une partie intervenante participe au litige de plein droit en vertu de son intérêt direct et substantiel dans la procédure et son résultat, tandis que la participation de l'*amicus curiae* relève du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal.¹⁶ Bien que dans certaines juridictions un

⁹ Voir FM Covey Jr 'Amicus Curiae : Friend of the Court ' (1959) 9(1) *DePaul LR* 30, 34.

¹⁰ Voir F. Pommersheim "Amicus briefs in Indian law : the case of Plains Commerce Bank v Long Family Land & Cattle Co" (2011) 56 *South Dakota LR* 86, 87.

¹¹ Izarova, Szolc-Nartowski & Kavtun (note 3 ci-dessus) 28.

¹² Ibid.

¹³ S Kochevar "Amicus Curiae in Civil Law Jurisdictions" (2013) 122 *The Yale LJ* 1653, 1659.

¹⁴ Voir F Viljoen & AK Abebe " Amicus curiae participation before regional human rights bodies in Africa " (2014) 58(1) *J of African Law* 22, 25.

¹⁵ Ibid. 25. Voir également RJ Garcia " A Democratic Theory of Amicus Advocacy " (2008) 35(2) *Florida State Univ LR* 315, 347.

¹⁶ Voir *Hoffmann v South African Airways* [2001] ZACC 17 para 63, où la Cour a déclaré : " L'*amicus curiae* assiste

amicus curiae doit avoir un intérêt dans la procédure, cet intérêt dépend de ce que l'amicus curiae offre au tribunal et si son admission aidera le tribunal à résoudre des questions nouvelles et complexes. Il ressort clairement de ce qui précède que le rôle de l'amicus curiae est non seulement unique mais aussi complexe à remplir. Le juge Posner a fait remarquer à juste titre que pour qu'un amicus curiae soit admis, il doit offrir "une perspective unique au-delà de celle des parties et de leurs avocats".¹⁷

Une autre justification théorique de la participation de l'amicus curiae est la nécessité de démocratiser les processus et les résultats judiciaires. Garcia déclare que "la participation de l'amicus curiae peut être envisagée à partir d'un certain nombre de perspectives démocratiques différentes, notamment la démocratie participative, le constitutionnalisme populaire et la démocratie délibérée".¹⁸ Il fait l'observation suivante concernant le rôle démocratique de la participation de l'amicus curiae dans les processus judiciaires : "Le meilleur argument en faveur de normes libérales pour le dépôt de mémoires d'amicus curiae est peut-être celui qui consiste à faire des tribunaux un forum de discussion dans un système démocratique... La participation de l'amicus curiae a fourni les indications et le soutien nécessaires aux mouvements sociaux et a donné à ces derniers un intérêt dans l'État de droit".¹⁹

En outre, l'intervention de l'amicus curiae est une occasion de développer le droit et la jurisprudence.²⁰ La participation de l'amicus curiae est un changement radical par rapport à l'approche traditionnelle du litige où deux parties adverses se présentent devant un tribunal et s'en remettent uniquement à ce dernier pour résoudre l'impasse juridique. Elle offre aux ONG la possibilité de fournir des conseils à la cour, ce qui peut faciliter le développement d'une jurisprudence progressiste en matière de droits des femmes et de droits sexuels.

4. Perspectives comparatives : Aperçu des chapitres

Ce volume édité comprend des perspectives comparatives des pratiques d'amicus curiae de sept pays africains : Kenya, Botswana, Ouganda, Malawi, Nigeria, Burkina Faso et Afrique du Sud. Les chapitres nationaux traitent de l'histoire et de l'évolution des pratiques de l'amicus curiae dans le contexte de chaque pays, des cadres juridiques

la Cour en fournissant des informations ou des arguments concernant des questions de droit ou de fait. Un amicus n'est pas partie au litige, mais estime que la décision de la Cour peut affecter ses intérêts. L'amicus diffère d'une partie intervenante, qui a un intérêt direct dans l'issue du litige et est donc autorisée à participer en tant que partie à l'affaire. Un amicus se joint à une procédure, comme son nom l'indique, en tant qu'ami de la Cour. Il est différent d'une partie au litige qui est forcée de participer au litige et qui est donc obligée d'engager des frais. Il se joint à la procédure pour aider la Cour en raison de son expertise ou de son intérêt pour l'affaire dont la Cour est saisie. Il choisit la partie qu'il souhaite rejoindre, à moins que la Cour ne lui demande de défendre une position particulière".

¹⁷ Voir *Ryan v Commodity Futures Trading Comm'n*, 125 F.3d 1062, 1063 (7th Cir. 1997).

¹⁸ Garcia (note 15 ci-dessus) 347.

¹⁹ Ibid 346.

²⁰ Jonas 'The Participation of the *Amicus Curiae* Institution in Human Rights Litigation in Botswana and South Africa' (note 3 ci-dessus) 339.

qui régissent les règles de l'*amicus curiae* dans ces contextes, des exemples de cas où les tribunaux se sont prononcés sur l'*amicus curiae* et quels ont été les résultats, ainsi que des lacunes et des possibilités d'amélioration du droit et de la pratique de l'*amicus curiae*.

Le chapitre du Kenya montre comment la pratique de l'*amicus curiae* a évolué, passant d'un rôle minimal, parfois controversé, dans les procédures judiciaires, à un rôle dans la transformation radicale du système judiciaire au Kenya après le régime constitutionnel de 2010, où l'*amicus curiae* est désormais considéré comme un participant clé dans les litiges juridiques complexes et les affaires d'intérêt public. Les auteurs examinent en détail les fondements statutaires et juridiques de l'*amicus curiae* au Kenya à différents niveaux de tribunaux, les tests que les tribunaux ont développés pour déterminer la participation de l'*amicus curiae* et l'éventail des différentes personnes habituellement admises en tant qu'*amicus curiae*. Ce chapitre met également en évidence les domaines de contestation persistants tels que le difficile équilibre entre la satisfaction des exigences de neutralité et (les perceptions de) partialité, les questions de coût pour ou contre l'*amicus curiae*, et les difficultés de mesurer comment et dans quelle mesure les interventions de l'*amicus curiae* contribuent au développement de la jurisprudence.

Le chapitre du Botswana soulève des considérations importantes sur la pratique de l'*amicus curiae* dans une juridiction qui, dans une large mesure, n'a pas codifié de règles ou de principes régissant la participation de l'*amicus curiae*. Nous voyons également comment les tribunaux ont utilisé la common law et appliqué des principes tels que "le test d'utilité" pour déterminer s'il faut admettre ou non l'*amicus curiae*. En s'appuyant sur la jurisprudence, ce chapitre donne des exemples de cas où l'intervention de l'*amicus curiae* a eu un ou des effets positifs et où elle a été utilisée à mauvais escient. Les auteurs démontrent que l'absence d'un cadre clair pour réglementer la participation de l'*amicus curiae* et son rôle dans les tribunaux locaux est problématique en raison d'un manque de certitude et de normalisation de la pratique. En fin de compte, le chapitre nous invite à considérer le coût et les avantages de règles flexibles en ce qui concerne la pratique de l'*amicus curiae*, en nous avertissant que si la flexibilité peut se prêter à des applications progressives ou libérales, elle peut également conduire à des applications rigides qui découragent la participation de l'*amicus curiae* aux litiges.

Le chapitre de l'Ouganda s'appuie sur les analyses existantes pour montrer comment les tribunaux ougandais sont passés d'une approche conservatrice qui rendait l'*amicus curiae* peu fréquent à une augmentation régulière de la pratique de l'*amicus curiae* après la Constitution de 1995. L'auteur explore ensuite la récente tentative de codification des procédures d'*amicus curiae* à travers le projet de 2021 *Règles de la magistrature (Amicus Curiae)*. Elle juxtapose les paramètres clairs imminents pour l'admission de l'*amicus curiae* articulés dans ce projet de règles, avec les décisions de justice qui ont eu un impact significatif sur le droit et la pratique de l'*amicus curiae* en Ouganda, notamment la demande d'autorisation d'intervenir en tant qu'*amicus curiae* par le professeur Oloka Onyango et 8 autres²¹, qui était la première fois que la cour a

²¹ Civil Application No 2 of 2016 [2016] UGSC 2.

énoncé de manière exhaustive les critères d'admission de l'*amicus curiae*. Elle souligne l'importance de codifier les principes de l'*amicus curiae* dans la législation nationale afin de favoriser l'uniformité, la cohérence et la transparence. Ce chapitre démontre un apprentissage important du contexte ougandais, à savoir que les tribunaux ont un impact et que la jurisprudence peut être un moyen puissant d'initier le changement et de tracer la direction juridique d'une nation.

Le chapitre sur le Malawi explore comment la Haute Cour du Malawi a commencé à recevoir un nombre croissant de demandes d'*amicus curiae* après l'adoption de la Constitution de 1994, alors que le système judiciaire devenait plus indépendant. L'auteur souligne les règles pour une demande d'admission en tant qu'*amicus curiae* au Malawi, telles que la nécessité de décrire l'intérêt de l'*amicus curiae* dans la procédure, la pertinence de l'*amicus curiae* pour la procédure et les raisons de croire que les arguments seront utiles à la cour. L'auteur s'interroge également sur le principe selon lequel les *amicus curiae* doivent être non partisans, alors que la plupart des *amicus curiae* sont des organisations non gouvernementales qui ont un intérêt dans la protection des droits de l'homme et sont donc susceptibles d'avoir des arguments dans leurs mémoires pour protéger cet intérêt. Elle conclut qu'il est possible pour les tribunaux du Malawi d'adopter une approche plus flexible, adaptable et progressive, où les informations offertes par l'*amicus curiae* ne sont pas considérées comme des contributions de spectateurs, mais plutôt comme une contribution potentielle au développement de la jurisprudence.

Le chapitre du Nigeria montre que, malgré l'absence de droit matériel ou de règles de procédure régissant l'*amicus curiae* au Nigeria, les tribunaux ont été plus réceptifs aux *amicus curiae* qui sont spécifiquement invités par les tribunaux à participer aux procédures. L'intervention de l'*amicus curiae* a été principalement utilisée par la Cour suprême, qui est la plus haute juridiction et dont les décisions sont contraignantes pour tous les autres tribunaux. Le principal défi mis en évidence est que, bien qu'il y ait des cas où les tribunaux ont admis l'*amicus curiae* dans des affaires relatives aux droits des femmes et aux droits sexuels, et bien que les tribunaux reconnaissent souvent les soumissions de l'*amicus curiae*, celles-ci n'ont pas été prises en considération dans les jugements. Les auteurs estiment que cela suggère que l'on accorde plus de crédit aux mémoires d'*amicus curiae* si la soumission se fait à la suite d'une invitation spécifique de la cour et concluent que la pratique et la procédure de l'*amicus* au Nigeria doivent encore être développées, en particulier en ce qui concerne les droits des femmes.

Le chapitre sur le Burkina Faso est une contribution unique à ce recueil car c'est un pays qui ne connaît pas la pratique de l'*amicus curiae*. L'analyse examine l'utilité de l'intervention de l'*amicus curiae* et conclut que "la méconnaissance de l'*amicus curiae* par le Burkina Faso prive son système judiciaire d'un outil inestimable". Le chapitre utilise des perspectives comparatives d'autres juridictions de droit civil, ainsi que des mécanismes régionaux des droits de l'homme et démontre que l'intervention de l'*amicus curiae* pourrait être une bonne opportunité pour la juridiction nationale du Burkina Faso en matière de droits de l'homme car une telle admission contribuerait grandement à développer la jurisprudence capturant le droit international et régional des droits de

l'homme et sa mise en œuvre au Burkina Faso.

Le chapitre de l'Afrique du Sud met en évidence la manière dont le rôle de l'*amicus curiae* en Afrique du Sud a évolué dans le contexte des litiges d'intérêt public, qui résultent en grande partie de l'époque de l'apartheid, au cours de laquelle les militants des droits de l'homme et les organisations de la société civile ont cherché à lutter contre les inégalités du régime d'apartheid. L'auteur détaille les règles qui guident la pratique de l'*amicus curiae*, notamment les critères d'admission et ce qu'il peut ou ne peut pas faire. Elle donne également des exemples d'affaires marquantes dans lesquelles les tribunaux sud-africains ont bénéficié d'interventions d'*amicus curiae*, notamment dans le domaine de la promotion des droits socio-économiques et de la justice pour les femmes. L'auteur s'inquiète également du fait que, bien qu'il existe une pratique bien établie de l'*amicus curiae* en Afrique du Sud, il y a également un débat académique en cours qui remet en question le fait que l'utilisation de cette intervention puisse conduire à un véritable changement social. Elle suggère qu'il est nécessaire que les organisations d'intérêt public, lorsqu'elles interviennent en tant qu'*amicus curiae* à l'avenir, soutiennent leurs soumissions et aident le tribunal à trouver les remèdes les plus appropriés et les plus substantiels tels que l'utilisation de l'interdiction structurelle dans les affaires de droits socio-économiques. Les exemples donnés montrent également que même lorsque la participation en tant qu'*amicus curiae* est rejetée, la simple participation et l'activation juridiques effectuées par les organisations, associées à un plaidoyer et à une campagne médiatique, peuvent toujours aboutir à des résultats probants.

Ami de la Cour : Pratiques des Tribunaux Kenyans pour Enrichir la Jurisprudence Grâce à la Procédure d'Amicus Curiae

Emily Kinama, Isabella Mwangi, Vivian Mwende Wambua et Valentine Nyokabi Njogu

1. Introduction

L'acceptation du concept d'amicus curiae comme partie intégrante du système judiciaire de détermination des affaires remonte à plusieurs siècles. Ses origines remontent au droit romain.¹ Le terme amicus curiae, tel qu'il était utilisé à l'origine, signifiait "ami de la cour", une définition conservée à ce jour.²

2. Contexte historique de l'Amicus Curiae : Avant et après la Constitution du Kenya, 2010

2.1. Pré-Constitution du Kenya, 2010

Le Kenya, en tant que système de common law, a historiquement utilisé une tradition contradictoire pour déterminer les affaires qui lui sont soumises.³ Les juges devaient prendre des décisions sur la base de la représentation des parties, de leur analyse de ces preuves et de l'application du droit pertinent. Toutefois, les juges ont un rôle un peu plus important que cela. On attend d'eux qu'ils effectuent également leurs propres recherches et analyses. Dans les affaires d'intérêt public, il est également vite apparu que les décisions ne se contenteraient pas d'examiner les droits des parties privées devant les tribunaux. Au contraire, la plupart des affaires d'intérêt public touchaient un large éventail de la population.⁴ L'amicus curiae jouait un rôle minime, et parfois controversé, dans les procédures judiciaires kényanes. La procédure utilisée à l'époque était que le tribunal invitait le procureur général et d'autres représentants du gouvernement à assister le tribunal dont la fonction était souvent confuse. L'avocat du gouvernement apparaissait parfois au nom d'une partie intéressée et en tant qu'amicus curiae.⁵ C'est

¹ S Krislov 'The Amicus Curiae Brief : From Friendship To Advocacy' (1963) 72 *The Yale LJ* 694.

² B Vaughan Abbott *Dictionary of Terms and Phrases Used in American or English Jurisprudence* (2013) définit le terme d'ami de la cour comme un spectateur qui, sans avoir d'intérêt dans la cause, fait de sa propre connaissance une suggestion sur un point de droit ou de fait pour l'information du juge qui préside".

³ C Odote & L Musumba *Balancing the Scales of Electoral Justice: Resolving Disputes from the 2013 Election in Kenya and the Emerging Jurisprudence* (2016) ch IX.

⁴ OM Benson Ochieng & C Odote 'Challenges and Prospects for Public Interest Environmental Litigation in Kenya' (2007) 13.

⁵ *In Re Law Society of Kenya* [1998] High Court Misc Civ App 141 of 1998 [1998] eKLR.

pour cette raison que la position traditionnelle initiale du tribunal en matière de litige a commencé à changer.

Au début des années 2000, les tribunaux kenyans ont commencé à admettre des citoyens à l'esprit public, notamment dans les affaires ayant un aspect public. Cela était plus apparent dans les affaires de droits de l'homme, de terres, d'environnement et de genre. Finalement, la cour a justifié l'assouplissement de la règle traditionnelle du *locus standi* basée sur l'intérêt préopératoire du préjudice personnel en faveur de l'esprit et de l'intérêt publics.⁶ Cette position visait spécifiquement à remédier aux règles strictes de qualité pour agir, mais elle a marqué un moment où les tribunaux sont devenus plus ouverts à la reconnaissance du fait que différentes parties pouvaient jouer des rôles différents dans les litiges d'intérêt public et les affaires de droits de l'homme. Si cette affaire fait partie de plusieurs autres qui ont apporté une approche progressive avant la promulgation de la Constitution en 2010, elle ne reposait pas sur un fondement constitutionnel ou des règles statutaires favorables.

2.2. L'après-Constitution du Kenya, 2010 et l'inscription de l'ami de la cour dans la loi

Depuis la promulgation de la Constitution du Kenya, 2010 (la Constitution), les tribunaux kenyans ont adopté l'ami de la cour comme un participant clé dans les litiges juridiques complexes ou les affaires dont la décision affectera les droits plus larges du public. Il s'agit d'une transformation radicale pour le système judiciaire kenyan, dont l'hostilité à l'égard de l'ami de la cour au cours des décennies précédentes frisait l'illibéralité.⁷ Réimaginer l'ami de la cour, cependant, pose deux problèmes au Kenya. Le premier est d'ordre conceptuel : comme l'ami de la cour doit toujours être défini dans le contexte de la juridiction dans laquelle il est utilisé, les tribunaux doivent d'abord déterminer ce que signifie réellement l'ami de la cour au Kenya. Deuxièmement, le système judiciaire kenyan est confronté à un problème pratique : comment mettre en œuvre le droit à la participation de l'ami de la cour d'une manière qui respecte le rôle important qu'il joue dans le processus judiciaire, mais qui n'empiète pas sur les droits des plaideurs et ne surcharge pas les tribunaux.⁸

La Constitution prévoit l'accès à la justice pour toutes les personnes et exige une application et une interprétation large et intentionnelle de la Déclaration des droits afin de "promouvoir l'esprit, la portée et les objectifs de la Déclaration des droits".⁹ En outre, les tribunaux sont tenus d'éviter le recours excessif aux détails techniques comme obstacle à l'accès à la justice,¹⁰ et, en particulier en ce qui concerne les litiges d'intérêt

⁶ *Kenya Bankers Association and others v Minister of Finance and Another* (2002) 1 KLR 61.

⁷ C Kerkering & C Mbariza (eds) 'Friend of the Court & The 2010 Constitution : The Kenyan Experience and Comparative State Practice on Amicus Curiae ' (2017).

⁸ Ibid.

⁹ Constitution du Kenya, 2010 art 20(4)(b).

¹⁰ Ibid art 159(2)(d).

public, de permettre à "toute personne" d'engager une procédure devant un tribunal pour demander réparation en cas de violation, ou même de menace de violation, de la Déclaration des droits. La Constitution cherche donc à fournir un espace pour une prise de décision équitable, objective et inclusive et la possibilité pour toute personne désireuse de ventiler une question devant les tribunaux de le faire sous réserve de l'adhésion aux règles établies.

L'article 259 définit les règles d'interprétation, indiquant que la Constitution doit être interprétée de manière à "promouvoir ses objectifs, ses valeurs et ses principes, à faire progresser l'état de droit, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de la Charte des droits, à permettre le développement du droit et à contribuer à la bonne gouvernance".¹¹

La Constitution a élevé le rôle d'un ami de la cour pour trancher des litiges juridiques complexes. En vertu de l'article 22(3)(e), la Constitution habilite le président de la Cour suprême à établir des règles relatives à l'application de la Déclaration des droits qui satisfont aux critères, entre autres, selon lesquels "une organisation ou un individu possédant une expertise particulière peut, avec l'autorisation de la Cour, comparaître en tant qu'ami de la Cour".

Ces règles, connues sous le nom de Constitution of Kenya (Protection of Rights and Fundamental Freedoms) Practice and Procedure Rules, 2013 (Mutunga Rules), ont été élaborées par le juge en chef à la retraite Willy Mutunga. La règle 2 définit un ami de la cour comme "un expert indépendant et impartial sur une question qui fait l'objet d'une procédure, mais qui n'est pas une partie à l'affaire et qui sert à faire bénéficier la cour de son expertise". En outre, la règle 6 prévoit la procédure selon laquelle la Haute Cour peut admettre une telle partie. Un expert impartial rejoint l'affaire pour aider à résoudre une question soulevée par les parties. À la Haute Cour, un *amicus curiae* potentiel peut faire une demande orale ou écrite, et dans certains cas, la Cour peut admettre une partie en tant qu'*amicus curiae* sur sa requête.

Depuis la promulgation de la Constitution en 2010, les tribunaux kenyans ont augmenté le nombre de personnes admises en tant qu'*amicus curiae* afin d'aider le tribunal à rendre une décision juste dans les affaires. Parmi les différentes personnes admises en tant qu'*amicus curiae* figurent des experts juridiques, des rapporteurs spéciaux des Nations unies et des experts techniques. La Constitution est complète avec son mode d'interprétation et ses différents articles atteignent cet objectif collectif. C'est en interprétant la Constitution que la jurisprudence robuste, patriotique, progressiste et indigène du Kenya sera nourrie, développée jusqu'à maturité, exportée et pourra devenir un phare pour d'autres jurisprudences progressistes nationales, africaines, régionales et mondiales.¹²

¹¹ Ibid art 259(1)(a)-(d).

¹² *Re the Principle of Gender Representation in the National Assembly and the Senate* [2012] Supreme Court Adv Op App 2 of 2012 [2012] eKLR 38 (Mutunga CJ dissenting).

En pratique, les tribunaux ont adopté une règle à trois volets pour déterminer la participation d'un amicus curiae à une affaire. Il s'agit de la neutralité de l'amicus curiae prévu, de l'expertise qu'il apporte et de la question de savoir si l'admission servirait l'intérêt public. Ce critère, initialement développé dans l'affaire *Trusted Society of Human Rights Alliance v Mumo Matemo & 5 others*¹³ où la Cour a noté la responsabilité qui incombe à la Cour en vertu de la Constitution de recevoir des contributions bien informées qui amélioreraient l'accès à la justice et lui permettraient d'établir une jurisprudence positive, est appliqué à des degrés divers dans les tribunaux du Kenya.

Pour déterminer si l'amicus curiae est partisan, le test doit être "celui du plaideur ordinaire, plutôt que celui d'un expert juridique examinant la dichotomie entre la question factuelle et la question juridique".¹⁴ Un amicus curiae ne devrait toutefois pas être considéré comme partisan simplement parce que son analyse d'expert est défavorable au résultat recherché par l'une des parties au litige. Après tout, l'analyse d'un expert favorisera souvent un argument plutôt qu'un autre. La question essentielle est de savoir si l'analyse experte de l'examen du fond aidera le tribunal à prendre une décision. Si l'étude est partisane et non soutenue par l'expertise, le tribunal est libre de refuser l'admission de la partie en tant qu'amicus curiae.

3. Les fondements statutaires et juridiques de l'admission de l'amicus curiae

L'article 20(3) et l'article 22(3)(e) de la Constitution constituent la base constitutionnelle de l'admission de l'amicus curiae dans les litiges judiciaires. L'article 20 enjoint aux tribunaux de veiller à ce que la loi soit interprétée et développée de manière à garantir l'application des droits de l'homme, tandis que l'article 22(3)(e) permet la participation d'une organisation ou d'un individu en tant qu'amicus curiae avec l'autorisation du tribunal dans toutes les affaires invoquant une violation des droits ou des libertés fondamentales garantis par la Déclaration des droits. La Cour a interprété cet article dans l'affaire *Trusted Society of Human Rights Alliance v Mumo Matemo & 5 others* en déclarant que cet article est "le fondement même de contributions bien informées devant la Cour, ce qui justifie intrinsèquement l'admission d'amici curiae".¹⁵ La Cour a noté qu'il est de son devoir de veiller à ce que les décisions renforcent le droit d'accès à la justice et ouvrent des voies positives de développement de la jurisprudence, afin de servir le système judiciaire dans le respect de la Constitution.¹⁶ Les tribunaux kenyans ont donc un droit inhérent d'admettre l'amicus curiae dès lors que la question dont ils sont saisis concerne la violation des droits ou des libertés fondamentales de la Déclaration des droits.

¹³ *Trusted Society of Human Rights Alliance v Mumo Matemo & 5 Others* (Petition 12 of 2013) [2015] eKLR 41.

¹⁴ Ibid. 16.

¹⁵ Ibid. 21.

¹⁶ Ibid.

3.1. Les magistrates' courts

Bien que les magistrates' courts ne soient compétentes que pour appliquer la Constitution, une lecture des dispositions constitutionnelles susmentionnées démontre que ces tribunaux peuvent autoriser la participation d'*amicus curiae*. Les procédures devant ces tribunaux sont régies par le Magistrates' Court Act et il n'existe pas de règles distinctes. En mars 2022, le Magistrat principal de Rongo, dans l'affaire *Francis Edward Otieno v Jared Agawa Ochieng and Another*,¹⁷, a admis l'Initiative for Strategic Litigation in Africa en tant qu'*amicus curiae* dans une affaire dont il était saisi. Bien que l'affaire ait été réglée à l'amiable, elle marque une étape importante vers la reconnaissance du fait que les tribunaux de première instance peuvent bénéficier de la participation d'*amicus curiae* lorsqu'ils appliquent les normes relatives aux droits de l'homme dans les affaires qui leur sont soumises.

3.2. La Haute Cour

Au Kenya, il existe différentes lois et règles qui régissent les fonctions de la Haute Cour et des tribunaux spécialisés, la Cour d'appel et la Cour suprême. Les règles sont plus spécifiques car elles prévoient les procédures à suivre pour l'admission des parties en tant qu'*amicus curiae*. La Haute Cour est le premier point sur lequel les parties peuvent demander réparation pour des violations ou des menaces de violations de la Déclaration des droits.¹⁸

À la Haute Cour, les parties qui s'adressent à la Haute Cour doivent respecter l'article 22 de la Constitution ainsi que les règles de Mutunga. Celles-ci prévoient que la Cour peut permettre à toute personne ayant une expertise dans une question particulière soumise à la Cour d'être admise en tant qu'ami de la Cour.¹⁹ Le mot "peut" dans cette disposition fait référence au pouvoir discrétionnaire de la cour d'autoriser ou de refuser l'admission de personnes en tant qu'*amicus curiae*. En outre, elle prévoit également que l'autorisation de comparaître en tant qu'ami du tribunal peut être accordée si la personne en fait la demande oralement au tribunal ou par écrit.²⁰ Bien que le texte des règles Mutunga permette d'autoriser une demande orale pour se joindre à une partie en tant qu'*amicus curiae*, les tribunaux ont progressivement restreint cette règle conformément à l'arrêt *Francis Karoki Muruatetu & another v Republic ; Katiba Institute & 5 others (Amicus Curiae)* dans lequel le tribunal a déclaré que l'admission des parties doit se faire par le biais d'une demande écrite.²¹ Dans l'affaire *Winfred Clarkson Otieno Ochieng & 12 Others v the Cabinet Secretary, Ministry of Health & 9 Others (Interested Parties) ; Kenya Legal and Ethical Issues Network on HIV and Aids (Amicus Curiae)*,²²

¹⁷ Civil Suit No E013 of 2022.

¹⁸ Constitution (note 30 ci-dessus) art 165(3)(b).

¹⁹ Règle 6(a) du Mutunga Rules.

²⁰ Règle 6(b) du Mutunga Rules.

²¹ Petition No 15 & 16 (consolidated) of 2015 [2021] eKLR.

²² Constitutional Petition No E500 of 2021 (consolidated with Petition Nos E505 of 2021, E518 of 2021, E520 of 2021 and E27 of 2021) [2022] eKLR.

la cour a déclaré qu'une demande de jonction en tant qu'*amicus curiae* qui n'était pas accompagnée d'un mémoire d'*amicus* n'aurait pas de valeur juridique. La Cour a cependant affirmé le pouvoir et la discrétion de la Cour en vertu des règles 3 et 6(c) qui permettent à la Cour, de sa propre initiative, d'exercer sa discrétion et d'admettre une partie en tant qu'*amicus curiae*. Cette approche a été adoptée dans diverses autres affaires où la Haute Cour a invité les parties à se joindre à elle en tant qu'*amicus curiae*.²³

3.3. Cour d'appel

Les règles de la Cour d'appel de 2010 ne prévoient pas l'admission d'un *amicus curiae*. L'absence de règles au sein de la cour en ce qui concerne la participation des *amicus curiae* a suscité la confusion. Dans certains cas, la pratique observée à la Cour d'appel est que lorsqu'une partie a été admise en tant qu'*amicus curiae* à la cour supérieure (Haute Cour, Cour environnementale et foncière ou Cour de l'emploi et des relations de travail), alors en appel, elle est inscrite comme défendeur et participe à la procédure en tant que tel.

En 2021, dans l'affaire *Independent Electoral and Boundaries Commission & 4 others v David Ndii & 82 others ; Kenya Human Rights Commission & 4 others (Amicus Curiae)*,²⁴ Professor Migai Aketch a déposé une demande pour être joint en tant qu'*amicus curiae* et s'est appuyé sur les ss 3, 3A et 3B de l'Appellate Jurisdiction Act et les règles 42, 43 et 47 des Court of Appeal Rules, 2010. Ces dispositions sont les dispositions générales indiquant la compétence de la Cour d'appel et ne sont pas spécifiques à l'admission de l'*amicus curiae*. L'*amicus curiae* a été admis dans l'affaire. Dans cette affaire, il y avait donc des parties qui avaient joué un rôle initial en tant qu'*amicus curiae* et qui avaient été inscrites comme intimées, tandis que d'autres avaient participé en tant qu'*amicus curiae* ayant été admis au niveau de l'appel. Le juge Gatembu a indiqué qu'il était irrégulier pour les appelants d'énumérer les parties qui avaient participé en tant qu'*amicus curiae* en tant que défendeurs, puisqu'ils sont considérés comme des "conseillers de la cour" et non comme des défendeurs.²⁵

Ce n'est pas toujours l'approche adoptée par la Cour. Dans l'affaire *FIDA Kenya v Attorney General of Kenya*, la partie qui était un *amicus curiae* a été contrainte de faire une demande devant la Cour d'appel afin de continuer à participer à la procédure.²⁶ Devant la Haute Cour, le requérant avait soutenu qu'une section de la loi sur les biens matrimoniaux qui exige que les époux prouvent leur contribution avant de se voir attribuer une part des biens matrimoniaux lors de la dissolution du mariage était inconstitutionnelle. L'Initiative for Strategic Litigation in Africa a été admise en tant qu'*amicus curiae* et a fourni des informations au tribunal sur la manière dont le fait

²³ Par exemple, dans l'affaire *Solomon Ngatia & Others v The ODPP & Others* (Petition E002 of 2021), la Cour a invité l'Institut Katiba à se joindre à elle en tant qu'*amicus curiae* et a ensuite admis le Kenya Legal and Ethical Issues Network (KELIN) et Women Link Worldwide en tant qu'*amici curiae* conjoint.

²⁴ [2021] eKLR (the BBI Court of Appeal Judgment).

²⁵ Ibid. jugement du JA Gatembu, paragraphe 192.

²⁶ Petition 164B of 2016 [2018] eKLR.

d'exiger des parties qu'elles prouvent leur contribution priverait finalement les femmes de leurs droits. Cette requête n'a pas abouti et le requérant a fait appel devant la Cour d'appel. La demande de jonction en tant qu'*amicus curiae* devant la Cour d'appel est toujours en cours malgré le fait qu'elle ait été déposée en novembre 2018.

D'après la pratique de la Cour, il est présumé qu'elle a le pouvoir inhérent, basé sur l'article 22(3) de la Constitution, d'admettre toute partie à jouer le rôle d'ami de la Cour. Cette position va changer en août 2022 après l'entrée en vigueur des règles de la Cour d'appel de 2022. Ces règles font référence à un *amicus curiae* admis à la cour pour s'adresser à elle sur des questions de droit.²⁷ Toutefois, dans le cadre de l'amélioration de l'accès à la justice, il serait utile que la Cour d'appel ait des règles qui prévoient expressément l'admission d'un *amicus curiae* à la Cour afin d'éviter que les parties inscrivent l'*amicus curiae* déjà admis comme défendeur. Cela permettrait également de clarifier la situation pour les parties qui pourraient être en mesure de fournir des informations à la cour. Cela est d'autant plus urgent que la Cour d'appel est la juridiction suprême dans une myriade de questions relatives aux droits de l'homme.

3.4. La Cour suprême

En 2020, la Cour suprême a adopté de nouvelles règles qui ont amélioré la procédure d'admission des *amicus curiae*. Les règles essentielles prévoient que la Cour doit prendre en compte trois aspects principaux avant d'admettre une personne en tant qu'*amicus curiae*, "a. l'expertise avérée de la personne ; b. l'indépendance et l'impartialité de la personne ; ou c. l'intérêt public". Cette disposition est dérivée des décisions précédentes de la Cour sur l'*amicus curiae* concernant l'expertise, la neutralité et l'indépendance.²⁸ Cependant, la Cour a sévèrement limité le délai dans lequel un *amicus curiae* potentiel doit demander à être inclus dans la procédure.

La règle 19(4) des règles de la Cour suprême de 2020 (règles de la Cour suprême) prévoit que "[a]ucune demande d'admission en tant qu'*amicus* ou ami de la Cour ne doit être faite dans les 7 jours suivant le dépôt d'une réponse dans toute procédure devant la Cour". Cette disposition comporte des délais stricts qui s'avéreront problématiques dans les futures affaires qui pourraient être déposées devant la Cour suprême. Certaines affaires déposées devant la Cour suprême sont passées par tous les échelons des tribunaux en tant qu'affaires de nature privée mais, au fil du temps, elles remplissent les critères d'une affaire qui soulève des questions d'importance publique générale et sont certifiées comme telles par la Cour suprême. Actuellement, la Cour suprême ne dispose d'aucun système électronique permettant au grand public d'avoir accès aux affaires qui ont été déposées et aux réponses qui en ont résulté. Cela pose un problème pratique lorsque les personnes qui cherchent à demander à être *amicus curiae* ne sont pas au courant des affaires cruciales auxquelles elles peuvent chercher à se joindre en tant qu'*amicus curiae*, risquant ainsi d'être exclues par la Cour de l'offre d'expertise dans des domaines spécifiques.

²⁷ Publié dans le Kenya Gazette Supplement No 41 of Legislative Supplement No 21.

²⁸ Supreme Court Rules, 2020 règle 19(2)(a) à (c).

3.5. La pratique devant les tribunaux

3.5.1. Neutralité et partialité contre expertise avérée

Alors que dans d'autres juridictions, il est exigé que l'*amicus curiae* ait un intérêt dans l'issue de l'affaire, au Kenya, un intérêt bona fide signifie que l'*amicus curiae* est neutre et fidèle à la loi.²⁹ Bien qu'un *amicus curiae* puisse avoir un intérêt dans une affaire spécifique, il doit entrer dans la procédure sur une base de neutralité sur laquelle les plaideurs doivent s'appuyer. Cela signifie qu'au Kenya, l'*amicus curiae* doit être neutre et aider le tribunal à prendre une décision juste dans l'affaire, alors que dans d'autres pays, l'*amicus curiae* peut avoir une position spécifique.

Le règlement de la Cour suprême et la règle 2 du règlement Mutunga exigent que l'*amicus curiae* soit un expert indépendant et impartial sur une question qui fait l'objet d'une procédure. Ceci a été repris dans l'affaire *Trusted Society of Human Rights Alliance v Mumo Matemo & 5 others* où la Cour suprême a réitéré que :

La direction de l'intervention de l'*amicus curiae* doit être régie par le principe de neutralité et de fidélité à la loi et ... [S]i, dans une procédure contradictoire, les parties allèguent qu'un *amicus curiae* proposé est partial ou hostile envers une ou plusieurs des parties, ou si le demandeur, par son comportement antérieur, semble être partisan sur une question devant la Cour, la Cour examinera une telle objection en permettant aux parties respectives d'être entendues sur la question (voir : *Raila Odinga & Others v. IEBC & Others* ; S.C. Petition No. 5 of 2013-Katiba Institute's application to appear as *amicus*).³⁰

Le juge Philip K Tunoi & another v Judicial Service Commission & 2 others a déclaré qu'un *amicus curiae* ne doit pas montrer une quelconque perception de partialité et d'esprit de parti dans sa conduite avant de faire la demande d'être joint en tant qu'*amicus curiae*, dans sa demande ou dans les documents déposés ou les soumissions écrites. La Cour a également souligné que la partie doit faire preuve de neutralité.³¹

Un problème qui se pose en ce qui concerne l'*amicus curiae* et la question de la neutralité est que dans certains cas, un expert, par exemple, a écrit sur un domaine spécifique et a développé des arguments qui peuvent sembler partisans. Dans un tel cas, bien que le requérant puisse être l'expert le plus éminent dans le domaine, il pourrait être classé comme partial. Toutefois, dans l'affaire *Independent Electoral and Boundaries Commission & 4 others v David Ndii & 82 others* ; *Kenya Human Rights Commission & 4 others (Amicus Curiae)* , le juge Musinga a clarifié cette question en affirmant qu'un *amicus curiae* ne doit pas être considéré comme partisan simplement parce que son expertise peut sembler favorable à une partie dans une affaire contradictoire.³² Le tribunal doit plutôt considérer que les conclusions de l'*amicus curiae* sont fondées sur une analyse experte des questions en litige.³³ En réponse à un motif d'appel selon

²⁹ *Trusted Society of Human Rights Alliance v Mumo Matemo & 5 Others* (note 34 ci-dessus), paragraphe 41.

³⁰ Ibid.

³¹ [2014] eKLR para 38.

³² [2021] eKLR para 493.

³³ Ibid.

lequel la Haute Cour a admis des amicus curiae qui étaient partisans, le juge Gatembu a déclaré que les appelants auraient dû contester les directives antérieures de la Haute Cour permettant d'admettre l'amicus curiae et ne pas soulever la question plus tard, après que le jugement ait été rendu.³⁴

Pour déterminer si un amicus curiae prévu est partisan ou non, le tribunal examine les réponses des parties au litige ainsi que l'intervention proposée dans l'affaire. Dans certains cas, le tribunal a alors déterminé qu'un amicus curiae prévu serait admis en tant que partie intéressée ou vice versa.³⁵

3.5.2. Restriction de la participation de l'amicus curiae

Dans certains cas, les tribunaux ont également restreint la participation de l'amicus curiae admis lors de la détermination de sa participation. Lors du traitement de l'amicus curiae à la Cour suprême dans l'affaire *Raila Amolo Odinga & another v Independent Electoral and Boundaries Commission & 2 others*, la Cour a affirmé son pouvoir de restreindre la portée des mémoires de l'amicus curiae. Considérant la demande de la Law Society of Kenya qui avait exposé deux questions de droit dans son mémoire, la Cour suprême l'a limitée à une seule question de droit qu'elle a restreinte,³⁶ alors que dans l'admission de l'Attorney General en tant qu'amicus curiae, la Cour a supprimé une question de droit du mémoire de l'amicus que l'Attorney General avait présenté.³⁷

La Cour suprême a également montré sa restriction sur la participation de l'amicus curiae en admettant plusieurs amicus curiae mais en ordonnant qu'ils ne soient pas autorisés à présenter des soumissions orales devant la Cour.³⁸ La pratique consistant à empêcher les amicus curiae de présenter des observations orales et à limiter leur participation aux observations écrites a également été mise en œuvre lorsque toutes les parties qui ont été enjointes dans l'affaire *Joseph Ombogi Ogentoto v Martha Bosibori Ogentoto and Others* ont été limitées aux observations écrites.³⁹

Dans les affaires qui sont compliquées et soulèvent des questions de droit complexes, il est essentiel que l'amicus curiae participe à la présentation des arguments oraux. Bien que la Cour suprême ait déclaré que l'admission en tant qu'amicus curiae est un privilège et non un droit,⁴⁰ et qu'elle ait également fait usage de son pouvoir discrétionnaire pour

³⁴ Ibid. Jugement de Gatembu JA, paragraphe 191.

³⁵ Comme ce fut le cas dans la décision de la Cour dans l'affaire *Joseph Ombogi Ogentoto v Martha Bosibori Ogentoto & Others* SC Application No 11 of 2020 décidée le 16 juillet 2021.

³⁶ [2017] eKLR. La Cour a déclaré qu'elle se réservait le droit de donner des instructions à l'amicus sur la façon de procéder, " nous ordonnons que la Société limite ses soumissions à la seule question contenue dans son mémoire, en particulier : l'interprétation légitime de la section 83 de la Loi électorale par rapport à la Constitution de 2010 ".

³⁷ Tout en admettant le procureur général en tant qu'amicus, au paragraphe 19, la Cour a rendu une ordonnance supprimant une partie du projet de mémoire de l'amicus.

³⁸ *Attorney General v Ndii & 73 others ; Dixon & 2 others (Amici curiae)* (Petition E016 of 2021) [2021] KESC 19 (KLR) (Civ) décidée 9 novembre 2021 para 9.

³⁹ Note 56 ci-dessus, paragraphe 23.

⁴⁰ Ibid paragraphe 22.

restreindre les amici curiae, en particulier dans les cas où un grand nombre d'entre eux ont été admis dans une affaire, l'essence d'un amicus curiae risque d'être diluée car la cour risque de prendre des décisions alors qu'elle aurait pu interroger l'amicus curiae pour clarifier des points de droit.

3.6. La question des frais pour ou contre l'amicus curiae

Dans l'affaire *Mumo Matemo*,⁴¹ la Cour suprême a estimé que les parties intéressées et les amici curiae ne sont pas soumis aux ordonnances relatives aux frais. Le nouveau règlement de la Cour suprême est également unique car c'est actuellement la seule loi qui prévoit que si la Cour nomme d'office un ami de la Cour et que l'amicus curiae engage des frais ou des dépenses, ces dépenses seront payées sur le Fonds judiciaire conformément à un barème déterminé par le président.⁴² Il n'est pas clair si le président de la Cour suprême a élaboré un barème pour déterminer ces montants qui puisse couvrir les dépenses.

La Cour d'appel et la Haute Cour n'ont pas de règles similaires à la règle 19(3) du règlement de la Cour suprême. Dans l'affaire *Martin Maina t/a Maina & Maina Advocates v Violet Barasa t/a Violet Barasa & Company Advocates ; Law Society of Kenya (Amicus Curiae)*, un problème s'est posé lorsque la cour a déclaré que l'amicus curiae qui avait été invité par la cour de sa propre initiative devait être payé pour les coûts du procès par la partie qui avait perdu le procès.⁴³ Une demande de révision de cette décision a été déposée, dans laquelle le requérant a déclaré que la Cour suprême, dans l'affaire *Mumo Matemo*, avait déjà décidé que les amici curiae ne devaient pas être payés pour leurs frais et a donc fait valoir que le pouvoir judiciaire devait supporter les frais de l'amicus curiae et non la partie qui a perdu le procès. Toutefois, la Cour, dans un arrêt qui a été rendu le 17 novembre 2019, avant la promulgation des règles de la Cour suprême, a estimé que la position juridique est que la juridiction de première instance a le pouvoir discrétionnaire d'accorder des frais et qu'une autre juridiction ne peut pas interférer avec ce pouvoir discrétionnaire, sauf s'il est fondé sur des principes erronés ou si ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé de manière judicieuse.⁴⁴ Ce jugement qui a accordé des frais à l'amicus curiae a été rendu sans tenir compte de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Mumo Matemo*, rendu quatre ans plus tôt, qui a statué que " l'amicus curiae n'a pas droit aux frais de justice. Dans les cas où la Cour demande la comparution d'une personne ou d'un expert en tant qu'amicus curiae, **les** frais de justice peuvent être supportés par le pouvoir judiciaire ".⁴⁵

⁴¹ *Trusted Society of Human Rights Alliance v Mumu Matemo & 5 Others* (note 34 ci-dessus), paragraphe 41.

⁴² Supreme Court Rules (note 49 ci-dessus) règle 19(3). Cela représente également un défi puisque le Fonds judiciaire n'a pas été rendu opérationnel.

⁴³ [2019] eKLR.

⁴⁴ Ibid paragraphe 14.

⁴⁵ *Trusted Society of Human Rights Alliance v Mumu Matemo & 5 Others* (note 34 ci-dessus), paragraphe 41.

À l'avenir et pour éviter toute confusion, il est essentiel que les autres tribunaux suivent l'exemple de la Cour suprême en ce qui concerne la prise en charge par le Fonds judiciaire des coûts des amicus curiae qui ont été invités par le tribunal pour l'aider à déterminer les questions de droit essentielles.

4. La contribution et l'avenir de l'amicus curiae

Les mémoires d'amicus curiae ont joué un rôle de plus en plus actif en fournissant à la cour des informations qui ont été utilisées pour construire la jurisprudence dans diverses questions de droit, en particulier dans les affaires traitant des droits des femmes. Toutefois, une analyse de ces décisions montre que, bien que les affaires aient soulevé des questions d'un grand intérêt public, certains jugements ne mettent pas en évidence la contribution de l'amicus curiae.

Dans l'affaire *Mitu-Bell Welfare Society v Kenya Airports Authority & 2 others ; Initiative for Strategic Litigation in Africa (Amicus Curiae)*, la Cour a adopté les arguments de l'amicus curiae sur la question des recours structurels et des réparations appropriées, et a conclu que la Constitution autorise la Haute Cour à mettre en place des réparations appropriées, même de nature provisoire, pour réparer les violations des droits de l'homme.⁴⁶ De même, dans l'affaire *Tatu Kamau v Attorney General & 2 others ; Equality Now & 9 others (Interested Parties) ; Katiba Institute & another (Amicus Curiae)*, la Haute Cour du Kenya a admis deux groupes d'amici curiae : L'Institut Katiba comme premier amicus curiae et KELIN et ISLA comme second amicus curiae conjoint.⁴⁷ La Cour a observé que les observations des amici curiae portaient sur la manière dont la Cour devait mettre en balance les différents droits en cause et déterminer si les limitations imposées par la loi contestée étaient raisonnables et justifiables en raison de la nature nocive des mutilations génitales féminines. Les observations écrites ont également souligné les obligations de l'État en vertu de la Constitution et du droit international pour protéger les droits de l'homme des individus. Les amici curiae ont également fait valoir que le consentement est sans importance dans le cas d'une pratique culturelle préjudiciable et que l'État a la responsabilité de réglementer une telle conduite. Cependant, l'arrêt ne précise pas quel amicus curiae a soumis sur quelle question et après une analyse de l'arrêt, on peut conclure que les questions mentionnées telles que soulignées par la cour comme les soumissions de l'amici curiae ont contribué à l'arrêt. Il faut noter que dans une affaire comme celle-ci, où il y avait plus de dix parties intéressées, les questions de droit discutées par les amici curiae et les parties intéressées se chevauchaient ou se répétaient dans certains cas parce que les faits étaient les mêmes.

Dans l'affaire « *Matter of the Principle of Gender Representation in the National Assembly and the Senate* », l'État a demandé un avis consultatif sur le moment approprié pour la mise en œuvre de la règle du genre dans la Constitution, qui exige que pas plus des

⁴⁶ [2021] eKLR.

⁴⁷ [2021] eKLR.

deux tiers des personnes élues à un poste ne soient d'un seul sexe.⁴⁸ Le Centre for Rights Education and Awareness, Katiba Institute, the Centre for Multi-party Democracy, FIDA Kenya, the Kenya Human Rights Commission (KHRC) and the International Centre for Rights and Governance ont été admis en tant qu'amici curiae, plaidant pour une mise en œuvre immédiate du principe d'égalité des sexes. La Cour, par une décision majoritaire, est arrivée à la conclusion que le principe serait réalisé progressivement. En dissidence, le juge en chef de l'époque, Willy Mutunga, a estimé qu'étant donné l'histoire du Kenya et l'urgence de la question, l'interprétation des articles nécessitait une approche téléologique sans s'appuyer sur la jurisprudence d'autres juridictions et a noté que le principe du tiers n'était qu'un début car l'objectif était d'avoir une représentation égale entre hommes et femmes et que l'égalité ne devait pas être basée sur l'égalité traditionnelle en vertu de la loi mais sur l'égalité sociétale.⁴⁹

Dans l'affaire *Baby 'A' and Another v Attorney General and Others*,⁵⁰, la conclusion de la cour s'est alignée sur l'opinion de l'amicus curiae (KHRC) et du pétitionnaire sur la discrimination, notant que, bien qu'il n'y ait pas de preuve réelle que Baby A ait été victime de discrimination, il était nécessaire de s'assurer que Baby A et les autres enfants intersexués soient enregistrés par le Registre des naissances et des décès afin de prévenir toute discrimination future. En outre, le tribunal a déterminé que le "sexe", tel qu'il est utilisé dans l'article 2(a) de la loi sur l'enregistrement des naissances et des décès (Cap 149 Laws of Kenya), signifie uniquement homme ou femme. Bien que la Cour ait estimé qu'une troisième catégorie de sexe était nécessaire, elle a laissé le législateur s'acquitter de cette tâche. Cette obligation a depuis été actualisée et le dernier recensement effectué en 2019 comportait une catégorie pour les personnes intersexuées.

Dans l'affaire *Federation of Women Lawyers (Fida - Kenya) & 3 others v Attorney General & 2 others ; East Africa Center for Law & Justice & 6 others (Interested Party) & Women's Link Worldwide & 2 others (Amicus Curiae)*, trois amici curiae ont été admis par la cour, Women's Link Worldwide, la National Gender and Equality Commission et la Kenya National Commission on Human Rights (KNCHR).⁵¹ Women's Link Worldwide s'est appuyé sur un arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁵² pour affirmer que le droit à la vie dès la conception n'est pas absolu et ne peut être utilisé pour restreindre d'autres droits de manière disproportionnée ou pour exercer une discrimination. Elle a également fait valoir que le droit à la vie dès la conception ne confère pas à la vie prénatale le statut de personne, ainsi que le droit constitutionnel de bénéficier des progrès scientifiques en matière de santé sexuelle et reproductive. La Commission nationale pour le genre et l'égalité, qui est une commission constitutionnelle indépendante au Kenya, a présenté un rapport conjoint dans lequel elle affirme que la violence sexuelle impose

⁴⁸ Advisory Opinion no 2 of 2012 [2012] eKLR.

⁴⁹ Voir l'avis consultatif dissident de l'honorable Willy Mutunga dans l'affaire "*In the Matter of the Principle of Gender Representation in the National Assembly and the Senate*" (voir ci-dessus). 33 ci-dessus).

⁵⁰ Pétition n° 266 de 2013 [2014] eKLR.

⁵¹ [2019] eKLR.

⁵² *Artavia Murillo et al ("Fécondation in vitro") c/ Costa Rica* Arrêt du 28 novembre 2012.

des coûts directs et indirects aux femmes et aux filles, à leurs foyers et à la société.⁵³ Elle a également renvoyé la Cour aux récents changements législatifs intervenus dans d'autres pays d'Afrique, qui fournissent désormais des orientations sur la manière de garantir l'accès à un avortement sûr et légal pour les survivants de violences sexuelles, et a fourni une analyse comparative de l'Éthiopie, dont les lignes directrices autorisent l'avortement lorsqu'une femme a été violée. Le troisième amicus curiae, le KNCHR, a fait valoir que l'expression "si cela est autorisé par toute autre loi" utilisée dans l'article 26(4) signifie qu'une loi peut autoriser l'avortement sur la base d'autres motifs tels que l'article 35(3) de la loi sur les délits sexuels. Elle a également fait valoir que les directives nationales de 2009, bien qu'élaborées avant la Constitution de 2010, reflètent l'esprit des articles 26(4), 28 et 29(d) et (f) de la Constitution.

Dans l'affaire *Coalition on Violence Against Women (Coalition contre la violence à l'égard des femmes) & 11 others v Attorney General of the Republic of Kenya (Procureur général de la République du Kenya) et 5 autres ; Kenya Human Rights Commission (partie intéressée) ; Kenya National Commission on Human Rights (Commission nationale des droits de l'homme du Kenya) & 3 others (amici curiae)*, une affaire concernant les obligations de diligence raisonnable de l'État en matière de violences sexuelles survenues lors des violences post-électorales de 2007, quatre amici curiae ont été admis : le KNCHR, Katiba Institute, le Constitution & Reform Education Consortium et le Redress Trust.⁵⁴ Le jugement a seulement reconnu que les amici curiae ont déposé des soumissions écrites à diverses dates. Cependant, il n'a pas souligné le contenu des soumissions, il est donc difficile d'analyser la contribution de l'amici curiae et de savoir si la cour a adopté les soumissions.

De même, dans l'affaire *CK (A Child) & 11 Others v Commissioner of Police/Inspector-General of the National Police Service & 2 Others*, le KNCHR était l'amici curiae dans cette affaire concernant l'incapacité de l'État à enquêter et à punir la diffamation de mineurs dans le comté de Meru.⁵⁵ Une lecture du jugement montre que le KNCHR a déposé des soumissions écrites mais la cour n'a pas souligné la contribution de l'amici curiae dans le jugement, il est donc difficile de l'analyser. Elle a cependant reconnu avoir lu toutes les plaidoiries et soumissions de toutes les parties à l'affaire avant de rendre son jugement.

Il existe une opportunité pour les mémoires d'amici curiae d'être utilisés au-delà de la fourniture d'informations sur les violations constitutionnelles car les tribunaux ont démontré leur appréciation des questions conséquentes et pertinentes qui les aident à prendre une décision. Ces informations porteraient notamment sur l'étendue des droits disponibles, la meilleure façon d'évaluer les dommages et l'élaboration des recours.⁵⁶ Jusqu'à présent, les tribunaux ont adopté la position suivante : " Ce n'est qu'avec

⁵³ National Gender and Equality Commission 'Gender-Based Violence in Kenya : The Economic Burden on Survivors' (2016).

⁵⁴ [2020] eKLR.

⁵⁵ [2012] eKLR.

⁵⁶ Kerkering & Mbariza (note 28 ci-dessus).

une extrême prudence, et dans des cas exceptionnels, que les tribunaux kenyans appliqueront les autorités des juridictions étrangères concernant l'admission de l'amicus curiae. Seuls les aspects que la Cour juge applicables dans le contexte kenyan seront adoptés".⁵⁷ On ne peut cependant pas nier que lorsque les mémoires d'amicus curiae sont présentés par des parties qui plaident au niveau régional et international, ils offrent une opportunité d'enrichir la jurisprudence par une fertilisation croisée et de développer davantage le droit sur l'uniformité des normes des droits de l'homme.

5. Conclusion

Les mémoires d'amicus curiae sont utilisés comme un outil de persuasion lorsque les tribunaux s'appuient sur les informations factuelles, les cas où les approches analytiques fournis par un amicus plutôt que par une partie à l'affaire. Pour développer une jurisprudence efficace et progressiste, il est impératif, lors de la conception d'un litige d'intérêt stratégique, d'envisager la possibilité de s'assurer la participation d'un amicus curiae pour garantir une détermination juste et saine du litige devant le tribunal.⁵⁸

⁵⁷ *Trusted Society of Human Rights Alliance v Mumo Matemo & 5 Others* (note 34 ci-dessus) ; *Francis Karoki Muruatetu v Republic* [2016] eKLR para 53.

⁵⁸ BJ Ennis "Effective Amicus Briefs" (1984) 33 *Cath Univ LR* 603.

Le Contexte de l'Amicus Curiae, le Droit et la Pratique au Botswana

Kago Rapula Mokotedi

1. Introduction

L'affaire *Letsweletse Motshidiemang contre le procureur général*¹ a une fois de plus mis en lumière le rôle de l'amicus curiae et a déclenché un débat sur la participation de l'amicus curiae au Botswana. L'objectif de cet article est de contribuer à ce débat en cours sur la participation de l'amicus curiae et d'évaluer si cette participation a une incidence sur les résultats judiciaires et le développement de la jurisprudence au Botswana. Malgré les controverses entourant la signification précise du concept d'amicus curiae,² il y a cependant un consensus sur le fait qu'il peut être traduit librement par "un ami de la Cour".³

L'article soutient qu'en dépit de la participation limitée de l'amicus curiae au Botswana, il y a des raisons de suggérer que cette participation est en augmentation constante, bien qu'elle ait un impact insignifiant et sporadique sur les résultats judiciaires et le développement de la jurisprudence des droits de l'homme. En outre, l'article soutient que l'absence d'un cadre pour réglementer la participation de l'amicus curiae et son rôle dans les tribunaux locaux est problématique et décourage potentiellement la participation de l'amicus curiae aux litiges. Malgré cette observation, on peut se consoler en constatant l'attitude positive des tribunaux envers la participation de l'amicus curiae, en particulier dans les litiges d'intérêt public et de droits de l'homme.

2. Histoire et évolution de la participation d'Amicus Curiae au Botswana

Le Botswana a un système juridique contradictoire. Il est donc important de déterminer le rôle et les paramètres d'un amicus curiae dans un tel système. Afin de démystifier la participation de l'amicus curiae et son impact sur les résultats judiciaires au Botswana, il est donc impératif de comprendre le rôle de l'amicus curiae dans le processus judiciaire. Le rôle de l'amicus curiae a évolué avec le temps, tant au niveau local qu'international. Le rôle de l'amicus curiae n'a pas échappé à l'examen judiciaire au Botswana.⁴ Le Botswana a un système juridique double comprenant le droit romain néerlandais et le

¹ Affaire numéro MAHGB-000591/16 (non rapportée).

² J Bellhouse & A Lavers 'The modern amicus curiae : a role in arbitration?' (2004) 23 *Civil Justice Quarterly* 187.

³ S Krislov 'The Amicus Curiae Brief : From Friendship To Advocacy' (1963) 72 *The Yale LJ* 694.

⁴ Voir *Good v The Attorney General* (2) (2005) 2 BLR 337 (CA) ; *Ditswanelo & Others v The Attorney General and Another* (1999) 2 BLR 56 (HC) ; *Kewagamang & Others v Acting Officer Commanding No. 3 District & Others* (2016) 2 BLR 82 (HC).

droit coutumier.⁵ En termes de hiérarchie des tribunaux, le Botswana a la Cour d'appel au sommet, suivie par la Haute Cour, le Tribunal du travail, les tribunaux de première instance ainsi que les tribunaux coutumiers. La pratique de la participation d'*amicus curiae* est courante à la Haute Cour dans les litiges d'intérêt public et les questions constitutionnelles. Une étude des jugements de la Haute Cour et de la Cour d'appel ne montre aucune trace de participation d'*amicus curiae* dans les affaires privées et commerciales. Ceci en dépit du fait que dans d'autres juridictions, la participation de l'*amicus curiae* a évolué pour s'étendre à un large éventail de litiges et de domaines du droit.⁶ Kirby JP a résumé la position juridique du Botswana avant la promulgation des Règles de la Cour d'appel⁷ qui prévoit la participation de l'*amicus curiae* à la cour suprême. Il a déclaré :

Dans des juridictions comme l'Angleterre et l'Afrique du Sud, les règles de procédure fixent les conditions d'intervention d'un ami de la cour. À l'heure actuelle, nous n'avons pas de telles règles et sommes guidés par les précédents et la common law. En général, cependant, une partie intéressée peut être autorisée à intervenir en déposant un mémoire avec le consentement des parties ou, si l'une d'entre elles s'y oppose, avec l'autorisation du tribunal, qui ne sera accordée que si l'*amicus* a une expertise particulière utile au tribunal ou a quelque chose de nouveau à ajouter. Elle ne sera pas accordée à un requérant qui souhaite simplement se joindre à la mêlée du côté de l'une ou l'autre des parties en tant qu'antagoniste.⁸

Le Botswana a depuis pris des mesures pour corriger cette anomalie, bien qu'insuffisantes, puisque la participation de l'*amicus curiae* n'a été prévue que dans les règles de la Cour d'appel, à l'exclusion des magistrates' courts, de la High Court et du Industrial Court. Il est difficile de justifier cette approche stérile du pouvoir judiciaire qui consiste à développer une procédure d'*amicus curiae* uniquement pour la cour suprême alors que les autres cours supérieures ont été exclues.

2.1. Le règlement de la Haute Cour

Les règles de cour jouent un rôle important dans l'administration de la justice en établissant des procédures pratiques pour la conduite des litiges.⁹ Dans l'affaire *Murima*,¹⁰ la Cour d'appel a correctement caractérisé le rôle des règles de la Cour et a déclaré : Bien que les règles de la Cour soient conçues pour faciliter la conduite ordonnée et

⁵ B Otlhogile 'Criminal justice and the problems of a dual legal system in Botswana' (1993) 4(3) *Criminal Law Forum* 521.

⁶ Voir S Farber " The Amicus Curiae Phenomenon - Theory, Causes and Meanings " (2019) 29(1) *Transnational Law & Contemporary Problems* 1.

⁷ Voir l'article 16 de la loi Court of Appeals, 1972, Cap 04:01, qui donne au président de la Cour d'appel le pouvoir d'établir des règles de procédure régissant la pratique et la procédure de la Cour d'appel. Dans l'exercice de ces pouvoirs, les règles de la Cour d'appel ont été promulguées < <https://botswanalaws.com/subsidiary-legislation/court-of-appeal-subsidiary-legislation> >.

⁸ *Kgafela II v The Attorney General & Others ; In re : Gabaokelwe v The Director of Public Prosecutions* (2012) 1 BLR 669 (CA) para 105.

⁹ Voir *Monera v Fast tract (Pty) Ltd & Another* (2009) 1 BLR 409 (HC) ; *Kweneng Land Board v Murima* (Court of Appeal Civil Appeal No. 34/07).

¹⁰ *Kweneng Land Board v Murima* (note 88 ci-dessus).

rapide des litiges, elles ne doivent pas être considérées comme des pièges pour les imprudents, ou comme des défenses barbelées sur lesquelles un plaideur se retrouvera empalé s'il ne se conforme pas strictement ou en temps voulu à leurs dispositions. L'objectif primordial des règles est qu'elles soient appliquées de manière à ce que justice soit rendue à toutes les parties concernées".¹¹

La promulgation des règles de la cour assure la transparence et la cohérence dans la conduite des litiges et l'administration de la justice. La loi sur la Haute Cour habilite le président de la Cour suprême à promulguer les règles de la Cour concernant la pratique et la procédure de la Cour.¹² C'est en vertu de ces pouvoirs délégués que les règles de la Haute Cour¹³ ont été élaborées et promulguées par le juge en chef. Il est intéressant de noter qu'aucune disposition du règlement de la Haute Cour ne prévoit ou n'établit la pratique et la procédure d'admission de l'*amicus curiae*. Compte tenu de l'étendue des pouvoirs délégués au juge en chef pour promulguer les règles de la cour pour la pratique et la procédure des litiges, l'absence de règles spécifiques régissant la pratique et l'admission de l'*amicus curiae* devant la Haute Cour compromet le rôle essentiel joué par l'*amicus curiae* pour enrichir la jurisprudence, donner vie à la déclaration des droits et à l'administration générale de la justice au Botswana.

Malgré cette lacune, la Haute Cour a adopté une approche libérale envers l'admission et la pratique de l'*amicus curiae*. L'admission de l'*amicus curiae* dans les litiges devant la Haute Cour est autorisée par la common law et dans l'exercice des pouvoirs juridictionnels étendus de la Haute Cour conférés par la Constitution en vertu de l'article 95. La promulgation d'une procédure de pratique spécifique dans les règles de la Haute Cour entraînera sans aucun doute une certitude et reconnaîtra l'importance de la participation de l'*amicus*. Étant donné la nature naissante¹⁴ et sporadique de la participation de l'*amicus curiae* au Botswana, il y a une bonne raison et une bonne logique pour que cette participation soit formellement inscrite dans les règles de la Haute Cour afin d'exorciser le fantôme de l'incertitude et de promouvoir la participation de la société civile aux litiges d'intérêt public dans une cour de première instance. Il faut noter que l'absence d'une procédure spécifique dans le règlement de la Haute Cour n'a pas empêché l'admission d'*amicus curiae* devant la Haute Cour. La pratique veut que les *amicus curiae* potentiels cherchant à être admis s'adressent à la cour en déposant une demande qui est soutenue par un affidavit et qui se fonde uniquement sur les principes génériques de common law régissant l'admission des *amicus curiae*.

¹¹ Ibid.

¹² High Court Act s 26.

¹³ Voir l'article 28 de la loi sur la Haute Cour de 1974, Cap 04:02, qui habilite le juge en chef à établir des règles régissant la pratique et la procédure de la Haute Cour. Les règles de la Haute Cour récemment modifiées sont entrées en vigueur le 8 janvier 2021 par le biais de l'instrument statutaire n° 1 de 2021.

¹⁴ Voir O Jonas 'The Participation of the *Amicus Curiae* Institution in Human Rights Litigation in Botswana and South Africa : A Tale of Two Jurisdictions' (2015) 59(2) *J of African Law* 329.

2.2. Les règles de la Cour d'appel

Le règlement de la Cour d'appel s'écarte du règlement de la Haute Cour et prévoit une procédure claire et précise pour la participation de l'*amicus curiae* devant la Cour d'appel. La règle 25 prévoit que "toute partie ayant un intérêt substantiel dans un appel devant la Cour peut, avec le consentement écrit de toutes les parties à l'appel et avec l'autorisation du Président, être admise à l'affaire en tant qu'*amicus curiae* aux conditions que les parties ou le Président peuvent imposer".

Bien que le règlement de la Cour d'appel confère au président de la Cour d'appel le pouvoir discrétionnaire d'admettre un *amicus curiae*, la pratique montre que le président n'examine pas une telle demande en tant que juge unique. Ces demandes sont examinées dans le cadre d'une formation de jugement dirigée par le juge président. Toutefois, le règlement de la Cour stipule que "tout pouvoir dévolu au président en vertu du règlement peut être exercé par un juge désigné par le président à cette fin".¹⁵ Le règlement définit le président comme "le président de la Cour et, en son absence, le juge résident le plus ancien". Il n'est donc pas surprenant que dans les quelques affaires jugées par la Cour d'appel où une demande d'admission d'*amicus curiae* a été examinée, le jugement ait été rédigé par le juge président.

Le règlement de la Cour d'appel prévoit en outre des conditions préalables à l'admission de l'*amicus curiae*. Une partie doit décrire son intérêt pour le litige devant le tribunal, identifier la position juridique à adopter dans la procédure et exposer les arguments juridiques à faire valoir, leur pertinence et pourquoi ils seront utiles au tribunal et en quoi ces arguments diffèrent de ceux des principales parties au litige. Plus intéressant encore, les règles de la Cour d'appel imposent une condition selon laquelle une demande d'*amicus curiae* doit être accompagnée du consentement écrit de toutes les autres parties à l'appel aux fins d'admission.¹⁶ Bien qu'il soit louable que les règles de la Cour d'appel prévoient une procédure et un mécanisme spécifiques pour la pratique de l'*amicus curiae* au Botswana, il est avancé que l'inclusion de cas où les coûts peuvent être attribués à l'*amicus curiae* peut imposer une lourde charge aux *amicus curiae* potentiels. Il en est ainsi parce que les règles ne prévoient pas de cas où il sera approprié d'accorder des frais contre l'*amicus curiae*. Par exemple, la loi sur les litiges commerciaux prévoit des cas limités et spécifiques dans lesquels le tribunal du travail peut accorder des frais. Il ne peut le faire que lorsqu'une partie a abusé de la procédure judiciaire et a introduit une demande frivole et vexatoire. Les règles de la Cour d'appel doivent adopter une position similaire pour limiter les cas où l'*amicus curiae* peut être assorti d'une condamnation aux dépens. Cela apportera certitude et clarté dans les cas où une ordonnance de dépens peut être accordée contre l'*amicus curiae*. Sans cette clarté dans les règles, la participation de l'*amicus curiae* peut être découragée et l'essence même de la participation de l'*amicus curiae* mise en échec dans les litiges d'intérêt public. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud fournit une justification solide de la raison pour laquelle l'*amicus curiae* ne doit pas se voir attribuer de frais :

¹⁵ Court of Appeal Rules, règle 12 sous-règle 3.

¹⁶ Ibid règle 15 sous-règle 3(a)-(d).

Un amicus, quelle que soit la partie à laquelle il se joint, n'est ni perdant ni gagnant et n'a généralement pas le droit de se voir attribuer des frais. Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de se demander s'il peut y avoir des circonstances appelant à s'écarter de cette règle. Il suffit de dire qu'en l'espèce, une telle dérogation n'est pas justifiée".¹⁷

Le même raisonnement est également applicable à l'argument selon lequel un amicus curiae ne doit pas être soumis à une condamnation aux dépens puisqu'il n'est ni gagnant ni perdant dans le litige. Par exception à la règle générale, les dépens ne peuvent être accordés que lorsque l'amicus curiae abuse de la procédure et introduit une demande d'admission sur une base frivole et/ou vexatoire. Toutefois, ces cas limités doivent être spécifiquement prévus dans les règles de la Cour d'appel pour des raisons de certitude et de clarté. Il est soutenu que pour promouvoir la participation de l'amicus curiae au Botswana, il faut protéger l'amicus curiae et le mettre à l'abri des condamnations aux dépens, sauf dans des circonstances exceptionnelles, parce que sa participation vise principalement à défendre des droits constitutionnels et non à promouvoir des intérêts privés ou commerciaux.

Le règlement de la Cour d'appel prévoit une autre procédure distincte pour l'admission et la participation d'amicus curiae au Botswana. La Cour d'appel peut, ex mero mutuo, inviter le procureur général ou tout autre praticien du droit à comparaître en tant qu'amicus curiae sur une base pro deo.¹⁸ Les règles de la Cour d'appel n'indiquent pas clairement si un amicus curiae dont la participation au litige s'est faite à l'invitation spécifique de la cour peut faire l'objet d'une condamnation aux dépens de la même manière qu'un amicus curiae qui demande l'admission à la Cour d'appel. Il n'y a aucune raison valable de traiter un amicus curiae qui est invité ex mero mutuo différemment d'un amicus curiae qui fait une demande au tribunal en ce qui concerne les frais. La condamnation aux dépens de l'amicus curiae, telle qu'elle est envisagée par le règlement de la Cour d'appel, n'est pas seulement régressive, elle est aussi contraire à l'intérêt public.

3. La pratique de l'Amicus Curiae au Botswana : Bilan, impact et avenir

Après avoir passé en revue la nature, le caractère et la pratique de la participation de l'amicus curiae, l'article se tourne maintenant vers l'évaluation de l'impact, s'il y en a un, de cette participation au Botswana à travers le prisme des affaires jugées. L'article prévoit également l'avenir de la participation de l'amicus curiae au Botswana. Spies postule que l'impact de la participation de l'amicus curiae peut être direct ou indirect. En ce qui concerne l'impact direct, Spies déclare que "l'impact direct du litige fait référence au changement d'une loi et/ou d'une politique, en particulier par l'extension des droits, ce qui a un impact direct sur la vie des demandeurs".¹⁹ L'impact indirect est

¹⁷ *Hoffmann v South African Airways* (CCT17/00) [2000] ZACC 17 para 63.

¹⁸ Voir l'affaire *Sete v Director of Public Prosecutions* (2010) 3 BLR 234.

¹⁹ A Spies " Reconsidering the amicus curiae participation in S v Zuma : Lessons for future participation " (2015) 28 SA J of Criminal Justice 59, 69.

à plusieurs niveaux et comprend les cas où la participation de l'*amicus curiae* permet d'attirer l'attention du public sur une question ou un problème juridique particulier, de sensibiliser la communauté et de développer la jurisprudence pour des affaires futures.²⁰ L'issue favorable d'un litige n'est pas un objectif primordial dans la mesure où l'impact indirect de la participation de l'*amicus curiae* est concerné. Songer et Sheehan résument l'impact indirect de la participation de l'*amicus curiae* comme suit :

La participation d'un *amicus curiae* peut également permettre de faire de la publicité autour d'une affaire, ce qui contribuera à mobiliser l'opinion publique en faveur d'une action collective future dans d'autres forums. Les groupes peuvent également déposer des mémoires dans le but de façonner la politique à long terme de la Cour ; même s'ils ne s'attendent pas à influencer l'issue d'une affaire en cours, ils peuvent espérer implanter dans l'esprit des juges des idées qui les rendront plus réceptifs aux arguments des groupes dans des affaires futures. Il est également possible que les mémoires d'*amicus curiae* influencent le contenu des opinions même s'ils ont peu d'impact sur le résultat global.²¹

L'impact de la participation d'*amicus curiae* sur les résultats judiciaires au Botswana sera évalué dans le prisme de l'impact direct et indirect en évaluant les affaires décidées par les tribunaux locaux.

*Letsweletse Motshidiemang c. Procureur général*²²

Dans ce jugement historique de la Haute Cour du Botswana, le requérant a demandé à la Haute Cour de déclarer certaines dispositions du Code pénal ultra vires de la Constitution du Botswana dans la mesure où lesdites sections sont discriminatoires à l'égard des homosexuels. L'association Lesbians, Gays and Bisexuals of Botswana (LEGABIBO) a demandé à la Cour d'être admise comme *amicus curiae*. Un impact majeur de l'admission de LEGABIBO en tant qu'*amicus curiae* est l'introduction du témoignage d'un sociologue médical. La preuve d'expert a traversé de nouveaux terrains qui étaient hors de portée des parties au litige et du tribunal. La contribution de l'*amicus curiae* par l'introduction de la preuve d'expert dans le litige est digne de mention. Le juge Leburu a déclaré :

La somme et l'effet des critères scientifiques du sociologue médical (expert) est que les lesbiennes, les gays, les bisexuels, les transgenres et les personnes intersexuées vivant au Botswana subissent des niveaux de violence plus élevés que ce qui a été rapporté ; que ces personnes subissent une discrimination liée à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre lorsqu'elles accèdent aux services de santé ; en raison de la stigmatisation négative attachée à ces personnes, que les sections 164(a) et (c), 165 et 167 du Code pénal, constituent des exemples de stigmatisation structurelle ; c'est-à-dire une stigmatisation sociale qui est institutionnelle ou faite par la loi. c'est-à-dire une stigmatisation sociale qui est institutionnelle ou qui a force de loi. Selon l'expert, les preuves de recherche empirique présentées, ont été informées par une étude quantitative transversale, (2016/17) menée au Botswana, Lesotho, Kenya, Malawi, Afrique du Sud, Swaziland, Zambie et Zimbabwe. Cette étude a été approuvée par le comité d'examen, Bureau de la recherche et du développement ; Université

²⁰ Ibid.

²¹ D Songer & R Sheehan 'Interest group success in the courts : Amicus participation in the Supreme Court' (1993) 46 *Political Res Q* 339.

²² *Letsweletse Motshidiemang v Attorney General* (note 80 ci-dessus).

Le témoignage de l'expert a joué un rôle essentiel pour faire pencher la balance en faveur du requérant et a grandement aidé le tribunal en lui fournissant des informations cruciales, pertinentes et nouvelles que les plaideurs n'auraient pas normalement fournies au tribunal. L'issue de l'affaire *Motshidiemang* témoigne de l'impact direct de la participation de l'*amicus curiae*, puisque le jugement, qui a ensuite été confirmé en appel, a entraîné un changement de loi. Il est fort probable que c'est à ce titre que la cour a exprimé sa gratitude à l'*amicus curiae* pour sa participation au litige. La Cour a apprécié le rôle de l'*amicus curiae* dans les termes suivants : "Avant de conclure, je suis très reconnaissant envers les avocats et les défenseurs qui ont comparu devant nous, ainsi qu'envers leurs mémoires érudits et leurs arguments qui ont aidé la Cour dans cette affaire importante. L'*amicus* n'était pas seulement un ami dans le besoin, mais un véritable ami".²⁴ Dans le contexte du Botswana, la reconnaissance et l'appréciation de l'*amicus curiae* par la Cour étaient sans précédent et ont pu renforcer la participation de l'*amicus curiae* dans les futurs litiges au Botswana. En dépit de ce qui précède, un cas isolé ne peut pas être une mesure de l'impact de la participation de l'*amicus curiae* au Botswana. Une telle approche serait superficielle. Ce document évaluera d'autres cas où les tribunaux ont admis l'*amicus curiae* et leur impact sur les résultats judiciaires.

*Kgafela II v The Attorney General & Others : In re Gabaokelwe v The Director of Public Prosecutions (en anglais)*²⁵

Dans l'affaire *Kgafela II*, la Cour d'appel a réitéré le principe selon lequel un requérant doit satisfaire au "test d'utilité" pour être admis comme *amicus curiae*. Cette affaire représente un abus classique de la participation de l'*amicus curiae* par une partie qui a entamé une procédure judiciaire. Devant la Haute Cour, Kgafela II, un chef local, et Ditswanelo, un groupe de défense des droits de l'homme, ont demandé une règle nisi invitant le procureur général à montrer pourquoi une ordonnance ne devrait pas être rendue définitive pour le sursis permanent de l'exécution des peines de mort infligées à Gotlhalosamang Gabaokelwe, Modise Tlhokamolelo et Mangombe Tadubane. La Haute Cour avait rejeté la demande pour défaut d'intérêt à agir des deux requérants. Les requérants ont fait appel de cette décision et ont soulevé un défi constitutionnel à la validité de la Constitution du Botswana.

Les deux appelants ont fait valoir devant la Cour d'appel que, à titre subsidiaire, la Haute Cour aurait dû leur accorder le *locus standi* pour engager la procédure en tant qu'amis de la cour. En réponse à la demande de Kgafela II, qui est le chef traditionnel de la tribu Bakgatla, d'être traité comme *amicus curiae* aux fins de sa qualité pour agir, la Cour d'appel a déclaré : Dans le cas du premier appelant (Kgafela II), il n'y a aucune suggestion que Gabaokelwe soit un membre de la tribu Mokgatla ou l'un de ses sujets.

²³ Ibid, paragraphes 34 et 35.

²⁴ Ibid paragraphe 227.

²⁵ Note 87 ci-dessus.

Son argument selon lequel il a le statut de champion général des opprimés ne peut être soutenu. Aussi honorables que soient ses motivations, il tente sans autorité d'intervenir dans l'affaire pénale d'un autre, qui ne le concerne pas personnellement. Ceci n'est pas admissible".²⁶

En réponse à l'argument de Ditswanelo visant à ce qu'il soit traité comme un *amicus curiae* afin de lui conférer le *locus standi* requis, la cour a correctement déclaré :

Dans le cas de Ditswanelo, ils n'ont pas non plus de mandat du prisonnier. Il s'agit d'une plainte générale concernant la constitutionnalité de la peine de mort et la cruauté de la pendaison ou de son mode d'exécution. Leur accorder le *locus standi* dans les circonstances actuelles reviendrait en fait à faire revivre l'*actio popularis*, ce que nous n'avons pas l'intention de faire, et aucun argument puissant n'a été présenté en faveur de sa renaissance, même en supposant que cette cour ait le pouvoir de le faire... Au lieu de cela, elle a soulevé à nouveau des arguments bien rodés contre la peine de mort et contre la pendaison, qui ont été pleinement examinés et traités par la Cour dans l'affaire *Kobedi*. Elle n'a pas non plus démontré un intérêt ou un lien suffisant avec cette affaire en particulier, par opposition à la peine de mort en général.²⁷

The Law Society v Dingake & Others ²⁸

L'utilisation abusive de la procédure d'*amicus curiae* au Botswana n'a pas pris fin avec l'affaire *Kgafela II*. Dans cette affaire, la Law Society a cherché à être admise dans un litige en révision impliquant des juges de la Haute Cour qui avaient été suspendus suite à une pétition qu'ils avaient adressée au Chief Justice de l'époque. En examinant la demande d'admission d'*amicus curiae*, la Cour a fait une observation intéressante : le demandeur cherche à être admis, non pas en tant qu'ami de la Cour, mais en tant qu'ami des juges suspendus. Sur cette base, la Haute Cour a refusé la demande et a observé que "le requérant n'a pas démontré une approche sincère ou impartiale de ce qu'il cherche. Tout ce qu'il fait est de chercher à défendre la cause de l'une des parties dans la demande de fond".²⁹

Il est avancé que les affaires *Kgafela II* et *Law Society* représentent le mauvais usage classique de la procédure d'*amicus curiae* par les plaideurs. Cela peut être attribué à un certain nombre de raisons. Premièrement, l'absence de codification des principes de common law régissant la participation de l'*amicus curiae* au Botswana au niveau de la Haute Cour est problématique. Les deux affaires ont été décidées par la Haute Cour en s'appuyant sur les principes de la common law. L'absence d'un mécanisme procédural pour la participation de l'*amicus curiae* n'est pas souhaitable pour la bonne administration de la justice. Deuxièmement, la participation de l'*amicus curiae* est perçue comme un mécanisme commode pour se jeter dans la mêlée lorsque l'*amicus curiae* potentiel veut simplement ajouter sa voix en faveur d'une partie plutôt que de l'autre. Troisièmement, une mauvaise rédaction et préparation des plaidoiries peut être la cause probable d'une mauvaise utilisation de cette procédure. Une partie qui s'adresse

²⁶ Ibid paragraphe 109.

²⁷ Ibid paragraphe 110.

²⁸ *The Law Society of Botswana v Dingake & Others* Case No MAHGB-000783-15 (non rapporté).

²⁹ Ibid paragraphe 43.

au tribunal pour obtenir l'admission d'un amicus curiae doit démontrer la nouveauté et la pertinence des arguments qu'elle avancera devant le tribunal pour aider celui-ci à rendre justice aux questions qui lui sont soumises. Des affirmations vagues et vides de sens ne seront pas suffisantes pour obtenir l'admission en tant qu'amicus curiae.³⁰

Il est soutenu que l'amicus curiae joue un rôle central dans l'administration de la justice et, à ce titre, le mécanisme de participation de l'amicus curiae doit être utilisé dans le seul but d'aider le tribunal et non les parties au litige. L'amicus curiae a une obligation fiduciaire envers le tribunal et personne d'autre. Les candidats potentiels doivent rédiger avec soin et délicatesse des plaidoiries qui révéleront et satisferont aisément le test objectif requis aux fins de l'admission. De même, les tribunaux doivent adopter une approche libérale dans l'admission de l'amicus curiae parce qu'un amicus curiae est essentiellement une extension du tribunal qui peut promouvoir la participation aux résultats judiciaires.

*Good v The Attorney General*³¹

La participation de l'amicus curiae dans l'affaire *Good* a également été une occasion manquée au Botswana de faire avancer les frontières des droits de l'homme et la protection des droits constitutionnels par la participation de l'amicus curiae. Le mécanisme a été utilisé à mauvais escient par un organisme de défense des droits de l'homme pour faire avancer les perceptions du public et non des questions juridiques et factuelles nouvelles et pertinentes qui pourraient être bénéfiques à la cour. La cour n'a pas été impressionnée par la ligne d'argumentation adoptée par l'amicus curiae et a déclaré que :

L'amicus curiae a fait valoir que la perception publique au Botswana était que Good était déclaré immigrant interdit pour le punir d'avoir critiqué ouvertement le gouvernement et pour étouffer la liberté d'expression et de conscience. Il affirme également que le seul facteur qui aurait pu justifier l'expulsion de Good était son passé de critique franc du gouvernement, critique que le président souhaitait faire taire tout en envoyant un message à d'autres personnes qui pourraient vouloir être trop critiques envers le gouvernement. La déclaration du président a été faite par coïncidence avec l'exposé de Good sur la succession présidentielle au Botswana.³²

En réaction aux affirmations de l'amicus curiae, la cour a exprimé son mécontentement à l'égard de la contribution au discours et a déclaré qu'"il serait irresponsable au plus haut point pour cette cour de faire des conclusions basées sur des soumissions spéculatives et sur des perceptions qui peuvent ou non être partagées par le public sans aucun matériel factuel fiable pour les soutenir".³³ Le mécontentement exprimé par la Cour d'appel est une grave condamnation de la participation de l'amicus curiae au Botswana. Ce point de vue, exprimé par la Cour suprême, expose les limites et le manque de capacité des organisations de la société civile et des défenseurs des droits de l'homme au Botswana à utiliser et exploiter correctement la participation de l'amicus curiae pour

³⁰ Ibid paragraphes 30 et 31.

³¹ (2005) 2BLR 337 (CA).

³² Ibid 17.

³³ Ibid 18.

faire progresser les droits de l'homme, le constitutionnalisme et l'État de droit par le biais de litiges d'intérêt public. L'effet net de cette incapacité et de ces limitations à utiliser correctement la procédure d'*amicus curiae* annule sérieusement l'impact de la participation de l'*amicus curiae* au Botswana.

*Kewagamang & Others v Acting Officer Commanding No.3 District & Others*³⁴

Dans l'affaire *Kewagamang*, la Haute Cour s'est écartée de l'approche apparemment rigide adoptée dans les affaires *Kgafela II* et *Law Society* discutées ci-dessus. Dans cette affaire, la *Law Society* a demandé à être admise comme *amicus curiae* dans une demande de révision. Les affirmations de la *Law Society* à l'appui de sa demande d'admission en tant qu'*amicus curiae* n'étaient pas seulement ordinaires, mais également vagues et vides. Cependant, la Cour a admis la *Law Society* en tant qu'*amicus curiae* et a adopté une approche libérale envers de telles demandes. Le juge Ketlogetswe a raisonné ainsi

Au Botswana, nous n'avons pas de règles écrites régissant la procédure relative aux demandes d'admission en tant qu'*amicus*, et à mon avis, il ne serait pas souhaitable d'appliquer et d'insister strictement sur un critère donné, non écrit et non spécifique, et d'attendre des parties qu'elles s'y conforment religieusement. Je pense qu'il serait préférable de laisser l'enquête aussi souple que possible afin de garantir que l'accès à la justice et la capacité des tribunaux à bénéficier de l'apport des parties comparaissant en tant qu'*amicus* ne soient pas étouffés par l'insistance sur des détails techniques.³⁵

L'approche libérale et flexible adoptée dans l'affaire *Kewagamang* est souhaitable et justifiée, en particulier dans les cas où il n'existe pas de règles spécifiques et certaines régissant la participation de l'*amicus curiae* devant la Haute Cour. La faiblesse fondamentale de cette approche est que, bien qu'il s'agisse d'une approche libérale, le raisonnement de la Cour semble ignorer la validité juridique des principes de common law dans les cas où il n'y a pas de codification légale de ces principes.

Après avoir parcouru les jugements clés qui ont considéré l'admission de l'*amicus curiae* au Botswana, on peut conclure sans risque que l'impact de cette participation est tiède en termes de contribution aux résultats judiciaires. Comme discuté ci-dessus, il y a des preuves qu'il y a, dans une plus large mesure, un manque de participation d'*amicus curiae* et l'absence d'une procédure basée sur des règles dans la Haute Cour contribue à l'abus de la procédure. L'impact de la participation de l'*amicus curiae* au Botswana est donc sporadique, incohérent et décousu. Le seul cas où l'impact de la participation de l'*amicus curiae* est visible au Botswana est l'affaire *Letsweletse Motshidiemang* discutée ci-dessus. Le facteur qui distingue cette affaire des autres cas où la procédure d'*amicus curiae* a été utilisée à mauvais escient au Botswana est que dans l'affaire *Letsweletse Motshidiemang*, l'*amicus curiae* a présenté des preuves d'expert convaincantes et irréfutables qui ont été d'une grande utilité pour le tribunal. C'est dans de tels cas isolés que l'on peut dire que la participation de l'*amicus curiae* a eu un impact direct et matériel, tant sur le résultat judiciaire que sur le développement jurisprudentiel. Cette

³⁴ Note 83 ci-dessus.

³⁵ Ibid paragraphe 49.

affaire est en effet une référence classique pour la participation de l'*amicus curiae* au Botswana et dans le monde.

Étant donné l'utilisation sporadique et l'abus de la participation de l'*amicus curiae*, il est difficile, voire impossible, de prévoir l'avenir de la participation de l'*amicus curiae* au Botswana. La pratique de la participation de l'*amicus curiae* au Botswana est en détresse et nécessite des réformes législatives délibérées afin de réaliser son véritable potentiel pour faire avancer les droits de l'homme et contribuer à l'ensemble de la jurisprudence en matière de droits de l'homme.

4. Conclusion

L'*amicus curiae* est devenu un acteur essentiel dans le contentieux de nombreuses juridictions nationales, notamment dans les affaires de droit public. Cet article constate que les interventions de l'*amicus curiae* au Botswana augmentent lentement mais sûrement, surtout dans les affaires d'importance constitutionnelle ou publique. Cependant, ces interventions ne sont pas réglementées de manière adéquate. En fait, seules les règles de la Cour d'appel prévoient cette procédure, bien que dans des termes non spécifiés et non exhaustifs. Cela ne permet pas un contrôle et une gestion efficaces de ces intervenants. Une réglementation adéquate et complète garantira que les *amicus curiae* sont autorisés à participer aux procédures judiciaires sans entraver la résolution rapide, économique et efficace des affaires.

Ce chapitre révèle également que, bien que la participation de l'*amicus* au Botswana soit modeste, un examen des affaires pertinentes montre que les tribunaux ont commencé à s'appuyer sur les mémoires de l'*amicus curiae* dans leur calcul de prise de décision, comme en témoigne la décision dans l'affaire *Letsweletse Motshidiemang v Attorney General*.³⁶ Cependant, dans la majorité des cas, les tribunaux se contentent d'indiquer qu'ils ont reçu des mémoires d'*amicus curiae* sans discuter de leur contribution à la partie évaluative du jugement, ce qui rend l'impact du mémoire difficile à établir. La participation de l'*amicus curiae* aide également à surmonter le déficit de légitimité démocratique qui hante les institutions judiciaires en général en ajoutant les diverses opinions du public et des audiences au processus décisionnel des tribunaux du Botswana.

³⁶ Note 80 ci-dessus.

Le Contexte de l'Amicus Curiae, le Droit et la Pratique en Ouganda

Beatrice Kayaga

1. Introduction

1.1 Contexte

En Ouganda, la pratique du dépôt de mémoires d'amicus curiae est relativement récente. Avant le dernier quinquennat, les tribunaux ougandais entendaient rarement des pétitions d'amicus curiae. Cela était principalement dû à l'approche conservatrice des tribunaux concernant l'admission des mémoires d'amicus curiae, ainsi qu'à l'absence de législation spécifique et de jurisprudence cohérente pour guider les tribunaux ougandais sur la pratique et la procédure d'admission des mémoires d'amicus curiae.

Sur une note plus positive, le pays doit encore adopter le projet de règles de Judicature (d'amicus curiae), 2021 (Judicature (Amicus Curiae) Rules) pour rationaliser la procédure et la pratique de l'admission des mémoires d'amicus curiae et les tribunaux ont desserré leur emprise sur l'admission de plus de mémoires d'amicus curiae au cours des cinq dernières années. La pratique du dépôt de mémoires d'amicus curiae semble être en constante augmentation en Ouganda.¹

Cet article étudie le droit et la pratique ougandais concernant l'admission des mémoires d'amicus curiae. Il retrace le contexte historique de la pratique de l'amicus curiae en Ouganda et analyse certaines des principales jurisprudences en la matière, en mettant l'accent sur l'impact des décisions des tribunaux sur l'évolution de la pratique en Ouganda.

Le document identifie également les lacunes dans la pratique de l'amicus en Ouganda et, enfin, propose des réformes viables.

1.2. La signification de l'amicus curiae

L'amicus curiae (mot latin signifiant "ami de la cour") est une personne ou une organisation qui n'est pas partie à un procès, mais qui adresse une requête à la cour ou qui est invitée par celle-ci à déposer un mémoire dans le cadre d'une action en justice parce qu'elle a un intérêt marqué pour le sujet traité.² Un amicus curiae est indépendant

¹ Observé par la Cour suprême dans l'affaire *Re : Application for leave to intervene as amicus curiae by Foundation for Human Rights Initiative & 7 others* Civil Application No 3 of 2016 [2016] UGSC 1, 8.

² BA Garner *Black's Law Dictionary* 9 ed (2009) 98. Voir également J Oloka-Onyango & C Mbazira *Befriending the Court : Behind and Beyond the 2016 Supreme Court Amicus Curiae Rulings in Uganda* (2020) 3.

et n'a aucun lien avec l'une des parties au procès. Son devoir est d'aider le tribunal en offrant des informations, une expertise ou un point de vue qui ont un rapport avec les questions de l'affaire devant le tribunal.³

Cette définition de l'*amicus curiae* a été adoptée par la Cour suprême de l'Ouganda dans l'affaire *Re : Application for leave to intervene as Amicus Curiae by Prof. Oloka Onyango & 8 others*⁴ et par la même cour dans *Re : Application for leave to intervene as amicus curiae by Foundation for Human Rights Initiative & 7 others*.⁵ Dans l'affaire *Re : Application to intervene as amicus curiae by Bank of Uganda*,⁶ la Cour d'appel de l'Ouganda a expliqué la signification de l'*amicus curiae*, en se référant au *Osborn's Concise Law Dictionary*, qui définit l'*amicus curiae* comme "une personne qui attire l'attention du tribunal sur un point de droit ou un fait qui semble avoir été négligé".⁷ L'*amicus curiae* peut également désigner un avocat qui assiste le tribunal en présentant des arguments à l'appui d'un intérêt que les parties à la procédure ne représentent peut-être pas de manière adéquate, comme l'intérêt public, ou en plaidant au nom d'une partie qui n'est pas représentée par ailleurs.⁸

Le Comité du Règlement⁹ a adopté ces définitions jurisprudentielles de l'*amicus curiae* dans le projet de législation de 2021 sur l'*amicus curiae*. À cette fin, la règle 3 du projet de règlement sur l'*amicus curiae* définit l'*amicus curiae* comme une personne ou une organisation qui n'est pas partie à la procédure mais qui adresse une requête au tribunal ou qui est invitée par le tribunal à déposer un mémoire dans le cadre de la procédure parce que cette personne ou cette organisation a un intérêt suffisant dans l'affaire. Cette définition est préférable car elle inclut expressément les "organisations", qui sont les demandeurs les plus courants dans les mémoires d'*amicus curiae*, et précise que l'*amicus curiae* peut demander au tribunal ou être invité par le tribunal à déposer un mémoire d'*amicus curiae*. Cela semble être l'interprétation du terme "*amicus curiae*" en Ouganda.

2. Le contexte historique d'*Amicus* en Ouganda

2.1. Ouganda pré et post-colonial - le droit et la pratique de l'*amicus curiae* avant 1995

L'Ouganda était un protectorat britannique depuis 1894,¹⁰ et, à ce titre, il était régi par

³ <<https://cepiluganda.org/process/amicus-curiae-proceedings/>>.

⁴ Civil Application No 2 of 2016 [2016] UGSC 2.

⁵ Note 116 ci-dessus.

⁶ Civil Application No 16 of 2021 [2021] UGCA 120.

⁷ 11 ed (2009).

⁸ *The Oxford Dictionary of Law* 5 ed.

⁹ Établi par le Chief Justice en vertu de l'article 41 de la Judicature Act Cap 13 pour établir des règles visant à réglementer la pratique et la procédure des tribunaux en Ouganda.

¹⁰ GW Kanyeihamba *Constitutional and Political History of Uganda ; From 1894 to present* 2 ed (2010).

le droit législatif et la common law anglais.¹¹ Le 11 août 1902,¹² le pays avait hérité d'une série de lois anglaises fondées sur les principes de la common law, les doctrines d'équité et les lois d'application générale en Angleterre et au Pays de Galles. À ce jour, l'Ouganda continue d'appliquer les principes de la common law et les doctrines d'équité, tandis que les lois d'application générale de l'Angleterre et du Pays de Galles ont cessé de s'appliquer et ont été remplacées par la législation nationale ougandaise adoptée par le Parlement ougandais en vertu de l'article 79(1) de la Constitution de la République d'Ouganda de 1995, telle que modifiée (la Constitution).¹³

La législation ougandaise ne spécifie pas de procédure pour l'admission des mémoires d'amicus curiae. Par conséquent, les tribunaux invoquent leur pouvoir inhérent d'administrer la justice tel que prescrit par l'article 98 de la loi sur la procédure civile¹⁴ et l'article 39(2) de la loi sur l'organisation judiciaire¹⁵ qui permet aux tribunaux d'adopter toute procédure justifiée par les circonstances de l'affaire. En l'absence d'une procédure établie par le droit écrit, les tribunaux, en vertu de l'article 98 de la loi sur la procédure civile, ont le pouvoir inhérent de rendre les ordonnances nécessaires aux fins de la justice ou pour prévenir les abus de la procédure judiciaire. Cela inclut le pouvoir d'accepter des mémoires d'amicus curiae sur toute question dans une affaire en cours et, depuis l'entrée en vigueur de cette disposition le 1er janvier 1929, les tribunaux ont le pouvoir d'accepter des mémoires d'amicus curiae. La section 98 de la loi sur la procédure civile est reproduite dans la règle 2(2) des Judicature (Court of Appeal Rules) Directions Statutory Instrument 13-10 et dans la règle 2(2) des Judicature (Supreme Court Rules) Directions Legal Notice 13 of 1996, qui s'appliquent spécifiquement à la Cour d'appel et à la Cour suprême respectivement.

Bien que la loi sur la procédure civile permette aux tribunaux ougandais d'admettre les mémoires d'amicus dans le cadre de leur pouvoir inhérent d'administrer la justice, les règles qui l'accompagnent, les règles de procédure civile Statutory Instrument 71-1,¹⁶ ne prescrivent pas expressément un mode ou une procédure de dépôt des demandes d'amicus. Par conséquent, la pratique a été de s'appuyer sur les règles 1 et 3 de l'ordonnance 52 des règles de procédure civile, qui stipulent que toutes les demandes au tribunal, à l'exception de celles qui sont expressément prévues par les règles, doivent être faites par avis de motion accompagné d'un affidavit. Les motifs de la demande doivent être énoncés en termes généraux dans l'avis de motion.¹⁷

Malgré les dispositions légales susmentionnées, il n'existait pas, avant 1995, d'instructions

¹¹ J Oloka-Onyango *An Overview of the Legal System in Uganda* (2015).

¹² Il s'agit de la date de réception du décret ougandais de 1902, qui a officiellement introduit le droit législatif anglais en Ouganda. Voir les observations de la Cour suprême de l'Ouganda dans l'affaire *Uganda Motors Ltd v Wavah Holdings Ltd Supreme Court Civil Appeal No 19 of 1991* et le Judicature Act de 1962.

¹³ Voir l'article 14(2) du Judicature Act, ch 13 des lois de l'Ouganda, sur les lois applicables en Ouganda.

¹⁴ Chapitre 71 des lois de l'Ouganda (Laws of Uganda).

¹⁵ Chapitre 13 des lois de l'Ouganda (Laws of Uganda).

¹⁶ Promulgué le 31 janvier 1964.

¹⁷ Cette pratique a été confirmée par la Cour suprême dans l'affaire *Re : Application for leave to intervene as amicus curiae by Foundation for Human Rights Initiative & 7 others* (note 116 ci-dessus) 7.

pratiques ou de jurisprudence établie pour guider les tribunaux sur les considérations ou les conditions d'admission des mémoires d'*amicus curiae*. En outre, le 24 septembre 1989, la Cour suprême a rendu un arrêt dans l'affaire *Attorney General v Silver Springs Hotel Ltd & others* indiquant que la comparution d'un *amicus curiae* doit se faire à l'invitation de la cour et non sur demande.¹⁸ Cela confirme l'affirmation de Joe Oloka-Onyango et Christopher Mbazira selon laquelle les tribunaux ougandais ont largement adopté une approche conservatrice de l'admission des mémoires d'*amicus curiae* en Ouganda.¹⁹

Ces facteurs, parmi d'autres, semblent être les raisons pour lesquelles le dépôt de mémoires d'*amicus curiae* était peu fréquent en Ouganda. Dans l'affaire *Re : Application for leave to intervene as Amicus Curiae by Prof. Oloka Onyango & 8 others*, la Cour suprême de l'Ouganda a noté qu'avant cette demande, il y avait eu peu de cas où la cour avait été saisie par des demandeurs cherchant à être *amicus curiae*.²⁰ Par conséquent, les demandes d'*amicus curiae* n'étaient pas des outils très courants dans les différents bancs du système judiciaire ougandais²¹ et jusqu'à récemment, la procédure n'était pas bien développée et les tribunaux ne recevaient qu'un petit nombre de mémoires d'*amicus*.

2.2. Développements ultérieurs - le droit et la pratique de l'*amicus curiae* après 1995

La quatrième et actuelle Constitution de l'Ouganda a été promulguée le 8 octobre 1995²² et l'article 1 stipule que tout pouvoir (y compris le pouvoir judiciaire) appartient au peuple. L'article 126 est plus spécifique au pouvoir judiciaire et prévoit la participation du peuple à l'administration de la justice. Selon l'article 126(1), le pouvoir judiciaire est dérivé du peuple et doit être exercé par les cours de justice en son nom et conformément à la loi, aux valeurs, aux normes et aux aspirations du peuple. En outre, l'article 127 demande au Parlement d'adopter des lois permettant aux citoyens de participer à l'administration de la justice par les tribunaux.

Il est clair que la pratique du dépôt de mémoires d'*amicus curiae* est l'un des outils notables pour accroître la participation du public à l'administration de la justice par les tribunaux, car elle permet au public, en tant qu'*amici curiae*, d'aider le tribunal en attirant son attention sur des questions nouvelles d'une grande importance publique que les plaideurs peuvent avoir négligées. Depuis l'adoption de la Constitution de 1995, les

¹⁸ Supreme Court Civil Appeal No 1 of 1989. Cette position a été renversée par la Cour suprême 27 ans plus tard dans l'affaire *Re : Application for leave to intervene as Amicus Curiae by Prof. Oloka Onyango & 8 others* (note 119 ci-dessus) 10.

¹⁹ Oloka-Onyango & Mbazira (note 117 ci-dessus).

²⁰ Note 119 ci-dessus 9 et 10. Également observé par la Cour dans l'affaire *Re : Application for leave to intervene as amicus curiae by Foundation for Human Rights Initiative & 7 others* (note ci-dessus) 7. 116 ci-dessus) 7.

²¹ Note 129 ci-dessus.

²² O Furley & J Katalikawe 'Constitutional Reform in Uganda ; The New Approach'(1997) 96(383) *African Affairs* 243 <<https://www.jstor.org/stable/723860>>

tribunaux ont invoqué l'article 126(1) de la Constitution pour justifier l'autorisation des mémoires d'amicus curiae. En conséquence, le nombre de pétitions d'amicus curiae en Ouganda n'a cessé d'augmenter.²³

Deuxièmement, le comité du règlement a depuis tenté de rationaliser le processus de dépôt des mémoires d'amicus curiae en prescrivant une méthode d'introduction des requêtes d'amicus. À cette fin, la règle 7 du projet de règles sur la magistrature (amicus curiae) stipule qu'une personne ou une organisation qui remplit les conditions pour demander à être amicus curiae peut le faire par avis de motion ou être invitée à comparaître au tribunal en tant qu'amicus curiae par le tribunal par le biais d'une lettre.

La règle 7(2) du projet de Règlement sur l'amicus curiae ajoute que la demande doit être accompagnée d'un mémoire formel indiquant l'expertise de la personne ou de l'organisation ou la justification de la prise en compte en tant qu'amicus curiae. La règle 7(4) précise le format des mémoires d'amicus curiae. La demande doit être déposée dans les 15 jours suivant la clôture des plaidoiries²⁴ et toute partie ayant l'intention de s'opposer à la demande doit en informer le tribunal par écrit dans les sept jours.²⁵ Elle doit ensuite déposer un avis d'objection à la demande.²⁶

Un autre développement significatif est que la Cour suprême a depuis adopté un ensemble de principes pour guider les juridictions inférieures dans leur décision d'accepter ou de rejeter les pétitions d'amicus curiae.²⁷ Il convient de noter que la participation de l'amicus curiae est purement à la discrétion de la cour dans l'exercice de ses pouvoirs inhérents ; l'amicus curiae peut être pertinent lorsque la cour estime que l'affaire dont elle est saisie requiert un certain type d'expertise qui est en la possession d'un individu ou d'une organisation spécifique et, par conséquent, le contrôle ultime ou l'admission de l'amicus curiae relève exclusivement de la cour.

Les conditions d'admission de l'amicus curiae ont été codifiées à la règle 5 du projet de règlement sur l'amicus curiae, comme suit : l'amicus curiae doit être neutre et impartial ; les observations de l'amicus curiae doivent être destinées à apporter au tribunal une aide dont il ne bénéficierait pas autrement ; l'amicus curiae doit se limiter à s'engager sur des questions de droit ; les observations de l'amicus curiae doivent attirer l'attention sur des questions de droit pertinentes et être des observations juridiques utiles, ciblées et fondées sur des principes qui ne favorisent aucune des parties ; l'amicus curiae doit avoir une expertise précieuse dans le domaine pertinent du droit (une expertise générale du droit ne suffit pas) ; les points de droit ou les faits à discuter doivent être nouveaux et contribuer au développement de la jurisprudence ; la participation de l'amicus curiae

²³ La Cour suprême a invoqué l'article 126 de la Constitution dans l'affaire *Re : Application for leave to intervene as Amicus Curiae by Prof. Oloka Onyango & 8 others* (note ci-dessus) 10 et 11. 119 ci-dessus) 10 et 11.

²⁴ Projet du Judicature (Amicus Curiae) Rules, 2021 règle 7(7).

²⁵ Ibid. règle 7(8).

²⁶ Ibid. règle 8(2).

²⁷ Voir l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Re : Demande d'autorisation d'intervenir en tant qu'amicus curiae par Foundation for Human Rights Initiative & 7 autres* (note 116 ci-dessus) et l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Re : Application for leave to intervene as Amicus Curiae by Prof. Oloka Onyango & 8 others* (note ci-dessus). 119 ci-dessus).

doit être dans l'intérêt général de la justice publique ; l'intérêt de l'*amicus curiae* est sa "fidélité" au droit ; l'*amicus curiae* doit s'adresser à la cour sur des points de droit non soulevés par les parties mais qui intéressent la cour ; l'*amicus curiae* a le devoir de rappeler à la cour les questions juridiques qui ont échappé à la cour et qui peuvent entraîner une mauvaise interprétation de la loi ; un *amicus curiae* ne doit pas introduire de nouvelles preuves ; et enfin, la cour a le devoir de réglementer l'étendue de la participation de l'*amicus* dans la procédure pour prévenir la dégénérescence du rôle de l'*amicus* en rôle partisan.²⁸

Bien que la Cour n'ait pas encore précisé si toutes les conditions susmentionnées doivent être remplies pour qu'un mémoire d'*amicus curiae* soit accepté, les arrêts de la Cour suprême et la codification ultérieure des principes susmentionnés dans le projet de règles relatives à l'*amicus curiae* ont largement contribué à améliorer la jurisprudence ougandaise sur la pratique de l'*amicus curiae*, à encourager le dépôt de demandes d'*amicus* et à créer une uniformité et une cohérence dans l'admission des demandes d'*amicus*.

3. La jurisprudence de l'Ouganda sur la pratique de l'*amicus curiae*

En l'absence de législation pour guider les tribunaux sur les principes d'acceptation des mémoires d'*amicus curiae*, les tribunaux ougandais ont adopté au fil des ans les principes de la common law et la jurisprudence des juridictions comparatives.²⁹ Ces décisions ont eu un impact significatif sur le droit et la pratique de l'*amicus curiae* en Ouganda.

3.1. Jurisprudence antérieure à 1995

Avant la promulgation de la Constitution en 1995, les tribunaux recevaient très peu de requêtes d'*amicus curiae* car cette intervention ne se faisait que sur invitation du tribunal,³⁰ et il n'existait pas de principes pour guider les tribunaux et les plaideurs sur la procédure d'admission des requêtes d'*amicus curiae*. Ceci explique pourquoi il n'y a pas beaucoup de cas sur le sujet à cette époque. Cependant, les cas suivants démontrent la pratique de l'*amicus curiae* en Ouganda avant 1995.

²⁸ Ces principes ont également été suivis par la Cour d'appel dans l'affaire *Re an Application to intervene as amicus curiae by Bank of Uganda* (note 121 ci-dessus) 5.

²⁹ Les tribunaux ougandais ont adopté les principes de la jurisprudence de premier plan sur l'*amicus* du Kenya, comme *The Trusted Society of Human Rights Alliance v Mumo Matemo & the Kenya Section of the International Commission of Jurists* Supreme Court Petition No 12 of 2013 et les décisions de la Cour de justice de l'Afrique de l'Est, notamment *Secretariat of the Joint UNAIDS Programme on HIV/ AIDS v Human Rights Awareness Promotion Forum (HRAPF) & Attorney General of Uganda* Application No 03 of 2015 ; *Uhai Eashri, Health Development Initiative Rwanda v Human Rights Awareness Promotion Forum (HRAPF) & Attorney General of Uganda* Applications Nos 20 & 21 of 2015 ; *Dr Ally Possi, Centre for Human Rights, University of Pretoria v Human Rights Awareness Promotion Forum (HRAPF) & Attorney General of Uganda* Application No 01 of 2015.

³⁰ Observé par la Cour suprême dans *Re: Application for leave to intervene as Amicus Curiae by Prof. Oloka Onyango & 8 others* (note 119 ci-dessus) 9 & 10.

3.1.1. *Attorney General v Silver Springs Hotel Ltd & others* ³¹

Dans cette affaire, les défendeurs ont contesté la décision du ministre des Finances de reprendre possession de plusieurs propriétés reprises aux propriétaires asiatiques par le gouvernement militaire du président Idi Amin en 1972. Au début de l'audience d'un autre appel devant la Cour suprême, l'avocat de l'ancien propriétaire de l'une des propriétés a demandé à intervenir en tant qu'*amicus curiae*, affirmant que les parties à l'appel avaient décidé de conclure un accord à l'amiable dans le dos de son client.

En réponse à sa demande, le tribunal a déterminé que l'*amicus curiae* doit être invité par le tribunal.³² Il n'appartient pas à une personne de demander à être invitée. En outre, le tribunal a déterminé que, puisque le demandeur représentait les intérêts de son client, il n'était pas neutre et ne pouvait donc pas intervenir en tant qu'*amicus curiae*.

Les juridictions inférieures se sont strictement conformées à cette décision. Par exemple, dans l'affaire *Oboth Marksons Jacobs v National Resistance Movement*, la Haute Cour a décidé que le tribunal devait être autorisé à choisir ou à approuver ses amis.³³ En outre, dans l'affaire *Soroti Joint Medical Services Limited v Sino Africa Medicines & Health Limited*, la Haute Cour, en rejetant une requête d'*amicus curiae*, a décidé que si le tribunal a besoin d'aide, il lui appartient de demander l'avis de l'*amicus curiae* sur toute question.³⁴

Cette position a eu pour effet d'étouffer la pratique de l'*amicus curiae* en la limitant à quelques rares personnes qui intervenaient sur invitation de la cour. La Cour suprême a renversé cette décision 27 ans plus tard dans l'affaire *Re : Application for leave to intervene as Amicus Curiae by Prof. Oloka Onyango & 8 others*,³⁵ où elle a jugé que l'arrêt *Attorney General v Silver Springs Hotel Ltd* n'était plus une bonne loi.

3.1.2. *Edward Fredrick Sempebwa v Attorney General* ³⁶

Le requérant a déposé le dossier de la Haute Cour n° 1 de 1986, dans lequel il a contesté la légalité de l'avis juridique n° 1 de 1986, tel que modifié par l'avis juridique n° 6 de 1986. Cet instrument statutaire visait à promulguer un nouvel ordre de gouvernement qui priverait le requérant de la somme et des ordonnances décrétées en sa faveur par la High Court dans le High Court Civil Suit n° 135 de 1982.

Le tribunal a rejeté la demande d'un tiers d'intervenir en tant qu'*amicus curiae* dans l'action en justice au motif que le demandeur qui souhaitait être *amicus curiae* n'avait pas réussi à démontrer quel point de droit avait été négligé et que les parties étaient bien représentées. Cette affaire a mis en évidence l'approche conservatrice adoptée par les tribunaux ougandais à l'époque pour admettre les requêtes d'*amicus curiae*.

³¹ Note 133 ci-dessus.

³² Ibid 5.

³³ Miscellaneous Application No 108 of 2010.

³⁴ Miscellaneous Application No 452 of 2011.

³⁵ Note 119 ci-dessus.

³⁶ Miscellaneous Application No 90 of 1986.

L'affaire a également mis en évidence l'absence de principes établis, à l'époque, pour guider les tribunaux dans l'admission des mémoires d'amicus curiae. En outre, l'approche semble également ignorer l'intérêt public, lorsque la décision aura un impact au-delà des parties à l'affaire.

3.2. La jurisprudence après 1995

Depuis la promulgation de la Constitution en 1995, la pratique de l'amicus curiae n'a cessé de s'améliorer. La jurisprudence suivante illustre les développements ultérieurs de la pratique de l'amicus curiae en Ouganda.

3.2.1. *Re : Demande d'autorisation d'intervenir en tant qu'Amicus Curiae par le Prof. Oloka Onyango et 8 autres* ³⁷

Suite aux élections présidentielles de 2016 en Ouganda, l'un des candidats, Amama Mbabazi, mécontent de la réélection du président sortant, Yoweri Kaguta Museveni, a contesté l'élection devant la Cour suprême de l'Ouganda.³⁸ Neuf professeurs de la faculté de droit de l'université Makerere ont demandé à la Cour d'intervenir en tant qu'amicus curiae dans la requête. Les défendeurs se sont opposés à la demande au motif que le mémoire du demandeur était trop général et n'apportait rien de nouveau.³⁹ Ils ont également objecté que les requérants n'ont pas démontré une expertise spéciale ou unique en droit constitutionnel et qu'ils sont neutres dans le conflit entre les parties. La Cour suprême a accueilli la demande et a admis les requérants en tant qu'amici curiae dans son arrêt du 14 mars 2016.

La décision de la Cour s'est fondée sur les conclusions suivantes : les requérants ont prouvé leur expertise en matière de droits de l'homme, de constitutionnalisme et de bonne gouvernance et ont donc été qualifiés d'amici curiae ; l'arrêt antérieur de la Cour dans l'affaire *Attorney General v Silver Springs Hotel Ltd & others*⁴⁰, selon lequel la comparution d'un amicus curiae doit se faire à l'invitation de la Cour et non à la demande d'une partie sollicitant ce statut, n'est plus valable ; et si les objections aux mémoires d'amicus curiae sont un facteur à prendre en considération, ce n'est pas le seul facteur déterminant.⁴¹ La cour doit mettre en balance l'intérêt général de la justice et les avantages de la participation de l'amicus curiae prévu pour les tribunaux avec le risque que l'amicus curiae s'immisce dans le litige entre les parties ; à la lumière des préoccupations sur la partialité alléguée par les défendeurs, la cour ne retiendra que ce qu'elle considère comme pertinent et non partisan du mémoire de l'amicus curiae et

³⁷ Note 119 ci-dessus.

³⁸ *Amama Mbabazi v Yoweri Kaguta Museveni & 2 others* Presidential Election Petition No 1 of 2016 [2016] UGSC 4.

³⁹ Note 119 ci-dessus.

⁴⁰ Note 133 ci-dessus.

⁴¹ La Cour suprême a suivi la décision de la Cour de justice de l'Afrique de l'Est dans l'affaire *Re : An application by the Secretariat of the Joint UNAIDS Programme on HIV/ AIDS v Human Rights Awareness Promotion Forum (HRAPF) & Attorney General of Uganda* Application No 03 of 2015.

s'assurera que l'amici curiae n'outrepasse pas son mandat ; les questions soulevées dans la pétition présidentielle étaient d'une grande importance publique qui l'emportait sur les préoccupations ou les objections soulevées par les défendeurs au sujet du mémoire des requérants ; et enfin, que les requérants avaient l'intention de fournir une assistance à la Cour sur le droit des interdictions structurelles ou des injonctions de supervision qui était une question nouvelle en Ouganda et plus spécifiquement dans les conflits électoraux. L'assistance de l'amicus curiae à cet égard serait essentiellement bénéfique pour la Cour.

L'arrêt de la Cour suprême ci-dessus est d'une importance capitale pour la jurisprudence ougandaise sur la pratique des mémoires d'amicus curiae car c'est la première fois que la Cour a énoncé de manière exhaustive les principes d'acceptation des mémoires d'amicus curiae. Ces principes ont depuis été suivis par les tribunaux inférieurs lorsqu'ils traitent des demandes similaires, ce qui a permis de rationaliser la loi sur la procédure et la pratique des requêtes d'amicus curiae. Les mêmes principes ont également été codifiés dans la règle 5 du projet de règlement sur l'amicus curiae.

Deuxièmement, la Cour a encouragé la pratique du dépôt de demandes d'amicus curiae en renversant sa position précédente dans l'affaire *Attorney General v Silver Springs Hotel Ltd & others*, qui stipulait que les mémoires d'amicus sont déposés sur invitation de la Cour plutôt qu'en faisant une demande.⁴²

L'arrêt a pour effet de permettre à toute personne ou organisation de demander à être admise en tant qu'amicus curiae sans devoir attendre que le tribunal l'invite.

Oloka-Onyango et Mbazira ont observé que la décision de la Cour suprême dans cette affaire a créé un précédent progressif pour l'admission des demandes d'amicus curiae et a clarifié plusieurs questions, notamment les questions de partialité, l'expertise des demandeurs d'amicus et la place du public dans les demandes d'amicus.⁴³

3.2.2. *Re : Demande d'autorisation d'intervenir en tant qu'amicus curiae présentée par Foundation for Human Rights Initiative et 7 autres.*⁴⁴

À la suite des élections présidentielles de 2016 en Ouganda, l'un des candidats, Amama Mbabazi, a déposé la pétition électorale n° 1 de la Cour suprême, contestant la réélection du président sortant, Yoweri Kaguta Museveni. Une coalition de huit organisations de la société civile a déposé une requête pour intervenir en tant qu'amici curiae. Les requérants ont fait valoir qu'ils possédaient une expertise précieuse pour aider la Cour à statuer sur la pétition relative à l'élection présidentielle et qu'ils avaient un intérêt marqué pour l'objet de la pétition.

Les défendeurs dans la pétition électorale se sont opposés à la demande au motif que les requérants n'avaient pas d'expertise particulière en rapport avec l'objet de la

⁴² Note 133 ci-dessus.

⁴³ Note 117 ci-dessus.

⁴⁴ Note 116 ci-dessus.

pétition, et qu'ils avaient l'intention de présenter des preuves sur des faits contestés. Les défendeurs ont également soutenu que les requérants étaient partiaux et donc inaptes à être des amici curiae.

Le tribunal a rejeté la demande dans sa décision du 14 mars 2016, car les requérants ne remplissaient pas les critères pour être acceptés comme amici curiae. Le tribunal a spécifiquement déclaré que les requérants n'ont pas réussi à démontrer leur expertise sur le sujet de la pétition. Elle a également statué que certains des requérants ont fait des déclarations au lendemain de l'élection qui étaient préjudiciables aux défendeurs, ce qui implique qu'ils n'étaient pas impartiaux et, par conséquent, qu'ils ne remplissaient pas les conditions pour être des amici curiae. La Cour a déterminé qu'étant donné que les requérants n'ont pas joint leur mémoire d'amici curiae ou démontré les nouveaux points de droit sur lesquels ils avaient l'intention de s'adresser à la Cour, elle n'a pas pu déterminer la portée de leur intervention en tant qu'amici curiae.

Bien que la demande ait été rejetée, elle a eu une valeur jurisprudentielle importante pour la pratique des mémoires d'amicus curiae en Ouganda, car la cour a réitéré les principes d'admission de ces mémoires, les confirmant ainsi. La cour a spécifiquement déclaré que l'amicus curiae doit être impartial et posséder une expertise précieuse en rapport avec l'objet de l'affaire portée devant la cour.

Les juridictions inférieures ont depuis suivi ces principes. En outre, les principes ont été codifiés dans la règle 5 du projet de règles sur l'amicus curiae.

3.2.3. *Re : Demande d'intervention en tant qu'amicus curiae par Bank of Uganda*⁴⁵

La Bank of Uganda a demandé à intervenir en tant qu'amicus curiae dans l'affaire *Diamond Trust Bank & another v Ham Enterprises Limited & others*, dans laquelle les défendeurs ont poursuivi les banques appelantes devant la Haute Cour pour violation de divers contrats de prêt.⁴⁶ La Banque de l'Ouganda (Bank of Uganda) a fait valoir que, en tant qu'organe statuaire chargé de réglementer les activités des institutions bancaires et financières en Ouganda, elle possédait une expertise précieuse qui pourrait aider la Cour à statuer sur l'appel.

La Cour d'appel a rejeté la demande dans son arrêt du 17 janvier 2021, en indiquant que l'intérêt de Bank of Uganda dans l'appel n'était pas celui d'un amicus curiae, mais d'une partie qui serait directement affectée par les ordonnances de la Cour. La Banque de l'Ouganda (Bank of Uganda) a déclaré dans sa demande que les ordonnances de la Haute Cour auraient un impact négatif sur l'exécution de ses fonctions statutaires.

La cour a déterminé qu'un ami de la cour est une partie neutre, et non une partie qui prétend être lésée par les ordonnances en cause dans le procès. Le demandeur n'a pas satisfait aux exigences de neutralité et d'impartialité.

⁴⁵ Note 121 ci-dessus.

⁴⁶ Civil Appeal No 242 of 2020.

En outre, la Cour d'appel a réitéré les principes de la Cour suprême concernant l'acceptation des mémoires d'amicus curiae dans l'affaire *Re : Application for leave to intervene as Amicus Curiae by Prof. Oloka Onyango & 8 others*. Cette décision est cruciale car il s'agit de la plus récente décision d'un tribunal ougandais sur l'amicus curiae.

La décision de la Cour reflète l'état actuel du droit en Ouganda concernant les demandes d'amicus curiae. La décision est également importante car elle clarifie la nature de l'intérêt de l'amicus curiae dans les affaires pendantes devant les tribunaux, qui devrait être d'aider les tribunaux à appliquer correctement la loi. Ainsi, lorsque l'intérêt du demandeur est d'une nature telle qu'il est directement affecté par les éventuelles ordonnances du tribunal, il n'est pas apte à être amicus curiae.

D'autres jurisprudences pertinentes sur l'amicus incluent *National Social Security Fund & Others v Alcon International Ltd Supreme Court*, dans laquelle la cour a rejeté la demande d'amicus curiae au motif que le demandeur n'a pas démontré son expertise en la matière et n'a pas démontré qu'il serait utile à la cour pour résoudre le litige devant elle⁴⁷ et *Uganda v Thomas Kowyelo*, dans laquelle la cour a refusé d'entendre la demande d'amicus curiae au motif que l'audience dans le procès principal était déjà terminée et que le jugement dans l'appel avait été réservé.⁴⁸ Ces décisions renforcent les principes selon lesquels l'amicus curiae doit disposer d'une expertise précieuse en rapport avec l'objet de l'affaire déjà pendante devant le tribunal et que la demande d'amicus doit être déposée sans délai, et avant l'audience du procès principal.

4. L'avenir de la pratique de l'amicus curiae en Ouganda

Bien que la Cour suprême de l'Ouganda ait fait un effort pour définir les principes et la procédure d'admission des mémoires d'amicus curiae, il est encore nécessaire de codifier les principes dans la législation nationale afin de favoriser l'uniformité, la cohérence et la transparence dans l'examen des demandes d'amicus curiae, ainsi que de promouvoir l'application de l'article 126 de la Constitution sur la participation du peuple à l'administration de la justice par les tribunaux. Il n'existe actuellement aucune législation régissant la pratique de l'amicus curiae.

Le Chief Justice de l'Ouganda, Alfonse Chigamoy Owiny-Dollo CJ, a révélé dans son discours à l'occasion de l'ouverture de la 23ème conférence annuelle des juges entre le 31 janvier 2022 et le 3 février 2022, que la promulgation du projet de règles d'amicus curiae est en voie d'achèvement.⁴⁹ Bien qu'il s'agisse d'une bonne nouvelle, l'adoption de ces règles était attendue depuis longtemps, car les juridictions comparatives ont adopté des règles d'amicus curiae il y a dix ans déjà. L'Ouganda tente de rattraper son retard.

⁴⁷ Civil Appeal No 15 of 2009.

⁴⁸ Constitutional Appeal No 1 of 2012.

⁴⁹ <<http://judiciary.go.ug/files/downloads/CJ%20SPEECH%20-%20AJC%202022.pdf>> 9.

À titre de comparaison, le 11 avril 2013,⁵⁰ la Cour de justice de l'Afrique de l'Est,⁵¹ à laquelle l'Ouganda est soumis en vertu de son appartenance à la Communauté d'Afrique de l'Est,⁵² a promulgué des lois sur l'*amicus curiae* en vertu de la règle 36 du Règlement de procédure de la Cour de justice de l'Afrique de l'Est, 2013.⁵³ Le Kenya, le voisin le plus immédiat de l'Ouganda, a légiféré sur la pratique de l'*amicus curiae* il y a plus de dix ans en vertu de l'article 22(3)(c) de la Constitution du Kenya, promulguée le 27 août 2010,⁵⁴ et de la Constitution du Kenya (Protection of Rights & Fundamental Freedoms) Rules, 2013.⁵⁵ Enfin, dans son règlement de la Cour constitutionnelle de 1995, l'Afrique du Sud a légiféré sur la pratique de l'*amicus curiae* il y a près de 30 ans.⁵⁶ À la lumière de ce qui précède, l'Ouganda aurait certainement dû promulguer les règles relatives à l'*amicus curiae* depuis lors.

Deuxièmement, si les principes de la Cour suprême sur l'admission de l'*amicus curiae* décrits dans *Re : Application for leave to intervene as Amicus Curiae by Prof. Oloka Onyango & 8 others (Demande d'autorisation d'intervenir en tant qu'amicus curiae par le professeur Oloka Onyango et 8 autres)* fournissent des orientations aux tribunaux inférieurs sur les considérations fondamentales dans les demandes d'*amicus*, il est essentiel que les tribunaux élaborent certains des principes, tels que le test pour déterminer l'expertise du demandeur pour être qualifié d'*amicus* et si le demandeur est partial ou partisan.

La majorité des demandes d'*amicus* ont été rejetées pour ces deux raisons :⁵⁷ . Le demandeur n'a pas réussi à démontrer qu'il possédait l'expertise nécessaire pour être qualifié d'*amicus*, et il n'a pas réussi à démontrer qu'il était neutre ou indépendant des parties dans l'affaire principale.

Dans l'esprit de l'article 126 de la Constitution, la voie privilégiée devrait être d'adopter une approche libérale dans laquelle les requérants sont admis en tant qu'*amicus curiae*, à condition que la Cour prévienne l'étendue de ces soumissions pour s'assurer qu'elles ne prennent pas parti.

⁵⁰ Cour de justice de l'Afrique de l'Est "Greffes/Règlement de procédure 2019" <https://www.eacj.org/?page_id=5722>.

⁵¹ Établi en vertu de l'article 9 du Traité pour l'établissement de la Communauté de l'Afrique de l'Est, 1999.

⁵² Organisation intergouvernementale régionale regroupant six États partenaires. Voir <<https://www.eac.int/>>.

⁵³ Il s'agit désormais de la règle 59 du règlement de procédure de la Cour de justice de l'Afrique de l'Est, 2019, promulguée le 15 février 2019.

⁵⁴ Observé par la Cour suprême dans *Re : Application for leave to intervene as Amicus Curiae by Prof. Oloka Onyango & 8 others* (note 119 ci-dessus) 11. Voir également C. Odote & L. Musumba *Balancing the Scales of Electoral Justice : Resolving Disputes from the 2013 Elections in Kenya and the Emerging Jurisprudence* (2016) <<https://www.researchgate.net/publication/299471229>>.

⁵⁵ Legal Notice No 117 of 2013.

⁵⁶ JC Mubangizi & C Mbazira 'Constructing the Amicus Curiae Procedure in Human Rights Litigation : What Can Uganda Learn from South Africa ? ' (2012) 16 *Law, Democracy and Development* 199.

⁵⁷ Oloka-Onyango & Mbazira (note 117 ci-dessus). Par exemple, *Re : Application for leave to intervene as amicus curiae by Foundation for Human Rights Initiative & 7 others* (note 116 ci-dessus) a été rejetée pour ces motifs.

Les tribunaux devraient encourager la pratique consistant à demander aux requérants de joindre le mémoire d'amicus curiae qu'ils ont l'intention de présenter afin que le tribunal puisse évaluer la portée de leur intervention. Les objections fondées sur la partialité doivent être mises en balance avec l'intérêt public et l'aide que le tribunal est susceptible de recevoir de l'amicus curiae. Cette question doit être traitée au cas par cas.

Enfin, les principes de la Cour suprême sur l'admission des mémoires d'amicus curiae ne doivent pas être interprétés comme étant exhaustifs. Ils ne doivent pas être interprétés de manière à exclure d'autres facteurs ; les tribunaux doivent plutôt adopter une approche progressive qui permet de modifier les principes précédemment identifiés et d'ajouter de nouvelles considérations.

Cette approche encouragera l'expansion systématique de la pratique de l'amicus curiae en Ouganda et favorisera les litiges d'intérêt public. En outre, cette approche serait conforme à l'article 126(2)(e) de la Constitution, qui enjoint aux tribunaux d'administrer une justice substantielle sans tenir compte des détails techniques.

5. Conclusion

La pratique du dépôt de mémoires d'amicus curiae gagne du terrain en Ouganda. La jurisprudence en la matière s'est développée grâce à l'approche progressive des tribunaux ougandais dans l'examen des demandes d'amicus curiae au cours des cinq dernières années. De plus, avec la promulgation du projet de règles judiciaires (amicus curiae), les tribunaux et les parties au litige auront une plus grande certitude quant à la pratique et à la procédure concernant les mémoires d'amicus curiae, ce qui encouragera cette pratique. On peut espérer que les mémoires d'amicus curiae occuperont une place centrale dans les efforts visant à accroître les litiges d'intérêt public et la participation du public à l'administration de la justice par les tribunaux.

Le contexte, le droit et la pratique de l'amicus curiae au Malawi

Kumvana Mlumbe Mtukule

1. Introduction

L'adoption d'une constitution démocratique au Malawi en 1994 a marqué le début d'un système juridique transformateur dont le cœur est un forum mieux disposé pour contester les droits de la personne et les exclusions systématiques des droits sociaux devant les tribunaux du Malawi.¹ La Déclaration des droits de la Constitution de 1994 a créé des opportunités pour les litiges en matière de droits de la personne et a également créé des opportunités pour la comparution de non-parties à des litiges civils sous la forme d'amicus curiae. Cette discussion cherche à explorer l'influence de l'amicus curiae et son développement ultérieur dans la jurisprudence malawite. Un bon point de départ serait peut-être de comprendre ce qu'est un amicus curiae. Au-delà de son sens littéral d'ami de la cour, le *Black's Law Dictionary* définit l'amicus curiae comme un spectateur, généralement un conseiller qui s'interpose et fournit volontairement des informations sur une question de droit à propos de laquelle le juge a des doutes ou se trompe, ou sur une question dont le tribunal peut prendre connaissance.² Telle est la définition largement reconnue de ce qu'est un amicus curiae. Toutefois, le *dictionnaire Mellinkoff* élargit la description et indique qu'un amicus curiae est une personne qui n'est pas partie au litige mais qui est généralement favorable à l'une des parties et qui est autorisée à présenter un argument au tribunal.³

Une question se pose maintenant : qui est vraiment un amicus curiae devant les tribunaux malawites ? S'agit-il d'un spectateur qui fournit volontairement des informations au tribunal ou s'agit-il, comme le dit Mellinkoff, d'une personne qui n'est pas partie au litige mais qui favorise une partie et est autorisée à présenter des arguments devant le tribunal ? Aussi simple que cette question puisse paraître, il est cependant difficile de fournir une définition complète de ce qu'est un amicus curiae dans la pratique, car en tant qu'institution, ses caractéristiques et ses fonctions ont varié selon les époques et les pratiques.⁴ Dans ce chapitre, nous aborderons les différents visages de l'amicus curiae devant les tribunaux malawites. A travers une analyse des cas où des amicus curiae ont été admis en tant qu'amis des tribunaux malawiens, la discussion explore également la mesure dans laquelle un amicus curiae est réellement l'ami du tribunal au Malawi et identifie également les lacunes dans la pratique.

¹ S Gloppen & F Edge Kanyongolo 'Courts and the poor in Malawi Economic marginalization, vulnerability, and the law' (2007) 5(2) *Int J of Constitutional Law* 258 <<https://academic.oup.com/icon/article/5/2/258/850104>>.

² H Campbell *Black's Law Dictionary* 2 ed (1910).

³ D Mellinkoff *Dictionary of American Legal Usage* (1992) 27.

⁴ K Fach Gomez 'The Role of Amicus Curiae in Investment Arbitration : How to Draw the Line Favourably for the Public Interest " (2012) 35 *Fordham Int LJ* 510.

2. Contexte historique de l'amicus curiae

Historiquement et en common law, l'amicus curiae était un terme appliqué à un spectateur qui, sans y avoir un intérêt, faisait des suggestions sur un point de droit ou de fait pour l'information du juge qui présidait.⁵ L'amicus curiae n'avait pas besoin d'être un avocat pour intervenir et l'attitude générale de la cour était d'accueillir cette aide. L'amicus curiae de common law était conçu comme un agent de la cour et son obligation était de poursuivre et de défendre une position juridique à la demande de la cour.⁶ Il s'agissait d'un ami impartial du tribunal dont l'obligation était uniquement envers le tribunal.

Cependant, malgré son impartialité, l'amicus curiae a parfois été autorisé à s'écarter de cette obligation pour défendre les intérêts d'une partie qui n'est pas partie au procès.⁷ Le fait de s'écarter continuellement de cette obligation a ensuite évolué vers la reconnaissance de l'amicus curiae non plus comme un simple spectateur mais comme un ami du tribunal ayant ses propres intérêts. L'amicus curiae n'attendait plus une invitation pour conseiller le tribunal sur des points de droit et de fait, mais il pouvait désormais obtenir activement la permission de participer à un procès en tant qu'ami du tribunal défendant les intérêts de tiers. On peut dire que l'amicus curiae adopte désormais une approche de plaideur où ses intérêts sont soigneusement rédigés non seulement pour faire valoir une position sur un point de droit ou de fait, mais aussi pour compléter et renforcer une position prise par une partie au procès si cette position est dans l'intérêt des tiers.

La pratique de l'amicus curiae au Malawi reflète dans une large mesure l'évolution de l'amicus curiae de common law ainsi que le spectateur de common law qui est invité par le tribunal à participer aux procédures. Historiquement, il n'y a pas beaucoup d'enregistrements de demandes d'amicus curiae avant l'adoption de la Constitution de 1994. Cela s'explique peut-être par le fait qu'avant cette date, le pouvoir judiciaire ne jouissait pas de son indépendance. Étant donné que la majorité des demandes d'amicus curiae sont fondées sur le concept des droits de l'homme, il est très douteux qu'à l'époque de la Constitution d'avant 1994, le pouvoir judiciaire ait eu autant de liberté pour recevoir, et encore moins pour inviter, des demandes d'amicus curiae afin de donner son avis sur le point de droit. La Haute Cour du Malawi a cependant commencé à recevoir un nombre croissant de demandes d'amicus curiae après l'adoption de la Constitution de 1994, bien que la plus connue soit une demande dans l'affaire de la *Public Affairs Commission v Attorney General and another*.⁸ Cette action a été engagée contre l'amendement de l'article 65(1) de la Constitution. Cette section permettait au président de l'Assemblée nationale de déclarer vacant le siège de tout membre de cette assemblée si, au moment de l'élection, il/elle était membre d'un parti politique représenté au sein de cette assemblée et s'il/elle cessait volontairement d'être membre

⁵ S Krislov 'The Amicus Curiae Brief : From Friend to Advocacy' (1963) 72 *The Yale LJ* 694.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid 697.

⁸ Civil Cause 1975 of 2003 [2003] MWHC 71.

de ce parti pour rejoindre un autre parti politique également représenté au sein de la même assemblée. La disposition d'amendement prévoit qu'un siège sera déclaré vacant si un membre de l'Assemblée nationale a volontairement cessé d'être membre de ce parti représenté à l'Assemblée nationale ou a rejoint tout autre parti politique, association ou organisation dont les objectifs ou les activités sont de nature politique. La Commission des droits de l'homme du Malawi a été admise comme *amicus curiae* et a demandé à la Haute Cour de décider si l'amendement à l'article 65(1) de la Constitution est incompatible avec la liberté d'association prévue à l'article 32 de la Constitution et constitue une violation de celle-ci.⁹

3. L'amicus dans la pratique

Jusqu'à l'adoption de la Constitution de 1994, l'*amicus curiae* était un phénomène rare au Malawi et à ce jour, la seule base légale formelle pour admettre un *amicus curiae* est guidée par l'ordre 19 des règles de procédure civile de la Haute Cour du Malawi de 2017. Certains principes ont été déterminés à partir de la jurisprudence limitée qui a également beaucoup de place pour le développement. Selon les règles de procédure civile de la Haute Cour de 2017, "toute personne intéressée par une question" dans une procédure devant le tribunal peut, avec l'autorisation du tribunal, être admise en tant qu'*amicus curiae* selon les termes et conditions que le tribunal peut déterminer.¹⁰ Dans la pratique, "toute personne intéressée par une question" est généralement constituée d'institutions de défense des droits de l'homme et d'organisations non gouvernementales (ONG) locales et internationales ayant un intérêt public dans la procédure. Il est également important de noter que le critère le plus pris en compte est l'absence de partialité.

La jurisprudence du Malawi, issue d'une ère pré-démocratique fermée et prudente, est maintenant un terrain libre pour l'avancement et l'innovation en matière de jurisprudence. La disposition est comme une opportunité ouverte pour les institutions d'utiliser l'*amicus curiae* comme un moyen de plaider par lequel les tribunaux sont sensibilisés aux intérêts publics en jeu. Au Malawi, l'*amicus curiae* a également joué un rôle déterminant dans la création de nouveaux précédents juridiques et dans l'application de concepts juridiques novateurs en matière de droits de l'homme,¹¹ , ainsi que dans la garantie de la cohérence de l'État avec le droit international. L'*amicus curiae* a joué un rôle clé dans les procédures où les institutions ont pu défendre des principes et des interprétations du droit de manière plus approfondie et plus libre que ne le ferait un juriste représentant un client.

Dans l'affaire *Gwanda v The State*,¹² par exemple, le requérant, un vendeur ambulant de métier, a été arrêté en vertu de l'article 184(1)(c) du code pénal du Malawi pour délit

⁹ Ibid.

¹⁰ Court (High Court) (Civil Procedure) Rules, 2017 order 19.

¹¹ A Wiik *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals* 1 ed (2018).

¹² Constitutional Cause no 5 of 2015 [2017] MWHC 23.

de voyou et de vagabond alors qu'il allait vendre son stock. Quatre institutions ont été admises comme amici curiae et elles ont toutes présenté des arguments qui coïncident avec ceux du requérant. A l'exception du défendeur, aucun amicus curiae n'a soutenu le maintien de la loi bien que celle-ci soit populaire auprès de la communauté des affaires, en particulier dans les zones urbaines, car il est de notoriété publique que l'application de la loi leur donne un sentiment de sécurité.¹³ L'un des arguments avancés par l'amici curiae était que la section 184(1)(c) du Code pénal du Malawi était inconstitutionnelle car ses ambiguïtés étaient utilisées au détriment des personnes marginalisées. L'amici curiae a également plaidé sur le rôle du constitutionnalisme dans l'état de droit. Grâce aux conseils approfondis des amici curiae sur le constitutionnalisme et le droit international des droits de l'homme, la Cour a jugé que l'article 184(1)(c) du Code pénal du Malawi était inconstitutionnel et que son application violait le droit constitutionnel à la dignité du requérant car il donnait trop de pouvoir discrétionnaire aux forces de l'ordre et parce que le droit à la présomption d'innocence était nié. La Cour a également estimé que le droit du requérant de ne pas subir de peines ou de traitements inhumains et dégradants a été violé en ce qu'il a été arrêté pour des motifs non fondés et gardé en détention pendant trois jours, une expérience avilissante, traumatisante et humiliante. La Cour a également estimé que l'application de l'article 184(1)(c) produisait des résultats disproportionnés dans de nombreux cas en ce qui concerne les groupes marginaux.

En examinant l'approche de la Cour dans l'affaire *Gwanda v The State* avec un point de vue réaliste, on ne peut s'empêcher d'observer que si l'objectif de l'amici curiae est d'assister la Cour et non de devenir une partie à l'action, la principale raison pour laquelle les amici curiae se joignent à des procédures auxquelles ils ne sont pas parties est qu'ils ont un intérêt dans les questions en jeu et que la Cour a permis aux amici curiae de plaider en faveur de ces intérêts. Toutefois, compte tenu du principe de non-partisanerie, lorsqu'il y a un intérêt, il est très probable que les arguments dans les soumissions pencheront davantage en faveur de cet intérêt. Avec l'augmentation du nombre d'affaires d'intérêt public dans la pratique, la notion de common law de l'absence de partialité dans les procédures ne devient-elle pas progressivement un concept poli, les tribunaux étant moins réticents à admettre des amicus ayant une position claire sur les questions juridiques sous-jacentes dans une procédure ? Indépendamment de la réponse à cette question, cette avancée reflète une vision plus réaliste de l'objectif d'un amicus curiae dans les procédures en ce qui concerne l'intérêt public.¹⁴

Les tribunaux du Malawi ont également admis des amici curiae pour représenter les intérêts d'une partie du public qui n'est pas partie à la procédure. Dans l'affaire *Chilima et autres contre Mutharika et autres*,¹⁵, également connue sous le nom '*Elections Case*', la cour n'a montré aucune réticence à admettre un amicus curiae dont le point de vue était clairement dans l'intérêt d'une partie seulement du public qui n'était pas partie

¹³ Ibid.

¹⁴ Mccann Fitzgerald, *Commercial Court Affirms Legal Principles on Admission of an Amicus Curiae*, 2016 consulté sur <https://www.com/knowledge/disputes/commercial-court-affirms-legal-principles-on-admission-of-an-amicus-curiae>.

¹⁵ Constitutional Reference 1 of 2019 [2020] MWHC 2.

à l'affaire. En l'espèce, la Cour a considéré que les arguments et les soumissions de l'amicus curiae avaient été d'une grande aide à la Cour pour parvenir à sa décision. La Cour a également souligné que le rôle essentiel que joue l'amicus curiae dans les litiges d'intérêt public est de chercher à mettre en évidence certaines des considérations importantes nécessaires à la détermination de la Cour que les parties pourraient avoir négligé d'aborder ou d'aborder correctement. L'amicus curiae dans cette procédure était la Women Lawyers Association of Malawi dont la mission est de défendre les droits des femmes. Dans leur demande d'admission en tant qu'amicus curiae, elles ont déclaré que la majorité des personnes ayant voté lors des élections contestées étaient des femmes et qu'elles cherchaient à mettre en évidence certains des aspects liés au genre dans le litige électoral. Cependant, la Cour n'a pas précisé dans sa décision comment elle avait tiré profit des concepts de genre ou quels concepts de genre des soumissions l'avaient aidée à arriver à sa décision.

Cependant, malgré l'existence d'une disposition dans les règles de procédure civile de la Haute Cour du Malawi qui donne la liberté aux institutions de se joindre aux procédures en tant qu'amicus curiae, la pratique dans les tribunaux a montré qu'il n'est pas suffisant pour les institutions d'avoir un intérêt dans la procédure pour leur accorder une audience devant les tribunaux. Avant l'admission d'un amicus curiae, il est nécessaire que le tribunal soit convaincu que les conditions fixées dans les règles de procédure civile de la Haute Cour de 2017 sont remplies. Selon ces règles, pour qu'une demande soit admise en tant qu'amicus curiae, elle doit brièvement (a) décrire l'intérêt de l'amicus curiae dans la procédure, (b) identifier la position à prendre par l'amicus curiae dans la procédure et (c) exposer les arguments à faire valoir par l'amicus curiae.¹⁶ En outre, le tribunal s'attend également à voir la pertinence de l'amicus curiae pour la procédure et les raisons de croire que les arguments seront utiles au tribunal.¹⁷

La Haute Cour du Malawi s'est efforcée d'encourager la participation d'amicus curiae aux procédures en adressant des invitations aux institutions intéressées ayant une expertise sur la ou les questions soumises à la Cour ou en admettant un pourcentage élevé de demandes d'amicus curiae. La pratique veut que lorsque le tribunal invite des amicus curiae, on suppose qu'ils seront admis automatiquement. Cependant, les parties à la procédure peuvent s'opposer à l'admission de l'amicus curiae après avoir reçu la signification de la demande, principalement sur la base de l'expertise et de la pertinence. La base de cette pratique peut être retracée dans son contexte de common law, car elle ne figure pas dans les règlements de procédure civile régissant la pratique de l'amicus curiae. En conséquence, les parties à la procédure ont exercé leur liberté de s'opposer à la participation de l'amicus curiae à la procédure bien plus souvent que le tribunal lui-même. Dans le passé, les objections à l'admission d'un amicus curiae allaient du fait que l'amicus curiae ne remplissait pas les conditions requises à la question de savoir si les arguments apportés par l'amicus curiae étaient pertinents et utiles à la procédure. Malgré cela, le tribunal a conservé le pouvoir discrétionnaire d'admettre l'amicus curiae

¹⁶ Courts (High Court) (Civil Procedure) Rules 2017 ordonnance 19, règle 10.

¹⁷ Ibid.

en dépit des objections de l'une ou l'autre des parties. Dans l'affaire *R v Minister of Justice and Constitutional Affairs & others (Ex parte Kammasamba and others)*¹⁸ les requérants se sont opposés à la demande de deux organisations de la société civile en tant qu'amici curiae sur la base que ce que les deux organisations ont soumis n'allait pas ajouter de valeur à l'affaire. En rejetant l'opposition et en admettant l'amicus, la cour a déclaré que les deux organisations de défense des droits de l'homme apporteraient une valeur ajoutée et une immense richesse à la jurisprudence du constitutionnalisme et des droits de l'homme dans le pays.

Les parties à la procédure ont également soulevé des objections à l'admission de l'amicus curiae en raison du non-respect de la procédure par l'amicus. Dans l'affaire *AJ (A minor) v The State and The Inspector General of Police and The Attorney General Ex parte Stanford Siliro Shaba on behalf of TS (A minor)*,¹⁹ deux mineurs accusés de défilement contestaient la constitutionnalité de l'article 138(1) du code pénal du Malawi qui criminalise les relations sexuelles entre mineurs, en particulier les garçons. Les défenseurs s'opposaient à l'admission d'amici curiae qui comprenait deux amici étrangers. Bien que la Cour ait indiqué que les parties à une procédure ont le droit de s'opposer à l'admission d'un amicus curiae, la Cour a souligné que de telles objections sont un facteur à prendre en considération mais qu'elles ne sont pas déterminantes.²⁰

Les tribunaux du Malawi ont également exercé leur pouvoir discrétionnaire de ne pas tenir compte des soumissions d'un amicus curiae et, en outre, de donner des instructions sur ce sur quoi l'amicus curiae aurait dû se concentrer. Dans l'affaire *The Registered Trustees of the Public Affairs Committee v. The Attorney General and the Speaker of the National Assembly*,²¹ la cour a déclaré que les observations de l'amicus curiae ne seraient pas très utiles pour déterminer la question du locus standi. La Cour a indiqué que les arguments auraient dû se concentrer sur le locus standi et qu'ils auraient été plus utiles s'ils avaient été orientés vers la question de savoir si le plaignant avait ou non le droit de représenter l'affaire devant la Cour.

Bien que les règles de procédure civile de la Haute Cour du Malawi soient muettes sur la question de l'impartialité de l'amicus curiae, dans la pratique, ces soumissions sont tenues de faire preuve d'impartialité. L'impartialité a été adoptée à partir de la pratique de la common law. Cependant, tout comme l'amicus curiae de common law, les tribunaux du Malawi ont permis à l'amicus de s'écarter de l'obligation de common law d'un spectateur impartial et d'adopter celle d'un plaideur ayant un intérêt et ont admis des arguments qui s'alignent sur la position d'une partie dans la procédure. Un exemple de ceci est l'affaire *Gwanda v The State*, dans laquelle les quatre amici curiae admis dans la procédure ont soumis des arguments qui coïncident avec le requérant.²²

¹⁸ [2016] MWHC 503. Les requérants ont déposé une assignation inter partes pour le maintien de l'injonction sur la suspension du moratoire que le gouvernement avait émis et qui gelait l'application des lois qui criminalisent les pratiques sexuelles des gays et des lesbiennes.

¹⁹ Constitutional Case Numbers 4 and 5 of 2021.

²⁰ Ibid.

²¹ Civil Cause No 1861 of 2003 [2003] MWHC 71.

²² Note 184 ci-dessus.

Cependant, même si les amici curiae sont autorisés à prendre position ou à inviter la cour à prendre en considération une certaine position, en tant que principe de common law, les amici curiae doivent être impartiaux.

En ce qui concerne la pertinence de la procédure, la Cour a étendu la règle statutaire à la pratique de la common law et a considéré les contributions potentielles de l'amicus curiae à la jurisprudence sur le constitutionnalisme et les droits de l'homme ainsi que l'expertise de l'amicus curiae comme une condition d'admission. Dans l'affaire *R v Minister of Justice and Constitutional Affairs & others (Ex parte Kammasamba & Others)*,²³, les requérants, qui étaient des ONG de défense des droits de l'homme, ont été admis en tant qu'amici curiae au motif qu'ils apporteraient une immense richesse à la jurisprudence sur le constitutionnalisme et les droits de l'homme en raison de leur connaissance des questions relatives aux droits de l'homme et de leur exposition aux normes internationales. Dans l'affaire *Re : The Adoption of Children Act CAP 26:01, In Re CJA Female Infant*²⁴ la cour a également considéré l'expertise d'un amicus comme une condition d'admission dans l'affaire.

4. L'avenir d'Amicus au Malawi

La participation d'amicus curiae dans les litiges a récemment gagné en crédibilité devant les tribunaux du Malawi, les tribunaux étant plus enclins à admettre les amici dans les procédures et dans certains cas, les tribunaux ont même envoyé des invitations aux parties intéressées à se joindre en tant qu'amici. Avec un nombre croissant d'individus et d'organisations intéressés à rejoindre les procédures en tant qu'amici au cours des dernières années, la jurisprudence du Malawi devrait bénéficier de la qualité des jugements, en particulier dans les litiges relatifs aux droits de l'homme. En effet, l'institution de l'amicus curiae s'est avérée avoir le potentiel extraordinaire de construire une jurisprudence riche en droit public.

Bien qu'à ce jour, il y ait eu un certain nombre d'affaires dans lesquelles l'amicus curiae a été admis, il y a toujours un vide dans la jurisprudence en ce sens que dans les affaires où l'amicus curiae est intervenu, il n'est pas clair ou il n'est pas élaboré en détail comment la cour a bénéficié de cette intervention. Dans un certain nombre d'affaires, le dicta mentionne seulement la raison pour laquelle l'amicus curiae voulait être admis, mais dans les conclusions, les considérations sur le rôle sont souvent silencieuses. Dans un certain nombre de cas, le tribunal se contente de remercier l'amicus curiae pour l'aide qu'il lui a apportée, mais il ne précise pas dans quelle mesure il s'est appuyé sur ses observations pour prendre sa décision.

La pratique de l'amicus curiae a beaucoup évolué par rapport à son contexte historique de spectateur dont l'influence sur la décision finale de la procédure était faible ou nulle. Elle se trouve aujourd'hui à une époque où les questions relatives aux droits de l'homme

²³ Note 190 ci-dessus.

²⁴ 9 MSCA Adoption Appeal 28 of 2009 [2009] MWSC 1.

font l'objet de litiges incessants et où les tribunaux sont de plus en plus confrontés à des affaires compliquées en matière de droits de l'homme, ce qui les amène à rechercher des techniques innovantes pour résoudre ces problèmes²⁵. L'*amicus curiae*, qui est généralement un expert des questions sur lesquelles se prononce la cour et qui offre activement une mine d'informations et de positions juridiques aux tribunaux, ne peut être plus pertinent à l'heure actuelle.

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une caractéristique typique de l'*amicus curiae*, compte tenu de l'évolution et de la résilience de sa participation aux procédures, il est possible pour les tribunaux du Malawi d'adopter une approche plus souple, adaptable et progressive où les informations offertes par l'*amicus curiae* ne sont pas considérées comme des contributions de spectateurs, mais plutôt comme une contribution potentielle à la jurisprudence si nécessaire et, le cas échéant et si nécessaire, leurs points de vue pourraient être adoptés dans le dictum et faire partie des conclusions des tribunaux. Les tribunaux du Malawi ont déjà pris des mesures avancées par rapport à d'autres juridictions en adoptant l'*amicus curiae* évolué avec un intérêt clair et en leur permettant de se joindre aux procédures pour compléter les arguments d'une partie au profit de tiers.²⁶

Si elle devait faire preuve de souplesse, la Haute Cour ne naviguerait pas en eaux inconnues, car dans d'autres juridictions, comme les États-Unis d'Amérique (US), le Kenya et l'Afrique du Sud, les tribunaux ont, dans un certain nombre d'affaires, fait preuve d'audace et fondé leurs jugements sur les points de vue soulevés par l'*amicus curiae*.²⁷ Par exemple, dans l'affaire *Mapp v Ohio*²⁸, la Cour suprême des États-Unis a adopté la voie suggérée par l'*amicus curiae*, a annulé sa décision précédente et a jugé, comme le demandait l'*amicus curiae*, que la règle interdisant l'admissibilité des preuves obtenues illégalement doit être appliquée à la fois aux gouvernements des États et au gouvernement fédéral.

Un exemple au Kenya est l'affaire *Mitu-Bell Welfare v Kenyan Airports Authority and another*,²⁹ une affaire introduite par la Mitu-Bell Welfare Society demandant des mesures déclaratoires et des compensations pour l'expulsion de plus de 15 000 personnes des terres adjacentes à l'aéroport Wilson à Nairobi. L'Initiative for Strategic Litigation in Africa a été admise dans la procédure en tant qu'*amicus curiae* pour présenter des arguments sur la signification du droit à un recours dans le contexte des violations des droits de l'homme et sur l'évolution des recours en matière de droits de l'homme. Le tribunal a discuté des arguments de l'*amicus*, a approuvé les points spécifiques soulevés par l'*amicus* et les a adoptés pour parvenir à sa décision.

²⁵ O Jonas 'The Participation of the *Amicus Curiae* Institution in Human Rights Litigation in Botswana and South Africa : A Tale of Two Jurisdictions' (2015) 59(2) *J of African Law* 329.

²⁶ Voir *Gwada v The State* (note 184 ci-dessus).

²⁷ Jonas (note 197 ci-dessus).

²⁸ 367 US 643 (1961).

²⁹ Pétition numéro 3 de 2018 [2021] eKLR.

La conception traditionnelle de l'*amicus curiae* a également connu une évolution radicale en Afrique du Sud, où un *amicus* joue un rôle formel dans le litige et s'est vu attribuer des rôles très divers et dynamiques pour aider les tribunaux à prendre des décisions appropriées, bien qu'il ne soit pas très clair dans quelle mesure les tribunaux sud-africains se sont appuyés sur les opinions de l'*amicus curiae*.³⁰ Toutefois, le rôle de l'*amicus curiae* dans les litiges en Afrique du Sud a été formalisé à la fois par des dicta et par des textes législatifs. Par exemple, dans l'affaire *Children's Institute v Presiding Officer of the Children's Court, District of Krugersdorp and others*³¹, la Cour constitutionnelle, annulant la décision antérieure de la Haute Cour, a jugé que la règle 16A des Rules Regulating the Conduct of the Proceedings of the Supreme Court of Appeal of South Africa était suffisamment large pour permettre à l'*amicus curiae* de présenter des preuves devant la Haute Cour pour décision. La Cour a estimé que les arguments avancés par les *amicus curiae* sont généralement fondés sur une large matrice de considérations par rapport à ceux soumis par les parties à la procédure et que ces soumissions seront généralement fondées sur des faits et des preuves qui ne sont pas devant la Cour, y compris des statistiques et des recherches, et qu'il serait peu logique d'autoriser la présentation de simples soumissions non étayées par des faits.³²

D'après la discussion ci-dessus, les tribunaux du Malawi disposent d'un large espace d'adaptabilité. La Haute Cour a déjà pris des mesures audacieuses dans la pratique de l'*amicus curiae*, cependant, comme ses homologues dans d'autres juridictions, la cour peut prendre d'autres mesures audacieuses en adoptant les points de vue de l'*amici* dans ses décisions. Les tribunaux peuvent également faire un pas de plus en reconnaissant la richesse des connaissances partagées par l'*amicus curiae* et en montrant leur gratitude envers les soumissions de l'*amicus curiae* en discutant longuement les points soulevés par l'*amicus curiae* et en expliquant comment ils ont influencé leur décision.

5. Conclusion

En conclusion, la pratique de l'*amicus curiae* au Malawi ne s'est historiquement pas éloignée de la pratique de common law d'un ami de la cour. Cependant, il y a eu des progrès dans la pratique en ce sens que l'*amicus curiae* est maintenant utilisé comme un moyen d'assurer la cohérence avec le droit international par l'État ainsi qu'un outil pour défendre de nouveaux principes et interprétations du droit. Cela dit, il y a encore place à l'amélioration : le tribunal peut adopter une approche plus souple et se laisser influencer par les opinions de l'*amicus curiae* en les adoptant dans ses décisions. La justification de la participation des *amicus curiae* aux procédures et de la qualité de leurs mémoires réside dans le potentiel de développement du droit. La participation de l'*amicus curiae* aux litiges peut grandement contribuer à l'avancement de la jurisprudence en matière de droits de l'homme ainsi qu'au renforcement de l'adhésion des États au droit international et également à la promotion et à la protection des droits de l'homme.

³⁰ [2012] ZACC 25.

³¹ Ibid 22.

³² Ibid 22

Le contexte de l'amicus curiae, le droit et la pratique au Nigeria

Abigail Osiki et Vincent Oniga

1. Introduction

La participation de l'amicus curiae aux litiges est bien ancrée dans de nombreuses juridictions nationales et internationales. Dans certaines juridictions, cette participation est inscrite dans les lois de procédure nationales avec des directives d'application clairement fournies. Dans d'autres, il n'existe pas de règles ou de directives claires régissant la pratique et la procédure de l'amicus curiae. Néanmoins, les approches de l'amicus curiae ont des implications pour l'avancement de la jurisprudence d'un pays, notamment en ce qui concerne le cadre normatif des droits de l'homme. Ce chapitre tente donc d'explorer la pratique et la procédure du recours à l'amicus curiae au Nigeria.

Cet article commence par une brève exploration du contexte historique de l'amicus curiae au Nigeria, qui serait lié aux racines coloniales du pays. Tout en soulignant l'absence de droit substantiel ou de règles de procédure régissant l'amicus curiae, l'argument principal de cet article est que les tribunaux nigériens ont été plus réceptifs aux amicus curiae qui sont spécifiquement invités par les tribunaux à participer aux procédures. En outre, cela a été fait principalement par la Cour suprême, qui est la plus haute juridiction et dont les décisions sont contraignantes pour toutes les autres juridictions. On peut donc conclure que la pratique et la procédure du Nigeria doivent encore être développées, notamment en ce qui concerne les droits des femmes.

2. Le contexte historique

Bien que l'amicus curiae soit reconnu par le droit nigérien, son origine précise n'est pas claire. Cependant, on peut dire que l'institution de l'amicus curiae remonte aux racines de la common law du pays. Dans les premiers temps de la common law anglaise, il était admis que des tiers pouvaient intervenir en tant qu'amicus curiae pour conseiller le tribunal sur toute question juridique ou factuelle peu familière.¹ Par exemple, en 1468, le tribunal a noté que "tout homme peut informer le tribunal dans l'affaire afin que le tribunal ne rende pas un jugement sur un dossier insuffisant".² On trouve également des références similaires dans un abrégé de 1573 et dans de nombreux cas où des tiers sont intervenus dans des procédures judiciaires pour attirer l'attention sur des

¹ S Chandra Mohan 'The Amicus Curiae : Friends No More' (2010) *Singapore J of Legal Studies* 352.

² FM Covey Jr 'Amicus Curiae : Friend of the Court ' (1959) 9(1) *DePaul LR* 30, 33.

irrégularités dans les processus judiciaires, les lois pertinentes et le décès d'une partie à la procédure.³ Cette pratique s'est depuis développée et s'est étendue au-delà du Royaume-Uni à de nombreuses juridictions de common law, dont le Nigeria.

Au Nigeria, il n'existe pas de dispositions législatives régissant la procédure d'*amicus curiae*. Néanmoins, la première référence formelle à l'intervention de l'*amicus curiae* dans les procédures judiciaires remonte aux Fundamental Rights (Enforcement Procedure) Rules 1979, qui sont entrées en vigueur le 1er janvier 1980.⁴ L'ordonnance 5 de ces règles prévoyait ce qui suit 'toute personne ou organisme qui souhaite être entendu dans le cadre d'une demande, d'une motion ou d'une assignation, en vertu de ces règles, et qui semble aux tribunaux ou au juge être la personne ou l'organisme approprié pour être entendu, sera entendu, même s'il n'a pas reçu la copie de la demande, de la motion ou de l'assignation'.⁵ On a fait valoir que cette disposition donnait le statut d'*amicus curiae* à pratiquement tous les Nigériens qui souhaitaient être entendus dans le cadre de toute demande relative aux droits fondamentaux de l'homme.⁶ Cependant, cette disposition a été modifiée dans les Fundamental Rights (Enforcement Procedure) Rules 2009, où l'article XIII(1) stipule que "toute personne ou organisme qui souhaite être entendu dans le cadre d'une requête relative aux droits de l'homme et qui semble à la Cour être une partie appropriée pour être entendue, peut être entendue, que la partie ait été ou non signifiée avec l'un des processus pertinents, et que la partie ait ou non un intérêt dans l'affaire". Cette variation introduit un champ d'application plus large et potentiellement une voie pour un *amicus curiae* en déclarant que pour apparaître dans une procédure de droits de l'homme, la partie n'a pas besoin d'avoir un quelconque intérêt dans l'affaire. Cependant, la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *KMC Chain Industrial Company Nigeria Limited v Akebono Industrial Company Nigeria Limited* et autres semble suggérer que la "catégorie de personne qui peut être entendue en vertu de l'ordre XIII règle 1 est différente de l'*amicus curiae*".⁷ Par conséquent, la première référence explicite à un *amicus curiae* se trouve dans la règle 2 de l'ordre XIII des Fundamental Rights (Enforcement Procedure) Rules 2009 qui prévoit que "les amici curiae peuvent être encouragés dans les requêtes relatives aux droits de l'homme et peuvent être entendus à tout moment si l'activité du tribunal le permet". Dans le cadre de cette règle, l'intervention d'un *amicus curiae* est soumise à la convenance du tribunal. Par exemple, dans un récent appel à l'intervention d'un *amicus curiae* en relation avec la détention continue d'un requérant par les services de sécurité

³ Voir généralement K. Samuel 'The Amicus Curiae Brief : From Friendship to Advocacy' (1962) 72 *The Yale LJ* 694 ; V Charles A *General Abridgement of Law and Equity : Digéré alphabétiquement sous des titres appropriés, avec des notes et des références à l'ensemble*. Vol 17 (1743).

⁴ Ces règles relèvent du droit procédural et ont été formulées par le Chief Justice du Nigeria en vertu de l'article 46(3) de la Constitution afin de développer la pratique et la procédure des tribunaux pour donner effet aux droits fondamentaux prévus au chapitre IV de la Constitution.

⁵ Fundamental Rights (Enforcement Procedure) Rules 1979 (entrée en vigueur le 1er janvier 1980) <<https://gazettes.africa/archive/ng/1979/ng-government-gazette-supplement-dated-1979-12-20-no-64-part-b.pdf>>.

⁶ P Nnaemeka-Agu 'The Role of Lawyers in the Protection and Advancement of Human Rights' (1992) 18 *Commonwealth L Bulletin* 734, 744.

⁷ (2018) LPELR-43934 (CA).

de l'État, la Haute Cour du Territoire fédéral a statué que l'autorisation d'un amicus curiae dans une procédure judiciaire est discrétionnaire.⁸

Il existe deux grandes façons pour un amicus curiae de participer à une procédure judiciaire au Nigeria. Premièrement, les tribunaux ont la possibilité d'inviter ou de nommer un amicus curiae pour participer à leurs procédures en présentant le droit ou les faits. Dans ce contexte, ces amici sont généralement des praticiens du droit éminents, y compris des universitaires. Il s'agit de la forme d'amicus curiae la plus répandue dans le système judiciaire nigérian.⁹ Dans l'affaire *Atake v Afejuku*, la Cour a déclaré que "chaque tribunal a le pouvoir inhérent d'inviter des avocats et/ou des avoués d'une expérience considérable à comparaître devant lui pour aider à la bonne administration de la justice lorsque d'importantes questions de droit ou de fait sont examinées".¹⁰ Ensuite, les parties peuvent inviter un amicus curiae à aborder certaines questions ou les organisations non gouvernementales (ONG) peuvent déposer des mémoires d'amicus curiae devant le tribunal. Toutefois, cela doit être fait avec l'autorisation de la cour.

3. La jurisprudence

Bien qu'il s'agisse d'un véritable outil pour déterminer des questions de droit ou de fait, il n'y a rien sur la procédure de l'amicus curiae dans les règles de procédure civile ou dans toute autre règle du tribunal. Au lieu de cela, la pratique générale veut que les mémoires d'amicus curiae soient déposés de la même manière que les autres mémoires, conformément aux règles du tribunal concerné. En outre, le dépôt de mémoires d'amicus curiae peut être effectué dans n'importe quel domaine et a été utilisé dans une pléthore d'affaires au Nigeria, allant de questions relatives à la validité d'une loi à des problèmes de droits de l'homme. Toutefois, il convient de noter qu'aucune trace n'a été trouvée de l'utilisation de l'amicus curiae à la Cour suprême sur des questions liées aux droits des femmes ou à l'avancement des droits sexuels.

Les mémoires d'amicus curiae ont aidé les tribunaux à clarifier les pouvoirs législatifs des différentes sphères du gouvernement. Dans l'affaire *Attorney-General of Ogun State v Alhaja Aberuagba and others*,¹¹ le défendeur, un acheteur en gros de bière dans l'État d'Ogun, a intenté une action en son nom et au nom des acheteurs en gros de l'État, demandant au gouvernement de l'État d'Ogun de déclarer que certaines sections de la loi sur la taxe de vente de 1982 étaient incompatibles avec les dispositions de la Constitution. Les questions à trancher devant la Cour suprême comprenaient la détermination de la validité de la loi sur la taxe de vente, la question de savoir si sa

⁸ Channels Television 'Court Declines Dasuki's Request For "Amicus Curiae" In His Trial' (19 février 2019) <<https://www.channelstv.com/2019/02/19/court-declines-dasukis-request-for-amicus-curiae-in-his-trial/>>.

⁹ Voir *Zabadne v Shinco (Nig) Ltd & Another* (2021) LPELR-55152 (CA) 25-26 ; *Garuba Abioye & 4 Others v Sa'Adu Yakubu & 5 Others* (1991) 5 NWLR (Pt 190) 130-256. Dans l'affaire *Peenok Investments Ltd v Hotel Presidential Ltd* (1982) 12 SC 1, la Cour suprême a condamné les procureurs généraux de deux États pour avoir honoré son invitation à comparaître en tant qu'amici curiae.

¹⁰ (1994) 9 NWLR (Pt 368) 379, 410.

¹¹ (1985) 1 NWLR (Pt 3) 395.

promulgation relève de la liste législative exclusive et si la taxe imposée par cette loi relève de la liste législative exclusive, entre autres.¹² La Cour suprême a invité tous les procureurs généraux de la fédération en tant qu'amici curiae à déposer des mémoires d'argumentation sur les questions à déterminer devant la Cour. La majorité des amici curiae (neuf procureurs généraux) ont rejoint les questions du côté de l'appelant tandis que les procureurs généraux de la fédération et de l'État d'Oyo ont soutenu le défendeur. Après avoir entendu les arguments de tous les procureurs généraux, la Cour suprême a jugé que la loi sur la taxe de vente était en partie inconstitutionnelle dans la mesure où elle imposait une taxe de vente sur les échanges et le commerce interétatiques et sur d'autres biens imposables figurant sur la liste législative exclusive.¹³ En outre, cette loi a été considérée comme un exercice de pouvoir dans la mesure où elle imposait une taxe de vente sur les échanges et le commerce interétatiques. Ce faisant, la Cour a accepté en partie les arguments des amici curiae tant du côté des appelants que du côté du défendeur. Par conséquent, l'appel a été accueilli et rejeté en partie.

Outre l'affaire ci-dessus, il existe de nombreuses affaires dans lesquelles la Cour suprême a invité des amicus curiae à s'adresser à elle sur des questions spécifiques. Ces affaires incluent *FBN v Maiwada*,¹⁴ où le panel complet de la Cour suprême a invité 11 avocats principaux en tant qu'amici curiae pour s'adresser à elle sur la question de savoir si un cabinet d'avocats pouvait signer des procédures judiciaires ; *Ogugu v State*,¹⁵ où la Cour a invité l'amici curiae à s'adresser à elle sur le droit constitutionnel à la vie et *Centre for Oil Pollution Watch v NNPC*, où la Cour a invité l'amici curiae à s'adresser à elle sur l'extension de la portée du locus standi dans les questions de dégradation de l'environnement aux ONG.¹⁶ Dans toutes ces affaires, la Cour a attaché une grande valeur aux mémoires d'amici curiae et s'est engagée avec plusieurs des arguments indiquant l'importance et la pertinence de cette méthode de participation.

Dans l'affaire *Joy Moses v The Minister, Federal Capital Territory (FCT) and others*,¹⁷ , où les amici curiae ont déposé des mémoires sur une base volontaire pour que la cour les examine, la requérante contestait la violation de ses droits constitutionnels à une audience équitable, à la liberté de mouvement, à la liberté d'association et à la liberté de ne pas subir de discrimination fondée sur le sexe, entre autres, en vertu des articles 34, 35, 36, 40, 41 et 42 de la Constitution du Nigeria de 1999 (telle que modifiée). La Cour, tout en notant que la pratique du dépôt de mémoires d'amicus curiae a évolué et est désormais largement acceptée dans les actions en matière de droits de l'homme, a estimé que l'un des amicus curiae, Lawyers Alert Initiative, n'avait pas été invité ni autorisé à s'adresser à la Cour sur les questions qui lui étaient soumises. Par conséquent, le mémoire d'amicus curiae déposé par Lawyers Alert Initiative a été rayé. Le Groupe de travail sur la discrimination à l'égard des femmes et des filles (WGDAWG) et le

¹² Ibid iv.

¹³ Ibid 48 à 55.

¹⁴ (2013) 5 NWLR (Pt 1348) 444.

¹⁵ (1994) 9 NWLR (Pt 366) 1.

¹⁶ (2018) LPELR-50830 (SC).

¹⁷ Suit No GHC/ABJ/CS/975/2019. Le jugement a été rendu le 5 août 2021.

Groupe de travail sur la détention arbitraire (WGAD) du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies sont donc les seuls amicus curiae. Ils ont présenté des arguments concernant l'impact disproportionné de lois nationales vagues sur les droits humains des travailleurs du sexe, qui sont pour la plupart des femmes, l'impact discriminatoire de la criminalisation du travail sexuel sur les femmes, le cadre international pertinent ainsi que la nature universelle des droits humains et leur application à tous. Plus important encore, ils ont fait valoir que ces violations des droits de la requérante étaient sexospécifiques et fondées sur des normes morales patriarcales concernant la sexualité des femmes. Cependant, ces arguments n'ont pas été pris en considération par la Cour dans son jugement. La Cour a déclaré que les droits constitutionnels de la requérante avaient été violés sans reconnaître les dimensions sexospécifiques de ces violations telles que présentées par l'amicus.

De même, il existe d'autres affaires dans lesquelles des mémoires d'amicus curiae ont été déposés volontairement par des organisations principalement internationales en ce qui concerne les droits des femmes devant la Haute Cour fédérale du Nigeria. Il s'agit notamment de *Blessing Sam & 5 others v The Minister, FCT & 13 others*,¹⁸ *Loveth Iyoko & 5 others v The Minister, FCT & 13 others*¹⁹ et *Mirabel Mirabel Ibe & 5 others v The Minister, FCT & 13 others*.²⁰ Cependant, dans toutes ces affaires, bien que la Cour ait reconnu les soumissions des amici, celles-ci n'ont pas été prises en considération dans les jugements. En résumé, une évaluation de la jurisprudence au Nigeria suggère qu'une plus grande crédibilité est accordée aux mémoires d'amicus si la soumission fait suite à une invitation spécifique de la cour.

4. L'avenir de l'amicus curiae

L'un des principaux obstacles à la participation des amicus curiae au Nigeria est l'absence de loi adjectivale et de règles claires régissant leur participation. En outre, comme le montre la section 2 ci-dessus, même dans le règlement de 2009 sur les droits fondamentaux (procédure d'exécution) où il est fait mention d'un amicus, le tribunal a toujours le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de rejeter les demandes d'amicus curiae sans aucune obligation d'examiner d'abord le bien-fondé d'une telle demande avant de la radier. Cela a des implications sur le développement de la jurisprudence nigériane et sur la qualité des décisions judiciaires qui résulteraient des interventions des différents amici. En outre, compte tenu du contexte patriarcal du Nigeria, ces limitations constituent un obstacle à la facilitation des changements systémiques qui affectent les droits des femmes et les droits sexuels. Par conséquent, il est impératif qu'une loi soit élaborée pour établir une liste complète des conditions qu'une personne ou une entité doit remplir avant d'être admise en tant qu'amicus curiae.

¹⁸ Suit No GHC/ABJ/CS/970/2019.

¹⁹ Suit No GHC/ABJ/CS/974/2019.

²⁰ Suit No GHC/ABJ/CS/972/2019.

Il est important d'avoir une procédure claire pour l'*amicus curiae* afin de faciliter l'accès à la justice pour les personnes vulnérables. Au Nigeria, l'accès à la justice reste un défi, en particulier pour les groupes vulnérables et marginalisés. Ceci est principalement dû à la pauvreté qui rend difficile pour de nombreux Nigériens l'accès aux services juridiques et les coûts liés à l'accès à la justice tels que les frais de justice et le transport vers et depuis le tribunal.²¹ En conséquence, beaucoup souffrent de la violation de leurs droits sans aucune réparation. Cependant, dans certains pays, dont l'Afrique du Sud, le dépôt de mémoires d'*amicus curiae* par les ONG a été utilisé pour mettre en avant les intérêts des pauvres dans les affaires juridiques.²² Cela peut également être reproduit au Nigeria et la pratique et la procédure de l'*amicus curiae* utilisées pour combler les lacunes liées à l'accès limité à la justice.

Comme indiqué ci-dessus, la pratique la plus courante pour un *amicus curiae* de participer à une procédure judiciaire est d'être invité par le tribunal. Une autre pratique, plus rare, consiste pour l'*amicus curiae* à déposer volontairement un mémoire et à s'adresser au tribunal sur certaines questions. Cependant, le pouvoir d'écouter de telles soumissions volontaires appartient uniquement au tribunal. L'implication est que ces pratiques réduisent les opportunités pour la cour de bénéficier de l'expertise des professionnels individuels et des institutions/organisations, en particulier en ce qui concerne les questions de droits de l'homme. Il est donc nécessaire d'adopter une approche plus libérale de la procédure d'*amicus curiae*.

Il est également important de souligner que les règles de procédure devraient stipuler qu'un *amicus curiae* potentiel doit d'abord être entendu par le tribunal avant qu'une décision finale ne soit prise sur l'admission de l'*amicus*. Dans ce contexte, les universitaires ont un rôle à jouer dans l'amélioration du droit et de la pratique de l'*amicus curiae* au Nigeria. En général, les universitaires, qu'ils soient juristes ou non, ont apporté des contributions substantielles au développement de différents domaines du droit au Nigeria. Par exemple, l'approche traditionnelle du *locus standi*, telle qu'elle a été décidée dans l'affaire *Adesanya v President of the Federal Republic of Nigeria*²³, a été abandonnée dans les affaires impliquant l'application des droits de l'homme dans l'intérêt public après que de nombreux commentaires universitaires aient critiqué les règles dominantes, étroitement définies.²⁴ Cependant, contrairement à la question du *locus standi*, il existe une jurisprudence académique minimale sur le sujet de l'*amicus curiae*, malgré son importance pour aider la cour à comprendre le cadre normatif des droits de l'homme, en particulier les droits des femmes et les droits sexuels. Par conséquent, il est nécessaire que les universitaires s'engagent davantage sur le sujet de

²¹ I Igwe-Onyebuchi & A Bassey "Review of the Impacts of Poverty on Access to Justice in Nigeria" (2021) 12(2) *Nnamdi Azikiwe Univ J of Int Law and Jurisprudence* 187.

²² JC Mubangizi & C Mbazira 'Constructing the Amicus Curiae Procedure in Human Rights Litigation : What Can Uganda Learn from South Africa' (2012) 16 *Law Democracy & Development* 199.

²³ (1981) 1 All NLR 1.

²⁴ TI Ogowewo 'The Problem with Standing to Sue in Nigeria' (1995) 39(1) *J of African Law* 1 ; EA Taiwo 'Enforcement of Fundamental Rights and the Standing Rules under the Nigerian Constitution : A Need for a More Liberal Provision " (2009) 9(2) *African HR LJ* 546. Voir également le préambule au paragraphe 3(e) des Fundamental Rights (Enforcement Procedure) Rules 2009.

l'*amicus curiae* afin de promouvoir un changement cohérent de la pratique actuelle de l'*amicus* et de l'ancrer davantage dans le système juridique nigérian.

5. Conclusion

Ce chapitre a exploré la pratique et la procédure de l'*amicus curiae* au Nigeria. Il observe qu'il n'existe pas de loi claire ou de règles de procédure civile régissant la pratique de l'*amicus*. En outre, l'article a révélé que la forme la plus courante de participation de l'*amicus curiae* aux procédures judiciaires est l'invitation spécifique par le tribunal à des membres expérimentés de la profession juridique. Ce droit d'invitation est principalement exercé par la Cour suprême du Nigeria. Cependant, cela a pour effet de limiter les possibilités pour la Cour de bénéficier de l'expertise des individus et des organisations concernées. Cela a également conduit à une situation où moins de poids est accordé aux mémoires d'*amici* déposés volontairement. Cela constitue un obstacle à l'avancement des normes en matière de droits de l'homme, en particulier pour les membres vulnérables de la société. Par conséquent, il est nécessaire d'adopter une approche plus libérale de la participation des *amicus* au Nigeria afin de garantir le développement de la jurisprudence du pays et la promotion des droits de l'homme.

La pratique de l'Amicus Curiae en Afrique : Le cas du Burkina Faso

Arianne Gouem et Annick Imboua-Niava

1. Introduction

Au sens étymologique, l'amicus curiae est considéré comme un "ami du tribunal". Cette expression latine semble rassurante dans le sens où un ami est généralement bienveillant.

Le rôle de l'amicus curiae est souvent confondu avec celui d'un intervenant. Or, l'amicus curiae désigne techniquement une personne qui n'est ni une partie au litige, ni un témoin, ni un auxiliaire de justice. C'est un tiers qui intervient dans une procédure, oralement ou par écrit, soit de sa propre initiative, soit à la demande de la juridiction compétente, pour faire la lumière sur une question donnée. L'amicus curiae se distingue de l'intervenant qui est une partie au procès. L'intervenant a un intérêt dans la procédure. Un intervenant peut faire des réclamations personnelles et le tribunal peut ordonner contre l'intervenant.

L'amicus curiae est généralement une personne ou un groupe réputé pour sa spécialisation dans un domaine du droit. Que l'amicus curiae intervienne de sa propre initiative ou non, il doit être autorisé par le tribunal.

L'amicus curiae est largement utilisé dans les pays de common law et dans la pratique des juridictions internationales, notamment celles relatives aux droits de l'homme.¹ Cependant, il reste méconnu dans le système judiciaire du Burkina Faso.

L'admission de l'amicus curiae dans certains pays² et devant certaines instances internationales a donné lieu à des échos positifs qui devraient inciter le législateur burkinabé à réformer son intervention devant les juridictions nationales. L'évolution historique du concept est assez révélatrice en ce sens.

2. Contexte

Une ancienne pratique romaine permettait à des tiers d'intervenir en tant que conseillers indépendants à la demande du tribunal pour éclairer des faits ou des questions peu familières au tribunal.³ On pourrait donc supposer que l'amicus curiae a une origine

¹ *Umuhoza v Rwanda* (APPLICATION NO. 003/2014) AFCHPR 5 (2018) (La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a accordé un amicus curiae dans les procédures de cette affaire en 2016. Les procédures peuvent être trouvées à 1 RJCA 575).

² Comme les États-Unis d'Amérique, le Canada et la France.

³ I Izarova, B Szolc-Nartowski & A Kavtun 'Amicus Curiae : Origin, Worldwide Experience and Suggestions for East European Countries' (2019) 60(1) *Hungarian J of Legal Studies* 18 < <https://akjournals.com/view/journals/2052/60/1/article-p18.xml>>.

romaine, non seulement par l'utilisation du latin mais aussi par sa signification ou sa définition.

Au XVIII^e siècle, le mécanisme a été adopté en Angleterre, puis s'est développé en tant que pratique, devenant un concept standard dans le système de common law et dans les institutions internationales actuelles. L'évolution de l'*amicus curiae* varie considérablement d'un pays à l'autre. Par exemple, aux États-Unis d'Amérique, la Cour suprême a permis le développement de l'*amicus curiae* au début du XIX^e siècle, grâce à sa politique d'adaptation aux mémoires d'*amicus*.⁴ De même, devant la Commission européenne, les institutions sont autorisées à intervenir volontairement dans une procédure sur des questions qui les concernent directement.⁵

Historiquement, l'intervention de l'*amicus curiae*, qui est plus facilement reconnue dans les pays de common law ou devant les juridictions ou autorités internationales, n'est pas reconnue dans les juridictions de droit civil comme le Burkina Faso. En effet, le droit interne du Burkina Faso ne prévoit pas l'intervention de l'*amicus curiae* dans les procédures judiciaires.

Cependant, en France, également un système juridique de droit civil, l'intervention de l'*amicus curiae* a été admise pour la première fois par la cour d'appel de Paris dans deux arrêts successifs dans lesquels la cour a décidé, entre autres, que "n'étant ni témoin ni expert, il n'était pas soumis aux règles du nouveau code de procédure civile relatives à la récusation".⁶ Le raisonnement de la cour a été exprimé comme suit :

pourquoi ne pas permettre, par voie réglementaire si nécessaire, l'intervention de consultants privilégiés, personnalités à la compétence incontestable et à la grande autorité morale qui, après avoir assisté à l'intégralité de la procédure, donneraient au tribunal leur avis sur la suite à donner à une décision de quelque nature que ce soit. Cela devrait bien sûr se faire au grand jour, pendant l'audience, et dans le respect du contradictoire. De cette manière, les juges seraient mieux informés des conséquences de leur décision et pourraient donc se préoccuper des conséquences de leurs décisions.⁷

L'institution de l'*amicus curiae* a été accueillie plus positivement par les cours internationales des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), après des débuts peu encourageants, a admis en 1981 la participation d'organisations non gouvernementales (ONG) aux procédures.⁸ Ainsi, un représentant du Trade Union Congress (TUC) a été autorisé à faire une présentation orale sur la base de la règle 38(1) du Règlement de la CEDH. Cette affaire a mis en évidence la nécessité de clarifier la base juridique de la participation

⁴ Ibid.

⁵ Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée), Traité de Rome (adopté le 25 mars 1957) Union européenne (version consolidée telle que modifiée par le Traité de Lisbonne) art 194 ; Protocole (n° 3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne (18 avril 1951) Union européenne, Cour de justice de l'Union européenne (le statut) art 56.

⁶ R de Munagorri "L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae" RTDCiv : Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz (2005) 88-93. halshs-01889467.

⁷ P Draï "Le monde des affaires et ses juges" RJ com 1990 329 spéc 333.

⁸ *Young, James et Webster contre Royaume-Uni* [1981] CEDH 4.

des tiers, et plus particulièrement des amici curiae, aux procédures en cours devant la Cour. La réponse a pris la forme d'un amendement à l'article 37(2) du Règlement de la Cour permettant la participation de tiers à la procédure. Actuellement, cette possibilité est expressément prévue à l'article 36(3) de la Convention européenne des droits de l'homme,⁹ ainsi qu'à l'article 44(2) (a) du règlement de la Cour.¹⁰ Ces changements ont encouragé la participation d'amici curiae dans un certain nombre d'affaires. La CEDH a toutefois le pouvoir discrétionnaire de fixer les conditions d'intervention, par exemple, sur quelles questions le tiers peut intervenir, les questions spécifiques qui sont interdites d'intervention et la longueur des soumissions.¹¹ Ces conditions sont déterminées par la CEDH au cas par cas, lorsque le tribunal détermine si l'intervention est "dûment motivée".¹² La participation d'amici curiae à la CEDH a contribué de manière positive à la compréhension dominante du droit international à une époque globale où les tribunaux internationaux et les acteurs sociétaux façonnent l'orientation de la protection des droits.¹³

D'un point de vue conceptuel, la CEDH semble considérer les amici curiae comme des assistants à la procédure plutôt que comme des avocats chargés de compléter les arguments des parties.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), contrairement à la CEDH, n'a pas expressément prévu l'amici curiae dans son cadre normatif. Cependant, elle a accepté les mémoires d'amici curiae dès sa première demande d'avis consultatif¹⁴, malgré le fait que la quasi-totalité de ses membres sont des ressortissants de pays adhérant au système de droit civil.¹⁵ Au fil des ans, la CIDH a continué à accepter de la même manière des mémoires d'amici curiae de la part d'ONG internationales de défense des droits de l'homme renommées qui s'adressent à la Cour en vertu de l'autorité prévue par l'article 64(1) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.¹⁶ La CIDH a par la suite élargi sa pratique en acceptant un mémoire sur une demande d'avis consultatif de la part d'un professeur de droit non affilié.¹⁷ La CIDH bénéficie tout particulièrement de l'admission des mémoires d'amici curiae qui éclairent de manière élaborée des questions complexes relatives aux droits de l'homme, car il semble que la

⁹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950, Série des traités du Conseil de l'Europe 005).

¹⁰ Règlement de la Cour (17 mars 2022) CEDH.

¹¹ CEDH "Third Party Intervention before the European Court" < <https://www.echr.am/en/functions/representation/third-party-intervention.html#:~:text=A%20third%20party%20intervention%20is,to%20intervene%20in%20the%20proceedings> >.

¹² Note 237 ci-dessus art 44(3).

¹³ RA Cichowski "The European Court of Human Rights, Amicus Curiae, and Violence against Women" (2016) 50(4) *Law & Society Review* 890 < <http://www.jstor.org/stable/44122548> >.

¹⁴ Avis consultatif n° OC-1/82 du 24 septembre 1982.

¹⁵ C Moyer 'The Role of Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights' < <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11770.pdf> >.

¹⁶ Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José, Costa Rica, 22 novembre 1969) < <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html> >.

¹⁷ Moyer (note 243 ci-dessus).

Cour soit servie par un personnel très réduit et qu'elle n'ait pas encore développé une bibliothèque de premier ordre.

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, quant à elle, prévoit expressément l'admission de l'*amicus curiae* dans les règles 104 et 105 de son règlement intérieur 2020.

L'admission d'*amicus curiae* par les cours et tribunaux spécialisés dans les droits de l'homme a donné lieu à une jurisprudence abondante dans le domaine des droits de la femme qui pourrait inspirer des pays comme le Burkina Faso qui sont restés en marge de ce mouvement.

3. Jurisprudence

Comme indiqué ci-dessus, l'intervention de l'*amicus curiae* n'est pas reconnue par les tribunaux du Burkina Faso. Par conséquent, il n'existe pas de décisions rendues par les tribunaux burkinabés concernant l'*amicus curiae*. Toutefois, nous pouvons citer des décisions de juridictions régionales, internationales ou arbitrales.

En Afrique, il y a trois affaires majeures qui font avancer la pratique sur le continent africain : *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd contre Tanzanie*,¹⁸ *Piero Foresti, Laura de Carli et autres contre Afrique du Sud*¹⁹ et *Bernhard von Pezold et autres contre Zimbabwe*.²⁰

Au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), des développements importants ont eu lieu concernant l'admission d'*amicus curiae*. Les décisions du 19 mai 2005 et du 17 mars 2006 dans l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. contre la République argentine*²¹ et *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. contre la République argentine*²² ont été les premières décisions d'un tribunal CIRDI admettant une telle possibilité. Deux autres décisions ont été rendues dans le même sens, l'ordonnance du 2 février 2007 dans l'affaire *Biwater Gauff v Tanzanie*²³ et la décision du 12 février 2007 dans l'affaire *Aguas Argentinas*.²⁴ Ces trois affaires concernaient des concessions de traitement des eaux accordées à des investisseurs étrangers par l'Argentine et la Tanzanie. En raison des implications environnementales de ces concessions, le règlement du litige a eu un impact bien au-delà des intérêts des parties. Plusieurs ONG ont demandé aux tribunaux l'accès aux audiences, ont eu la possibilité de présenter des observations écrites et ont eu un accès illimité aux observations écrites des parties.

¹⁸ Affaire CIRDI n° ARB/05/22.

¹⁹ Affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/01.

²⁰ Affaire CIRDI n° ARB/10/15.

²¹ Affaire CIRDI n° ARB/03/19.

²² Affaire CIRDI n° ARB/03/17.

²³ Note 246 ci-dessus.

²⁴ Note 249 ci-dessus.

Ces décisions montrent que l'admission d'*amicus curiae* peut enrichir le discours judiciaire et la qualité des jugements. Cela pourrait inciter le Burkina Faso à entreprendre une réforme législative pour prévoir l'admission de l'*amicus curiae* devant les tribunaux, plus particulièrement dans le domaine des droits de l'homme.

4. L'avenir de l'*amicus curiae* au Burkina Faso

La méconnaissance de l'*amicus curiae* par le Burkina Faso prive son système judiciaire d'un outil précieux. En effet, l'intervention de l'*amicus curiae* pourrait être une bonne occasion d'éclairer les juridictions nationales en matière de droits humains. Ceci est d'autant plus vrai quand on sait que les cours dans les universités de ce pays ainsi que la formation des magistrats ne couvrent pas suffisamment le domaine des droits de l'homme qui paradoxalement regorge d'experts bien conseillés qui ont développé leur expertise par leur pratique devant les juridictions internationales ou régionales des droits de l'homme. Refuser d'admettre ces personnes ou les ONG spécialisées dans ce domaine reviendrait à se priver d'une expertise importante.

Bien que les juridictions de droit civil ne prévoient pas l'intervention d'*amicus curiae* dans leurs dispositions légales, des experts inscrits sur une liste approuvée par le tribunal sont souvent nommés par un juge, soit à la demande d'une partie, soit par le tribunal afin de l'éclairer sur une question. Dans le cas du Burkina Faso, cela est prévu par le code de procédure civile.²⁵ Cependant, on peut se demander si dans ce cas l'expert n'est pas plus un élément de preuve qu'un élément de fond de l'affaire puisque le rôle de l'expert est d'éclairer le juge sur les preuves. Dans les cas où l'expert désigné est un juriste et que son intervention va plus loin sur les éléments de fond que sur les preuves, on se rapproche de la notion d'*amicus curiae* dans sa conception originelle puisque l'*amicus curiae* peut aller au-delà des questions et utiliser des études ou autres preuves pour étayer son opinion.

Si les *amicus curiae* peuvent être très précieux, il faut reconnaître que leur intervention n'a pas toujours répondu aux attentes qui prévalaient lorsqu'ils ont été admis à la procédure. Par exemple, dans l'affaire *Hendricks* au Canada, la Cour suprême a admis l'Alliance et la Ligue catholique pour les droits de l'homme comme *amici curiae*. A la fin du procès, la Ligue catholique pour les droits de l'homme a été accusée d'avoir manipulé la procédure.²⁶ Cela conduit certains auteurs à penser qu'une admission plus stricte conduit à une participation plus appropriée et à une meilleure appréciation des contributions de l'*amicus curiae*.²⁷

²⁵ Code de procédure civile burkinabé, articles 288 - 302.

²⁶ *Ligue catholique pour les droits de l'Homme v Hendricks* (19 mars 2004) REJB 2004-55341. Plusieurs caractéristiques de l'affaire *Hendricks* ont conduit aux débordements qui se sont produits. La confusion entre la qualité d'*amicus curiae* et la qualité de partie est le reproche le plus grave que l'on puisse faire à l'arrêt de la Cour d'appel. Toutefois, à la lecture de la requête en intervention déposée par la Ligue et l'Alliance, le juge Rolland aurait dû s'abstenir d'autoriser leur participation comme l'a fait le juge Côté dans *Québec (Procureur général) c. Entreprises W.F.H Ltée* (REJB 2000- 16814 (CA) JE 2000-640).

²⁷ En ce sens, les règles de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud ont été adoptées, ce qui a permis à un commentateur d'écrire que "les règles sont clairement conçues pour atteindre l'objectif de la participation

Compte tenu de ce qui précède, en l'absence d'une réforme législative sur la question, les juridictions burkinabè s'orientent vers une ouverture à l'*amicus curiae* en interprétant de manière pragmatique les dispositions législatives pertinentes. Cependant, la meilleure approche serait de réformer la loi²⁸ afin de clarifier le rôle de l'*amicus curiae*, d'encadrer son intervention et d'éviter les critiques qui justifient la réticence de certains tribunaux.

L'admission d'*amicus curiae* avec des réponses aux questions suivantes permettra d'optimiser leur intervention :²⁹ L'*amicus curiae* pourra-t-il intervenir spontanément ou seulement sur invitation de la juridiction ? La procédure sera-t-elle généralisée ou limitée aux décisions susceptibles d'établir une nouvelle jurisprudence ou de conduire à l'annulation de décisions ? Des règles seront-elles nécessaires pour réglementer leur présence ou pour encadrer leur participation ? Une sélection sera-t-elle nécessaire, et si oui, comment ? Les juges devront-ils motiver leur décision de demander à une personne d'agir en tant qu'*amicus curiae* ou, à l'inverse, de refuser de prendre en compte des observations présentées spontanément ? Les observations produites devront-elles être rendues publiques ? Est-il possible pour l'*amicus curiae* d'avoir accès aux pièces du dossier ? L'accord de toutes les parties à la procédure sera-t-il toujours requis ?

Compte tenu des similitudes entre le droit français et le droit des pays africains francophones, notamment le Burkina Faso, il faut espérer que ces derniers suivront l'exemple de la France en s'ouvrant à l'introduction de l'*amicus curiae* dans leur système juridique. En France, le Code de procédure dans l'art 27(2) et autres a introduit la définition de l'*amicus curiae* comme désignant la personne que le tribunal civil peut entendre sans formalités dans le but de rechercher des éléments susceptibles d'éclairer le tribunal, comme, par exemple, de connaître les termes d'un usage local ou d'une règle professionnelle non écrite.

5. Conclusion

Le mécanisme de l'*amicus curiae* renforce les réformes des droits de l'homme en enrichissant le discours judiciaire et en informant les tribunaux grâce à son expertise. L'*amicus curiae* aide le tribunal à prendre une décision correcte. Leur spécialisation sur la question et les dispositions prises pour effectuer des recherches peuvent être d'une grande aide pour les tribunaux qui les admettent. L'admission de l'*amicus curiae* par le Burkina Faso contribuerait grandement à la jurisprudence émergente qui capture le droit international et régional des droits de l'homme et sa mise en œuvre dans le pays.

des *amicus* sans céder le contrôle de la Cour sur le processus". J Klaaren 'Becoming Friendly with the Constitutional Court : An Interpretation of the Court's *Amicus Curiae* Rules' (1995) 11 *SAJHR* 499.

²⁸ Constatant les risques de manipulation de la procédure et conscient des limites et des dangers d'une extension de l'intervention traditionnelle de droit privé à l'*amicus curiae*, le Comité de révision de la procédure civile a proposé que l'*amicus curiae* soit régi par une disposition spécifique du Code de procédure civile. Rapport du Comité de révision de la procédure civile *Une nouvelle culture judiciaire* (juillet 2001) 125-126.

²⁹ Ces questions sont soulevées par R. Encinas de Munagorri "L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae*" *RTDCiv Revue trimestrielle de droit civil* (2005) 88-93.

Le contexte de l'amicus curiae, droit et pratique en Afrique du Sud

Obonye Jonas et Basetsana Koitsioe

1. Introduction

La pratique de l'amicus curiae est couramment utilisée par les organisations d'intérêt public, car la procédure est rentable et n'exige pas qu'une organisation ait une cause d'action pour pouvoir présenter des observations sur des questions d'intérêt public. C'est pour cette raison que l'amicus curiae est devenu polyvalent et qu'il remplit un large éventail de fonctions importantes.¹ En clair, amicus curiae signifie "ami de la cour". La fonction d'un amicus curiae est d'éduquer le tribunal sur des points de droit douteux, de rassembler ou d'organiser des informations, ou de sensibiliser le public à certains aspects de l'affaire que le tribunal pourrait autrement négliger.² La participation d'amicus curiae aux litiges est une pratique bien établie dans l'histoire du droit sud-africain. Les tribunaux sud-africains "reconnaissent de plus en plus que certaines questions doivent nécessairement impliquer les perspectives et les voix d'organisations ou d'entités qui peuvent ne pas avoir un intérêt juridique direct dans l'affaire".³

Bien qu'il existe une pratique bien établie de l'amicus curiae en Afrique du Sud dans le secteur des litiges d'intérêt public, il existe également un débat académique permanent sur la question de savoir si l'utilisation du droit peut conduire à un véritable changement social. De nombreux juristes réalistes sont sceptiques quant à la capacité du droit, et plus particulièrement des litiges, à "changer la société" et à provoquer de véritables changements au niveau local.⁴ D'un autre côté, les universitaires et les activistes de la mobilisation juridique sont plus optimistes quant au potentiel des litiges à initier, ou à jouer un rôle dans la création d'un changement social significatif.⁵ Les universitaires et les activistes de la mobilisation juridique considèrent que les litiges ne sont qu'un simple tremplin vers le changement social.⁶

Ce chapitre se concentrera sur la manière dont le contentieux stratégique a été utilisé pour défendre les droits socio-économiques ainsi que les droits des femmes.

¹ C Murray "Litigating in the Public Interest : Intervention and the Amicus Curiae" (1994) 10 SAJHR 240, 242.

² J Robbins 'False Friends : Amicus Curiae and Procedural Discretion in WTO Appeals Under the Hotrolled Lead/Asbestos Doctrine' (hiver 2003) 44 *Harvard ILJ* 317.

³ J Brickhill & M Du Plessis 'Two's Company Three's a Crowd in Investor-State Arbitration (Piero v South Africa)' (2011) 27(1) SAJHR 152.

⁴ A Hunt 'Rights and social movements : Counter-hegemonic strategies' in M McCann (ed) *Law and Social Movements* (2006) 309.

⁵ GN Rosenberg *The Hollow Hope : Can Courts Bring About Social Change ?* (1991).

⁶ 6 Klaaren, Dugard & Handmaker op cit note 21 à 2 ; MW McCann 'Reform litigation on trial' (1992) 17 *Law and Social Inquiry* 715, 716.

2. Histoire de l'Amicus Curiae en Afrique du Sud

Amicus curiae est un terme latin qui signifie "ami de la cour".⁷ La participation de l'amicus curiae remonte au droit romain. Dans le cadre de ce chapitre, le rôle de l'amicus curiae en Afrique du Sud sera envisagé dans le contexte des litiges d'intérêt public, qui résultent en grande partie de l'ère de 'l'apartheid', au cours de laquelle les militants des droits de l'homme et les organisations de la société civile ont cherché à combattre les inégalités du régime de 'l'apartheid'.⁸

Avec l'avènement de la nouvelle dispensation constitutionnelle de l'Afrique du Sud, une nouvelle forme de participation amicus curiae a été introduite, dans laquelle un tiers demande le droit d'intervenir afin de faire valoir une position juridique particulière qu'il a lui-même choisie. Les organisations d'intérêt public ont été attirées par cette forme en raison de l'accent qu'elles mettent "sur l'intérêt public général plutôt que sur l'intérêt plus privé d'un individu particulier".⁹ Dans le Black's Law's Dictionary, l'intérêt public est défini comme le bien-être général du public qui mérite d'être reconnu et protégé, et quelque chose dans lequel le public dans son ensemble a un intérêt, en particulier un intérêt qui justifie une réglementation gouvernementale.¹⁰

En Afrique du Sud, la Cour constitutionnelle a été la première juridiction à introduire une règle prévoyant l'intervention d'un amicus curiae, ce qui a consacré un large concept de qualité pour agir permettant à un groupe de personnes d'intenter une action alléguant une violation de la Déclaration des droits.¹¹ La disposition relative à l'amicus curiae est prévue par la règle 10 de la Cour constitutionnelle, qui stipule que "toute personne intéressée par une affaire devant la Cour peut, avec le consentement écrit de toutes les parties à l'affaire devant la Cour.¹² être admise en tant qu'amicus curiae selon les termes et conditions et avec les droits et privilèges convenus par écrit avec toutes les parties devant la Cour ou selon les instructions du juge en chef".¹³ Dans *Institute for Security Studies: In Re Basson case*,¹⁴ la cour a clairement indiqué que personne ne peut être admis en tant qu'amicus curiae sans l'autorisation de la cour. La cour a également déclaré que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'autoriser une personne à agir en tant qu'amicus curiae, elle examinerait si les soumissions sont pertinentes et utiles à la cour et si elles sont différentes des soumissions faites par les autres parties.¹⁵ En Afrique du Sud, un amicus curiae n'a pas le droit de soulever une nouvelle cause d'action et est limité au dossier de l'appel, à moins que le nouveau matériel

⁷ H Campbell *Black's Law Dictionary* 2 ed (1910).

⁸ JC Mubangizi & C Mbazira 'Constructing the Amicus Curiae Procedure in Human Rights Litigation : What Can Uganda Learn from South Africa ?' (2012) 16 *Law, Democracy & Development* 199, 208.

⁹ Ibid.

¹⁰ Black's Law Dictionary (note 264 ci-dessus).

¹¹ A Spies 'Amicus Curiae Participation, Gender Equality And The South African Constitutional Court' (Dissertation, Université de Witwatersrand 2009).

¹² S 2003 - Gn R1675/2003 (31 octobre 2003).

¹³ Constitutional Court Rules, règle 10 sous-règle 5 .

¹⁴ Dans l'affaire *Re S v Basson* CCT 30/03 (décision non publiée du 9 septembre 2005), paragraphes 6 et 9.

¹⁵ Ibid paragraphe 7.

soit, conformément à la règle 31 des règles de la Cour constitutionnelle, une cause commune ou autrement incontestable ou soit de nature officielle, scientifique, technique ou statistique et susceptible d'être facilement vérifié.¹⁶ Les restrictions imposées à un *amicus curiae* par les règles de la Cour ne sont pas nécessairement strictes et la Cour a le pouvoir discrétionnaire de permettre à un *amicus curiae* d'apporter des preuves supplémentaires en dehors du cadre de la règle 31.¹⁷

La Cour dans l'affaire *Institute for Security Studies : In Re Basson* énonce également les étapes qu'un requérant doit suivre afin d'obtenir l'admission en tant qu'*amicus curiae*. La présentation de la demande doit placer les parties dans une position leur permettant d'évaluer correctement si la demande est conforme aux principes sous-jacents régissant les demandes d'admission en tant qu'*amicus curiae*.¹⁸ Ces principes consistent à déterminer si les arguments que l'on cherche à faire valoir sont pertinents pour les questions soumises au tribunal, s'ils seront utiles au tribunal et s'ils sont différents de ceux des autres parties.¹⁹ L'étape suivante consiste à demander l'autorisation du tribunal. Si le consentement écrit des parties a été obtenu, il ne s'ensuit pas automatiquement que le tribunal est tenu d'admettre le demandeur. Le tribunal peut refuser d'admettre le demandeur lorsque les principes mentionnés n'ont pas été respectés.²⁰

3. Développement de l'*amicus curiae* à travers les tribunaux

Le juge Sachs a commenté le rôle joué par l'*amicus curiae* dans l'affaire historique du *Government of the Republic of South Africa v Grootboom*²¹ (*Grootboom*) :

Je dois mentionner que nous avons été aidés à l'audience de manière considérable par la participation de la Commission des droits de l'homme et du Centre de droit communautaire de l'Université de Western Cape. L'avocat du Legal Resources Centre a comparu en leur nom et a réussi à élargir le débat de manière à exiger de la Cour qu'elle examine le droit de tous les Sud-Africains à un abri, qu'ils aient ou non des enfants... Cette affaire a montré à quel point les avocats peuvent aider les pauvres à obtenir leurs droits fondamentaux.²²

Dans l'affaire *The Minister of Health v Treatment Action Campaign*²³, l'affaire portait sur deux questions. Premièrement, le droit donné à chacun d'avoir accès aux services de santé publique et le droit des enfants de bénéficier d'une protection spéciale et

¹⁶ Constitutional Court Rules, règle 31.

¹⁷ G Budlender 'Amicus curiae' dans S Woolman, T Roux, J Klaaren, A Stein, M Chaskalson & M Bishop (eds) *Constitutional Law of South Africa* (2008) 8-1. Budlender énonce les facteurs qu'un tribunal devrait prendre en compte pour autoriser de nouveaux éléments factuels, à savoir : (a) le retard causé en donnant aux autres parties l'opportunité de répondre à la nouvelle preuve ; (b) la réticence de la Cour constitutionnelle à traiter des éléments de preuve sans bénéficier de l'avis d'une autre juridiction ; (c) la pertinence de la preuve ; et (d) l'importance de la preuve pour les questions que la Cour doit trancher ".

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid note 20.

²¹ [2000] ZACC 19.

²² A Sachs 'The Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights : The *Grootboom* Case' in P Jones & K Stokke (eds) *Democratising Development : The Politics of SocioEconomic Rights in South Africa* (2005) 131.

²³ [2002] ZACC 15.

deuxièmement, la question de savoir si, en vertu des dispositions des articles 27 et 28 de la Constitution, le gouvernement est constitutionnellement obligé de planifier et de mettre en œuvre un programme efficace, complet et progressif de prévention de la transmission du VIH de la mère à l'enfant dans toute l'Afrique du Sud.²⁴ Le ministre de la Santé et la Treatment Action Campaign (TAC), l'Institute for Democracy in South Africa (IDASA), le Community Law Centre (CLC) et Cotlands Baby Sanctuary ont été admis en tant qu'amici curiae. *En ce qui concerne : Certain Amicus Curiae Applications ; Minister of Health v Treatment Action Campaign*²⁵, la Cour a traité plusieurs demandes d'admission en tant qu'amici curiae afin de fournir des preuves supplémentaires dans le cadre de l'appel du gouvernement contre les ordonnances rendues à son encontre par la Haute Cour dans l'affaire susmentionnée. En rendant son jugement, la cour a défini le rôle de l'amici curiae comme suit :

Le rôle d'un amicus est d'attirer l'attention du tribunal sur des questions de droit et de fait pertinentes sur lesquelles l'attention ne serait pas attirée autrement. En échange du privilège de participer à la procédure sans avoir à se qualifier en tant que partie, un amicus a un devoir spécial envers le tribunal. Ce devoir consiste à fournir des arguments convaincants et utiles qui aident le tribunal. L'amicus ne doit pas répéter des arguments déjà avancés mais doit soulever de nouvelles thèses ; et généralement, ces nouvelles thèses doivent être soulevées sur les données déjà présentées au tribunal. D'ordinaire, il est inapproprié pour un amicus de tenter d'introduire de nouveaux arguments basés sur de nouvelles preuves.²⁶

Comme indiqué ci-dessus, le rôle principal de l'amicus est d'aider les tribunaux à promouvoir et à protéger les droits constitutionnels. Dans l'affaire *Children's Institute v Presiding Officer and Others*²⁷, la Cour constitutionnelle a traité du rôle de l'amici curiae devant la Haute Cour. La question abordée par la Cour constitutionnelle était de savoir si l'amici curiae pouvait produire des preuves. La règle 16A des Règles uniformes de la Cour (Règles uniformes)²⁸ régit l'admission de l'amici curiae devant la Haute Cour et exige qu'en plus de la description par l'amicus de son intérêt dans la procédure, une partie souhaitant être admise en tant qu'amici doit traiter des arguments qu'elle a l'intention de présenter. Ce faisant, la partie intéressée doit 1. exposer clairement et succinctement les arguments qu'elle cherche à faire valoir si elle est admise comme amicus ; 2. expliquer pourquoi ces arguments sont pertinents pour la procédure ; 3. exposer les "raisons de croire que les arguments aideront le tribunal" ; et 4. expliquer pourquoi les arguments "sont différents de ceux des autres parties".²⁹ Cependant, il faut noter que le mot "soumission" ne limite pas les "soumissions" à l'argument juridique, ce qui a été confirmé dans l'affaire *Children's Institute*. La Cour constitutionnelle a précisé que "la règle 16A n'interdit pas l'introduction de preuves par un amicus devant une Haute Cour". Elle a noté qu'une Haute Cour conserve un pouvoir discrétionnaire

²⁴ Paras 4 et 5.

²⁵ 2002 (5) SA 713 (CC).

²⁶ Ibid paragraphe 5.

²⁷ [2012] ZACC 25.

²⁸ Rules Regulating The Conduct Of The Proceedings Of The Several Provincial And Local Divisions Of The High Court Of South Africa.

²⁹ *S v Engelbrecht* 2004 (2) SACR 391 (W) para 14.

"guidé par les intérêts de la justice" pour déterminer "si, et dans quelle mesure, elle doit autoriser un amicus à présenter des preuves à l'appui de ses arguments".³⁰

En traitant du rôle de l'amicus curiae tel qu'envisagé par les Règles uniformes, la Cour constitutionnelle a noté :³¹

[Le rôle d'un amicus envisagé dans les Règles uniformes est très étroitement lié à la protection de nos valeurs constitutionnelles et des droits inscrits dans la Déclaration des droits. En effet, la règle 16A(2) décrit un amicus comme une "partie intéressée par une question constitutionnelle soulevée au cours d'une procédure". Par conséquent, bien que les amis de la cour aient joué divers rôles en common law, la nouvelle règle visait spécifiquement à faciliter le rôle des amici dans la promotion et la protection de l'intérêt public. ... Le rôle d'un ami de la cour peut ... être caractérisé comme un rôle qui aide les tribunaux à promouvoir et à protéger efficacement les droits inscrits dans notre Constitution.

4. Lacunes, opportunités et avenir de la pratique de l'amicus curiae

Comme nous l'avons montré ci-dessus, la pratique de l'amicus curiae dans les tribunaux sud-africains, en particulier la Cour constitutionnelle, est devenue un outil pour les organisations d'intérêt public. La majorité des affaires jugées par la Cour constitutionnelle concernaient l'avancement des droits socio-économiques ainsi que l'égalité des sexes. En 2008, cependant, Irene Grootboom, la requérante dans l'affaire *Grootboom*, est morte sans abri dans une cabane. Bien que la Cour constitutionnelle ait rendu un jugement historique célébré dans le monde entier, ce qui est en cause, c'est l'approche adoptée par rapport aux autres domaines du contentieux constitutionnel dans le passé en ce qui concerne les recours en cas de violation des droits socio-économiques. La Cour constitutionnelle a eu tendance à accorder des recours "faibles" qui ne se traduisent pas par des biens et des services substantiels.³² Comme l'ont observé les réalistes juridiques, les litiges d'intérêt public aboutissent rarement à la jouissance d'une justice substantielle. Cette lacune offre une opportunité à considérer pour le secteur de l'intérêt public. Les organisations d'intérêt public, lorsqu'elles interviennent en tant qu'amicus curiae à l'avenir, devraient étayer leurs arguments et aider les tribunaux à trouver les solutions les plus appropriées et les plus substantielles.

Lorsque la participation de l'amicus curiae est rejetée, la simple participation et l'activation réalisées par les organisations d'intérêt public, associées à un plaidoyer et à une campagne médiatique, peuvent encore donner des résultats probants, comme on l'a vu dans l'affaire *Ministre de la Santé contre Treatment Action Campaign*.³³ Cette affaire est un bon exemple de cas où le litige n'a été utilisé que comme une partie de la stratégie de la TAC pour aborder la politique du gouvernement sur la prévention de la transmission du virus VIH de la mère à l'enfant. Dans ce cas, l'effet de levier politique était plus important que le jugement lui-même. La TAC a par la suite utilisé cette

³⁰ Note 284 ci-dessus, paragraphe 39.

³¹ Ibid paragraphes 26 et 26.

³² C Mbazira "Grootboom : A paradigm of individual remedies versus reasonable programmes " (2011) 26(1) *Southern African Public Law* 60, 80.

³³ Note 280 ci-dessus.

affaire comme un outil de lobbying face à la mise en œuvre tardive du jugement par le gouvernement. En ce sens, le jugement a été utilisé pour promouvoir des changements de politique de santé pour les personnes précédemment défavorisées et une réforme institutionnelle bien après que le jugement ait été rendu. L'utilisation de la pratique de l'*amicus curiae* par les organisations d'intérêt public doit être couplée à des activités de plaidoyer et de recherche. Une campagne médiatique efficace peut avoir pour résultat de gagner l'affaire "en dehors de la salle d'audience" et dans le cœur du public, ce qui permet finalement d'obtenir une justice substantielle.

La participation d'*amicus curiae* dans les affaires pénales n'a pas toujours été encouragée en Afrique du Sud. Spies traite de l'intervention de l'*amicus curiae* dans les affaires pénales dans un article évaluant l'affaire *S v Zuma* en 2006.³⁴ Dans cette affaire, CALS, le Centre for the Study of Violence and Reconciliation (CSVR) et le Tshwaranang Legal Advocacy Centre (TLAC) ont déposé une demande d'intervention en tant qu'*amici curiae*.³⁵ Dans cette affaire, la plaignante, Khwezi, et l'accusé, Zuma, étaient des amis de la famille et lors d'une visite de nuit au domicile de Zuma, Khwezi aurait été violée par Zuma.³⁶ Zuma a plaidé non coupable à l'accusation, admettant que lui et Khwezi ont eu des rapports sexuels, mais affirmant que ces rapports étaient consensuels.

Selon Spies, la principale question posée au tribunal était de savoir s'il y avait eu consentement à la relation sexuelle.³⁷ Après le témoignage de Khwezi, l'équipe de défense de Zuma a introduit une demande de contre-interrogatoire de Khwezi sur son histoire sexuelle passée et de présentation de preuves à ce sujet. La Haute Cour a accédé à cette demande en indiquant qu'elle motiverait sa décision ultérieurement. Après que l'État a clos son dossier, CALS, CSVR et TLAC ont déposé une demande d'intervention en tant qu'*amici curiae*. Selon Spies, ces organisations, après avoir reçu l'autorisation de participer à la procédure en tant qu'*amici curiae*, ont été confrontées à un choix stratégique difficile sur la façon dont elles allaient formuler leurs arguments pour équilibrer les questions individuelles et plus larges de l'affaire.³⁸ Dans leur demande d'admission, ils ont déclaré qu'ils intervenaient non seulement dans leur propre intérêt, mais aussi dans l'intérêt de la communauté, qui comprenait des femmes et des enfants victimes de violences sexuelles. Les *amici curiae* ont fait valoir que l'affaire soulevait d'importantes questions constitutionnelles qui allaient au cœur de la jouissance des droits constitutionnels des femmes et que leur participation "permettrait aux questions de fond d'importance sociale et juridique d'être correctement ventilées dans l'intérêt d'un procès équitable et garantirait également l'utilisation des processus de common law d'une manière compatible avec les principes constitutionnels".³⁹ Les *amici curiae*

³⁴ A Spies 'Reconsidering the *amicus curiae* participation in *S v Zuma* : Lessons for future participation " (2015) 28 *SA J of Criminal Justice* 59.

³⁵ Ibid note 6 ci-dessus. Avis de motion dans la demande conjointe de TLAC, CALS et CSVR d'être admis comme *amici curiae*, numéro de dossier CC321/05.

³⁶ *S v Zuma* supra (n14) faits tels que décrits dans la note d'en tête.

³⁷ Spies (note 291 ci-dessus).

³⁸ Ibid., p. 66.

³⁹ Ibid., p. 66.

ont soutenu que les preuves du contexte social qu'ils apporteraient placeraient la Haute Cour dans une meilleure position pour prendre une décision "sûre de ses conséquences sociales".⁴⁰

Finalement, la Haute Cour a rejeté la demande d'admission de l'amici curiae. Le juge a répondu à l'amici curiae dans son jugement final où il a déclaré que : Les gens ont commenté le jugement sans avoir été au tribunal ou sans rien savoir du contenu de la demande ou des dispositions de l'article 227 de la loi".⁴¹ Pour Spies, il est clair que le juge a considéré les observations et la participation prévue des amici curiae comme une attaque personnelle contre son intégrité judiciaire et que l'objectif de la participation a été mal interprété par les amici curiae dans leurs observations.

Depuis cette affaire, la participation de l'amicus curiae aux procès pénaux n'a pas été exploitée au maximum de son potentiel. Il s'agit d'une lacune qui devrait être explorée par les organisations d'intérêt public pour inciter les tribunaux pénaux à ouvrir un espace pour la participation de l'amicus curiae.

6. Conclusion

Le développement de la pratique de l'amicus curiae en Afrique du Sud, notamment au sein de la Cour constitutionnelle, présente une collection impressionnante d'affaires concernant l'avancement des droits socio-économiques et de la justice de genre. On peut dire que les organisations d'intérêt public en Afrique du Sud abordent le contentieux stratégique dans une perspective de mobilisation juridique. Cette approche ne consiste pas seulement à soutenir les victimes/survivants dans leurs efforts pour obtenir réparation en leur fournissant des ressources juridiques financières et techniques, mais aussi à participer activement à la définition sociale des problèmes.⁴² L'amicus curiae joue le rôle important d'informer les juges sur une question et de les encourager à se sentir plus à l'aise face à l'ampleur du problème et/ou à s'identifier aux victimes/survivants.⁴³

Les réalistes du droit observent à juste titre que, bien que la pratique de l'amicus a donné lieu à de nombreuses victoires, l'effet des jugements progressistes n'a pas atteint les personnes sur le terrain confrontées aux violations. Pour que les litiges d'intérêt public créent un changement social, il faut faire davantage pour renforcer les recours et les structurer de manière à garantir un changement substantiel. Les campagnes médiatiques sont un outil essentiel pour sensibiliser, éduquer et responsabiliser les communautés à travers le pays, les stations de radio locales et autres médias locaux doivent être engagés pour assurer un impact maximal. Il est essentiel de traduire les jugements dans différentes langues mais aussi en outils significatifs que les gens peuvent utiliser pour faire valoir leurs droits.

⁴⁰ Ibid., p. 66

⁴¹ Criminal Procedure Act, 1977.

⁴² WK Taylor 'Creating A Sense of Obligation : Legal Mobilization For Social Rights' (Dissertation, Cornwell University 2019) 252.

⁴³ Ibid.

PROFILS DES AUTEURS



ARIANNE GOUEM (BURKINA FASO)

Arianne est avocate en litige stratégique et membre du Barreau du Burkina Faso et du Barreau du Québec. Elle a également développé une grande expertise dans la promotion des droits humains, notamment ceux des femmes, la démocratie et la bonne gouvernance, le genre et le développement durable, et assiste plusieurs organisations internationales dans ces domaines. Arienne milite pour l'amélioration de la condition féminine et la promotion des droits des femmes. A cette fin, elle s'intéresse au contentieux stratégique dans le but d'accélérer le respect des instruments régionaux et internationaux de promotion des droits des femmes. Elle se bat aux côtés de plusieurs organisations et associations nationales et internationales pour mettre fin aux prétextes utilisés pour maintenir les inégalités.



ANNICK IMBOUA-NIAVA (BURKINA FASO)

Annick est une avocate de Côte d'Ivoire qui exerce depuis 2001. Elle travaille actuellement avec le GEPALEF, dont l'objectif est de lutter contre la violation des droits des femmes et l'autonomisation des femmes, en tant que juriste spécialisée dans les litiges stratégiques. En tant qu'ancienne membre de l'association ivoirienne des femmes juristes, elle est très consciente de la forte influence que le contentieux stratégique peut avoir en Côte d'Ivoire. Annick est titulaire d'un LLM de l'Université de Pittsburgh en transactions commerciales internationales. Elle est très intéressée par les litiges stratégiques axés sur les droits des femmes et est membre du Zonta Club d'Abidjan dont le but est de promouvoir les droits des femmes et des filles.

BEATRICE KAYAGA (UGANDA)

Beatrice est avocate spécialisée dans les droits de l'homme au sein de la Women's Probono Initiative en Ouganda, où elle mène des actions de plaidoyer sur les litiges d'impact pour les femmes et les filles indigentes. Elle a entrepris diverses enquêtes sur les violations des droits de l'homme, telles que les violences sexuelles subies par les personnes souffrant d'un handicap mental dans le district de Gulu. Beatrice a traité des cas de violence domestique, de trafic d'êtres humains, de mariages d'enfants et de violence sexuelle. Elle a dirigé des chirurgies de litige où des avocats partageant les mêmes idées se mettent d'accord sur les questions à traiter et développent un plan de plaidoyer pour le litige. Elle s'intéresse aux droits de l'homme et au plaidoyer, en particulier aux droits des femmes et des enfants, au militantisme pour les groupes marginalisés, aux droits en matière de santé sexuelle et reproductive, aux droits économiques et à la résolution des conflits.



EMILY KINAMA (KENYA)

Emily est une avocate de la Haute Cour du Kenya, titulaire d'un LLB et d'un LLM de l'Université de Pretoria et d'un diplôme de troisième cycle de la Kenya School of Law. Elle est conseillère en litige et en recherche à l'Institut Katiba, où elle mène des litiges d'intérêt public, effectue des recherches et publie des articles sur les questions constitutionnelles et les droits de l'homme. Emily a travaillé en tant qu'assistante de recherche auprès des juges de la Cour suprême du Kenya et de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud ; elle a été associée universitaire à la faculté de droit de l'université de Pretoria et chargée de cours à la faculté de droit de l'African Nazarene University ; elle a également fait partie du comité des litiges d'intérêt public et de l'aide juridique de la Law Society of Kenya.





BASETSANA KOITSIOE (AFRIQUE DU SUD)

Basetsana est une avocate spécialisée dans les droits de l'homme et une militante dévouée au Centre for Applied Legal Studies (CALS). Elle est spécialisée dans le droit de la justice pour les femmes et se concentre sur la violence fondée sur le genre, en particulier les traumatismes et la violence structurelle auxquels les personnes sont confrontées lorsqu'elles sont laissées pour compte par les systèmes qui sont censés les protéger. Elle travaille sur la démocratie domestique, foncière et rurale, en se concentrant sur la protection progressive des droits socio-économiques, en veillant à ce que ces droits soient réalisés par l'État ; elle fournit des conseils juridiques et entreprend des actions en justice au nom des communautés et des organisations de la société civile, conformément à la stratégie et aux priorités de CALS en matière de litiges, afin de parvenir à un changement stratégique et à une amélioration des pratiques. Basetsana est titulaire d'un BA en sciences politiques et en littérature anglaise et d'un LLB de l'université de Witwatersrand.



KUMVANA MLUMBE MTUKULE (MALAWI)

Kumvana est une avocate spécialisée dans les droits de l'homme et conseillère interne au Women's Legal Resources Centre (WOLREC) au Malawi. Kumvana plaide pour les femmes victimes de violences sexistes, de saisies illégales de terres, de biens et de successions. Kumvana forme des parajuristes communautaires pour ancrer l'autonomisation socio-économique et la justice de genre dans les structures sociales et de gouvernance au niveau communautaire. Kumvana est également responsable d'un projet qui travaille avec les petits exploitants agricoles de l'industrie du thé, afin de leur donner les moyens d'agir pour obtenir de meilleures conditions. Kumvana est également conférencière invitée à l'Université polytechnique du Malawi, où elle donne un module sur les droits de l'homme, le bien-être et le genre dans le cadre d'un cours de planification physique de dernière année.

KAGO RAPULA MOKOTEDI (BOTSWANA)

Kago a obtenu son LLB à l'Université du Botswana et a poursuivi ses études pour obtenir son LLM en 2015 à l'Université de Pretoria. Il est admis comme avocat en exercice au Botswana. Il était auparavant employé en tant que directeur exécutif de l'Institute of Labour and Employment Studies (ILES) au Botswana, spécialisé dans la formation en droit du travail et de l'emploi. Il est chargé de cours de droit à l'université du Botswana. Ses domaines d'intérêt sont les droits de l'homme, le droit constitutionnel et le droit du travail.



ISABELLA MWANGI (KENYA)

Isabella est une féministe qui a plus de sept ans d'expérience dans le domaine des droits des enfants et des femmes. Isabella est titulaire d'un LLB de l'Université de Nairobi et s'intéresse aux litiges stratégiques avec une orientation féministe. Elle a présidé le réseau de violence basée sur le genre (VBG) du comté de Kilifi (2015-2017), où elle a plaidé pour des mécanismes adéquats de signalement et d'orientation des violations vers les structures juridiques à des fins d'accès à la justice ; et a joué un rôle clé dans le renforcement des capacités des membres sur les lois et politiques liées à la VBG, a tenu des réunions consultatives avec les principales parties prenantes, y compris le développement des termes de référence pour Kilifi GBV, groupe de travail technique.



VIVIAN MWENDE WAMBUA (KENYA)

Vivian est avocate à la Haute Cour du Kenya, formée à la plaidoirie par Justice Advocacy Africa (JAA) et diplômée de Jomo Kenyatta University of Agriculture and Technology (JKUAT) avec un diplôme d'études supérieures de la Kenya School of Law. Elle est également une médiatrice certifiée formée par le Mediation Training Institute (MTI). Vivian est conseillère juridique au bureau de FIDA-Kenya à Nairobi. Elle est passionnée par les droits des femmes et des filles, et plus particulièrement par l'utilisation de la loi pour lutter contre les inégalités



structurelles et la discrimination sexuelle. Vivian est une avocate plaidante ayant une expérience juridique dans des domaines tels que le droit de la famille, les droits en matière de santé reproductive, les successions et les droits fonciers des femmes.



VALENTINE NYOKABI NJOGU (KENYA)

Valentine est la conseillère juridique du Kenya Legal and Ethical Issues Network on HIV and Aids (KELIN). Avocate à la Haute Cour du Kenya, elle est titulaire d'une maîtrise en droit des droits de l'homme de l'Université d'Europe centrale (Budapest), d'une maîtrise en administration des affaires (gestion des ressources humaines) de l'Université Daystar (Nairobi) et d'une licence en droit de l'Université catholique d'Afrique orientale (Nairobi). Elle possède dix ans d'expérience professionnelle, acquise dans le cadre de ses fonctions précédentes en tant que chercheuse juridique au sein de la magistrature kenyane, chargée de cours à la Kenya School of Law et en pratique privé.



VINCENT ONIGA (NIGERIA)

Vincent est un juriste qui a plus de dix ans d'expérience dans la gouvernance des coopératives, les litiges et la résolution des conflits au Nigeria. Il prépare actuellement un master en droit et politique de l'environnement à l'université du Cap, en Afrique du Sud.

ABIGAIL OSIKI (NIGERIA)

Abigail est actuellement chargée de cours au département de droit commercial et du travail de l'Université de Western Cape (UWC), en Afrique du Sud. Elle est également associée de recherche au Centre for Transformative Regulation of Work, UWC, Cape Town. Les recherches d'Abigail portent sur la pauvreté des travailleurs, le développement durable et la réforme des politiques, avec un intérêt particulier pour l'économie informelle en Afrique subsaharienne. Elle a récemment terminé une bourse de recherche post-doctorale avec le Fairwork Project. Elle est titulaire d'un doctorat en droit du travail de l'Université de Cape Town.



SIBONGILE NDASHE

Sibongile est la directrice exécutive de l'Initiative for Strategic Litigation in Africa (ISLA). Elle a fondé l'organisation en 2014. Sibongile a étudié le droit à l'université de Western Cape et a ensuite commencé sa carrière juridique en 1999 en tant qu'employée au Centre de ressources juridiques, avant de rejoindre la Cour constitutionnelle sud-africaine en tant qu'employée de recherche. Son expérience en tant que chargée de recherche lui a fait prendre conscience qu'elle voulait gagner sa vie en essayant de combler le fossé entre ce qui existe et ce qui devrait exister. En 2002, Sibongile a rejoint le Women's Legal Centre (WLC), en Afrique du Sud, en tant qu'avocate principale pour le travail de l'organisation sur les droits de propriété des femmes et l'accès aux ressources. Ce travail visait à étendre la protection des femmes en utilisant ce qui était alors une nouvelle Constitution. Les litiges, la réforme du droit et l'éducation du public étaient quelques-unes des activités principales de son portefeuille. Parmi ses principales réalisations, citons les soumissions parlementaires sur le projet de loi-cadre sur le leadership traditionnel et la gouvernance et le projet de loi sur les droits fonciers communaux, la collaboration avec la Commission de réforme législative sur le projet de loi sur les mariages islamiques et l'affaire *Hassam v Hassam* qui a conduit à l'élaboration de la loi sur les successions ab intestat afin de protéger les mariages polygames comme le



prévoit le protocole de Maputo. En 2007, Sibongile a rejoint le Centre international pour la protection des droits de l'homme (INTERIGHTS), au Royaume-Uni, en tant qu'avocate principale pour l'égalité en Afrique. Elle s'est concentrée sur les litiges relatifs aux droits sexuels et aux droits humains des femmes et a notamment plaidé la première affaire relative aux droits des femmes devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Al-Kheir and others v Egypt*. Elle a acquis une vue d'ensemble de la manière dont le droit et les tribunaux en particulier peuvent être utilisés pour faire progresser les droits humains des femmes et des personnes dont les droits sont violés sur la base de l'orientation sexuelle, de l'identité et de l'expression de genre sur le continent. Le travail de Sibongile est axé sur le développement de la jurisprudence en matière de genre et de sexualité, devant le système africain des droits de l'homme et les tribunaux nationaux. Grâce à son travail, elle alimente un groupe d'avocates féministes spécialisées dans les questions de genre et de sexualité, tout en donnant aux mouvements sociaux les moyens juridiques de prendre des décisions en matière de litiges. Elle écrit, enseigne, conçoit et met en œuvre des programmes de renforcement des capacités en matière de litiges stratégiques pour les avocats et les mouvements sociaux.



RUTH NEKURA

Ruth est une avocate spécialisée dans les droits de l'homme et une chercheuse socio-juridique. Elle a dix ans d'expérience dans le domaine de l'égalité des sexes et des droits des femmes, en particulier dans la réforme des lois et des politiques, le plaidoyer et la mise en œuvre de programmes. Son travail consiste à effectuer des analyses de genre des lois et des pratiques de mise en œuvre. Elle se passionne pour l'accès à la justice et s'appuie sur des analyses tant structurelles qu'individuelles pour remettre en cause les inégalités systémiques et réimaginer les moyens de surmonter les obstacles à l'accès des femmes à la justice. Elle est avocate à la Haute Cour du Kenya et détient un LLM (droit des droits de l'homme) et un doctorat (en droit public) de l'Université du Cap.

Sa recherche doctorale a utilisé une approche féministe des droits de l'homme pour évaluer le respect de la responsabilité de l'État d'agir avec la diligence requise pour prévenir et répondre efficacement à la violence contre les femmes et les filles, par la mise en œuvre d'approches multisectorielles (guichets uniques) qui intègrent des services sanitaires, juridiques et psychosociaux pour soutenir les victimes de violences sexuelles au Kenya et en Afrique du Sud, comparativement. Elle a précédemment travaillé avec la Coalition on Violence Against Women (COVAW), la Kenya Law Reform Commission et le Centre for Law and Society (UCT).

Elle a apporté son expertise technique à diverses autres organisations et initiatives à différents niveaux, qu'il s'agisse de soutenir des mouvements sociaux à la base ou des organisations non gouvernementales nationales et internationales, comme l'Organisation mondiale de la santé (OMS), Womankind Worldwide, le Kenya Network of Organisations Working on the Rights of Women/ Girls with Disabilities, l'American Jewish World Service (AJWS), la Fédération internationale de la Croix-Rouge et ONU Femmes - Kenya.

Ruth est membre du groupe d'experts (IPE) de l'Initiative for Strategic Litigation (ISLA) et est actuellement engagée par ISLA dans le cadre d'une consultation à long terme en tant que directrice juridique.

ISBN 978-1-0000000-0-0



**INITIATIVE FOR STRATEGIC
LITIGATION IN AFRICA**

5th Floor | Marble Towers
208 - 211 Rahima Moosa Street
Johannesburg | 2000 | South Africa

Email: info@the-isla.org

Tel: +27 11 338 9014 / 9024 / 9028

Fax: +27 11 338 9029

www.the-isla.org