

Dialogue entre le droit civil des contrats et un droit traditionnel africain : essai sur le *Nsountee* dans la communauté *Ngombale* de l'Ouest-Cameroun

Eric Fokou and André Bélanger

Volume 52, Number 1, 2022

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1090692ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1090692ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Fokou, E. & Bélanger, A. (2022). Dialogue entre le droit civil des contrats et un droit traditionnel africain : essai sur le *Nsountee* dans la communauté *Ngombale* de l'Ouest-Cameroun. *Revue générale de droit*, 52(1), 103–150. <https://doi.org/10.7202/1090692ar>

Article abstract

This preliminary study on the Nsountee in the Ngombale community of West Cameroon, as an essay in the theory of literature, constitutes an unfinished project that is part of a global study of the concepts of contract and law in indigenous laws here and elsewhere. It aims to highlight the richness of the possibilities available to the law as intercultural phenomenon. By considering a natural and spontaneous law, specific to the practice of Nsountee, we try to mitigate the rigour of the rules of civil law to establishing a dialogue between various juridical discourses developing in contract law. This leads to the idea of contract as a social artefact. Therefore, the question for jurists would be to establish whether a recourse to an exotic law (oral law, indigenous law, non-civil law) can contribute to enriching our understanding of the contract in civil law. We consider here a possibility of its enrichment by indigenous law which is being rehabilitated in a postcolonial context of interculturality and normative pluralism. We rely on the fact that the invisibilization, delegitimization or illegalization of indigenous laws, for a long time decreed as not in force (non-law, anti-law, infra-law) by the dominant legal order, the positive state law inherited from colonization, is gradually giving way to a pacific coexistence. As a postcolonial or critical legal study (legal narrativism), the essay also “tries” to tell the story of a traditional African contract law and provoke reflection on the contractual dogma of modern law.

Dialogue entre le droit civil des contrats et un droit traditionnel africain : essai sur le *Nsountee* dans la communauté *Ngombale* de l'Ouest-Cameroun

ERIC FOKOU* ET ANDRÉ BÉLANGER** ***

RÉSUMÉ

Cette présentation du Nsountee dans la communauté Ngombale de l'Ouest-Cameroun a pour but de souligner la richesse des possibilités interculturelles qui s'offrent au droit. Par la prise en compte d'un droit naturel, droit spontané propre aux normes du Nsountee, nous tentons de nuancer la rigueur des règles du droit civil, droit édicté, tout en contribuant, éventuellement, à établir une forme de dialogue entre les divers discours qui se manifestent en droit des contrats. Ce qui nous ramène à l'idée de contrat à titre d'artéfact social. La question pour les juristes, in fine, serait donc d'établir si le recours à un champ d'études exotiques (droit oral, droit autochtone, non civiliste) peut aider à enrichir notre compréhension du contrat en droit civil et à quelles fins? Nous envisageons ici une possibilité de son enrichissement par le droit

* Eric Fokou est candidat au doctorat, Université Laval et Université de Nantes.

** André Bélanger est professeur à la Section de droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

*** Le mot en N apparaît dans ce texte. Les co-auteurs reconnaissent que l'utilisation de ce mot en N est des plus délicates à l'époque contemporaine et précisent que cette utilisation se justifie ici uniquement en raison du contexte historique et colonial auquel il est fait référence. Par ailleurs, l'introduction du présent texte y apporte des précisions critiques.

Les coauteurs tiennent à remercier Sa Majesté le chef supérieur des Bamessingue, Jean Teigni Detio (sénateur des Bamboutos, ex-président de l'Association des chefs traditionnels des Bamboutos et membre du Centre international de recherche et de documentation sur les traditions et langues africaines), M^e M'bohoul Georges (avocat au Barreau du Cameroun, secrétaire général de l'Association pour le développement de Babadjou et président du Comité de développement de King Place), M^e Emerand Yemene Tchouata (Ph. D., avocat au Barreau de Lille), Guy Armel Tamkam Silatchom (Professeur agrégé, Université de Douala), Aimé Christel Mballa Eloundou (Ph. D., Université de Yaoundé), Christian Serge Ekani (Université Laval), Sylvestre Lapa (Institut national de la statistique), ainsi que tous les patriarches, matriarches et membres de la communauté *Ngombale* pour les différents échanges et commentaires formulés sur des versions antérieures de ce texte, et qui ont contribué à enrichir cette réflexion. Nous remercions également les évaluateur-trices anonymes et la direction de la *Revue générale de droit* pour la rigueur de l'ensemble du processus d'édition.

autochtone en cours de réhabilitation dans un contexte postcolonial d'interculturalité et de pluralisme normatif. Nous prenons acte du fait que l'invisibilisation, la délégitimation ou l'illégalisation des droits autochtones, pendant longtemps décrétés comme non en vigueur (non-droit, anti-droit, infra-droit) par l'ordre juridique dominant, en l'occurrence le droit positif étatique hérité de la colonisation, cèdent peu à peu la place à une forme de coexistence plus ou moins conflictuelle. À cet égard, la présente étude sur le Nsountee est un essai au sens littéraire qui, en plus de raconter l'histoire d'un droit traditionnel africain des contrats, « essaie » de susciter la réflexion autour d'une remise en cause de la dogmatique contractuelle du droit dit moderne.

MOTS-CLÉS :

Droit, coutume, contrat, Nsountee.

ABSTRACT

This preliminary study on the Nsountee in the Ngombale community of West Cameroon, as an essay in the theory of literature, constitutes an unfinished project that is part of a global study of the concepts of contract and law in indigenous laws here and elsewhere. It aims to highlight the richness of the possibilities available to the law as intercultural phenomenon. By considering a natural and spontaneous law, specific to the practice of Nsountee, we try to mitigate the rigour of the rules of civil law to establishing a dialogue between various juridical discourses developing in contract law. This leads to the idea of contract as a social artefact. Therefore, the question for jurists would be to establish whether a recourse to an exotic law (oral law, indigenous law, non-civil law) can contribute to enriching our understanding of the contract in civil law. We consider here a possibility of its enrichment by indigenous law which is being rehabilitated in a postcolonial context of interculturality and normative pluralism. We rely on the fact that the invisibilization, delegitimization or illegalization of indigenous laws, for a long time decreed as not in force (non-law, anti-law, infra-law) by the dominant legal order, the positive state law inherited from colonization, is gradually giving way to a pacific coexistence. As a postcolonial or critical legal study (legal narrativism), the essay also "tries" to tell the story of a traditional African contract law and provoke reflection on the contractual dogma of modern law.

KEYWORDS:

Law, custom, contract, Nsountee.

SOMMAIRE

Introduction: comment raconter l'histoire d'un droit traditionnel africain des contrats?	106
I. Le <i>Nsountee</i> chez les <i>Ngombale</i>	113
A. Mise en contexte sociohistorique	113
B. Le <i>Nsountee</i> à titre de contrat	117
II. «Connaître contre et outre» la conception occidentale du contrat et du droit	125
A. Le contraste avec la justice contractuelle	125
B. Le <i>Nsountee</i> et la crise du droit moderne en Afrique	135
Conclusion: déconstruire et reconstruire l'objet-droit et contrat	148

Devant l'Europe, le Droit nègre a de grands torts. [...] Loin d'être prélogique, il inclut toute la logique du droit européen primitif. Loin de se trouver diffus jusqu'à l'inconnaissable, comme le droit européen moderne, le Droit nègre possède de l'essentiel, de l'humain, du clair, de l'ontologique comme le nôtre ferait bien d'en avoir de nouveau¹.

Le droit nègre forme un corps de droit complet. Les clans nègres possèdent la connaissance vivante de leur droit par la tradition doctrinale et les exemples de jurisprudence, mais ils n'en possèdent pas la science; par une déduction complète et purement logique de l'exposé, nul Nègre ne vous le fera connaître. [...]. [n]ul Nègre ne connaît toutes les coutumes de son clan, nul clan ne pratique toutes les coutumes de sa tribu².

Depuis trois siècles, [...] l'Occidental essaye d'apporter sa civilisation aux peuples de couleur. [...]. Civilisation prétentieuse, surtout en matière de droit, [...] on en a exagéré la portée en croyant les autres peuples démunis de tout. Et surtout a-t-on exagéré la valeur du droit classique moderne³.

1. Émile Possoz, «Le droit nègre» (1939) 2:5 *Æquatoria* 53 à la p 53.

2. Émile Possoz, «Principes de droit nègre» (1940) 3:4 *Æquatoria* 104 à la p 107.

3. Émile Possoz et René Philippe, «Le don du civilisateur» (1959) 22:4 *Æquatoria* 151 à la p 151.

INTRODUCTION : COMMENT RACONTER L'HISTOIRE D'UN DROIT TRADITIONNEL AFRICAIN DES CONTRATS?

Ces citations d'Émile Possoz, docteur en droit et magistrat sous l'administration coloniale belge au Congo, dont l'œuvre sur ce qu'il appela, par caricature, le « droit nègre » fut aussi immense que controversée⁴, sont une illustration de l'ambiguïté, voire des préjugés dont peut faire montre un juriste occidental ethnocentré à l'égard d'un droit autre que le sien, à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'un droit autochtone précolonial, souvent méconnu ou insaisissable en raison de ses sources orales et ancestrales.

Nous prenons ici au rebond les reproches qu'il fit, en 1940, aux « Nègres » de ne point connaître ni pratiquer *toutes* les coutumes de leur tribu, ni même d'être capables d'en faire un exposé logique. Comme si l'oralité était synonyme d'illogicité ou d'anti-systématicité. Comme si dans l'Antiquité et, à plus forte raison, dans la modernité ou la postmodernité marquée par l'inflation du droit, un citoyen ou même un *jurislateur* en Occident pouvait connaître et pratiquer toutes les lois et règlements de sa cité ou de son État. Comme si la quête de la systématité du droit, à jamais inaccessible, était désormais un projet achevé en Occident. Comme si l'on avait besoin du sceau de la « science » pour dire ou connaître le droit en tant qu'art du bon et du juste. Nous nous permettons dès lors une mise en garde en guise d'introduction : le texte qui suit revêt la forme d'un « essai », c'est-à-dire un contre-discours au sens épistémologique, et ses coauteurs l'assument pleinement dans sa perspective doctrinale⁵.

Au fait, qu'est-ce qu'un essai pour un théoricien du droit? Une question aussi étrangère au raisonnement du juriste peut paraître

4. Entre autres, Émile Possoz, « Essai d'interprétation des épreuves superstitieuses dans l'équateur » (1938) 1:5 *Æquatoria* 1; Émile Possoz, « Polygamie » (1939) 2:5 *Æquatoria* 49; Émile Possoz, « La morale nègre » (1939) 2:5 *Æquatoria* 54; Émile Possoz, « Droit nègre et religion » (1940) 3:5 *Æquatoria* 117; Émile Possoz, « De la langue dans les juridictions indigènes » (1940) 3:3 *Æquatoria* 95; Émile Possoz, « La question de la dot » (1940) 3:1 *Æquatoria* 23; Émile Possoz, « Sur la terminologie du "paternat" » (1941) 4:1 *Æquatoria* 15; Émile Possoz, « Dot-titre de mariage » (1941) 4:2 *Æquatoria* 27; Émile Possoz, *Éléments de droit coutumier nègre*, Elisabethville, Kafubu, 1942; Émile Possoz, « Étude de droit foncier » (1944) 3:4 *African Studies* 172.

5. Voir Pierre Glaudes, dir, *L'essai : métamorphose d'un genre*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2002; Pierre Glaudes et Jean-François Louette, *L'essai*, Paris, Armand Colin, 2011; François Dumont, *Approches de l'essai : anthologie*, Québec, Nota bene, 2003; Marielle Mace, *Le temps de l'essai : histoire d'un genre en France au XX^e siècle*, Paris, Belin, 2006.

impertinente au début d'un discours sur le droit. Pourtant, d'aucuns ont fait le constat que les juristes qualifient d'« essais » leurs discours sur le droit sans prendre la mesure de l'essai en tant que genre littéraire⁶. C'est ce qui nous contraint, avant de discourir sur le concept même de *Nsountee*, qui signifie à la fois le contrat juridique et le contrat social au sens de dire le Droit ou de rendre la justice, à présenter un tant soit peu ce qu'est l'essai en théorie de la littérature.

Étymologiquement, le terme « essai » provient du latin *exagium*, dérivant de *exigere* qui signifie *juger, examiner, peser, essayer*⁷. Un essai désigne alors un examen, un test, une épreuve, une tentative, voire une première production de l'esprit, au sens littéraire. Idéologiquement, un essai est un genre littéraire anticonformiste, voire un contre-discours littéraire ou semi-littéraire de nature « transtextuelle »⁸ qui ne prétend pas à l'exhaustivité⁹ et se prête à une réflexion libre et fragmentaire, de nature évolutionnaire et parfois révolutionnaire, généralement critique ou polémique, sur des questions de nature diverse : littéraire, philosophique, politique, ethnologique, historique, juridique, etc.

La subjectivité et l'argumentation en constituent les principes fondamentaux. L'argumentation réfère à une nécessaire objectivité, tandis que la subjectivité se traduit soit par l'usage d'une démarche a-méthodologique ou propre à l'auteur¹⁰, soit par l'expression de la vision du monde de celui-ci sous la forme du « je », qui cède souvent place au « nous » de l'inclusion, de la collectivité, ou au « on » de la neutralité¹¹. S'y ajoutent, d'une part, l'interprétation sous-jacente à la subjectivité, en tant que produit de l'expérience personnelle du

6. Nader Hakim, « L'essai dans la littérature juridique française du XIX^e siècle » dans Pierre Glaudes et Boris Lyon-Caen, dir, *Essai et essayisme en France au XIX^e siècle*, Paris, Garnier, 2014, 171.

7. Centre national de ressources textuelles et lexicales, « Outils et ressources pour un traitement optimisé de la langue », en ligne : [CNRTL <www.cnrtl.fr/definition/essai>](http://www.cnrtl.fr/definition/essai).

8. La transtextualité, du grec *palimpseste*, désigne tout ce qui met un texte en relation directe ou indirecte avec d'autres textes précédents ou contemporains. La théorie littéraire distingue, dans le sillage des travaux de Gérard Genette, cinq formes de transtextualité : l'intertextualité, la paratextualité, la métatextualité, l'hypertextualité et l'architextualité. Voir Gérard Genette, *Palimpsestes : la littérature au second degré*, Paris, Seuil, 1982.

9. Joseph Bonenfant, « La pensée inachevée de l'essai » (1972) 5:1 Études littéraires 15.

10. Vincent Ferré, « La saveur de l'essai : Proust et l'essai fictionnel » (2009) 2:158 Poétique 201 à la p 203.

11. Alors que la subjectivité peut aller de la fiction rationnelle à l'autofiction, l'argumentation est tributaire du positionnement de l'essayiste par rapport à son domaine du savoir. Voir Pascal Riendeau, « La rencontre du savoir et du soi dans l'essai » (2005) 37:1 Études littéraires 91.

sujet essayiste et, d'autre part, la narration ou cohérence narrative inhérente à l'argumentation, à travers une mise en récit (*storytelling*) de l'histoire à raconter par l'essayiste en vue de convaincre son auditoire¹².

Au-delà de la narration de l'histoire du *Nsountee* dans la communauté *Ngombale*, cette étude préliminaire s'inscrit dans le cadre d'un vaste projet sur le droit autochtone, d'ici et d'ailleurs, et ses rapports existants ou possibles avec le droit dit moderne, le but étant de nourrir la réflexion et le questionnement sur le discours juridique du contrat, en contexte postcolonial. Celui-ci est marqué, en Afrique, par une crise multiforme de ce droit dit moderne dans sa coexistence plus ou moins conflictuelle avec le droit autochtone : crise de légitimité, crise de langage, crise d'effectivité et d'efficacité. De quoi s'agit-il? Est-ce du pluralisme normatif? Du droit comparé ou un dialogue entre les droits? Une sorte d'épistémologie du contrat? Dans la mesure où nous cherchons à inscrire cette réflexion dans la perspective plus générale de la remise en question du dogme contractuel de droit civil ou de droit occidental dit moderne, tel qu'il est circonscrit dans l'enseignement universitaire du juriste et dans sa pratique, tous les apports théoriques peuvent être mis à contribution. Il s'agit aussi de chercher à mieux « saisir la juridicité vivante ou à capter les représentations actuelles de traditions juridiques dont certaines sont aujourd'hui refoulées, mais encore fortement ancrées dans la conscience des peuples concernés »¹³.

La présentation du *Nsountee* souligne ainsi la richesse des possibilités qui s'offrent au droit entre « un positivisme aliéné et un positivisme créatif »¹⁴. Puisque la logique déductive propre aux règles de droit civil des contrats ne peut plus être appliquée — et qu'on ne cherche pas, d'ailleurs, à appliquer —, notre discours emprunte à un « positivisme critique »¹⁵, qui nous situe hors de la querelle opposant les tenants du droit positif et ceux du droit naturel afin d'enrichir l'herméneutique

12. Voir René Audet, « Tectonique essayistique. Raconter le lieu dans l'essai contemporain » (2005) 37:1 *Études littéraires* 119.

13. Ghislain Otis et al, « Introduction générale: l'étude des systèmes juridiques autochtones et ses enjeux » dans Ghislain Otis, dir, *Contributions à l'étude des systèmes juridiques autochtones et coutumiers*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2018, 1 à la p 1.

14. Margarida Garcia, « Droit, aliénation et créativité » (2020) 61:3 *C de D* 647 à la p 677.

15. Le positivisme critique est « une critique de la légalité sans revenir pour autant aux positions du droit naturel »: François Ewald, « Pour un positivisme critique: Michel Foucault et la philosophie du droit » (1986), 3 *Droits* 137 à la p 137. Voir aussi François Ewald, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986 aux pp 40-43.

du contrat. En somme, par la prise en compte d'un droit naturel propre aux normes du *Nsoutee*, nous tentons de nuancer la rigueur des règles du droit civil, tout en contribuant à établir une forme de dialogue entre les divers discours qui se manifestent en droit des contrats, ce qui nous ramène à l'idée de contrat comme artéfact social. La question, *in fine*, pour les juristes que nous sommes, serait donc de savoir si le recours à un champ d'études exotiques — droit oral, droit autochtone, non civiliste — peut aider à enrichir notre compréhension du contrat en droit civil et à quelles fins? L'importance du sujet est donc double : d'une part, donner voix à un droit qui vit et évolue « en marge des institutions »¹⁶ et, d'autre part, contribuer à l'évolution du discours juridique civiliste permettant de « repenser le contrat »¹⁷, alors que les crises théoriques, normatives et justificatives se perpétuent¹⁸. La première partie sera donc davantage descriptive afin de simplifier la présentation juridique du *Nsoutee*.

Pour ce faire, et parce que « l'essai procède pour ainsi dire d'une manière a-méthodique »¹⁹, la méthode, de *meta-odos*, qui n'est qu'un chemin vers la vérité et non la vérité, c'est-à-dire un moyen en vue d'une fin et non une fin en soi, doit pouvoir s'adapter aux faits, objets d'étude, et non l'inverse²⁰. La méthode ne devrait pas s'imposer *a priori* aux faits au risque de les falsifier²¹, mais se dessiner tout au long de la

16. Face à la persistance de systèmes juridiques se déployant en marge de ses institutions, ou devant la volonté de renouer avec ces systèmes, l'État a parfois adopté une posture moniste ou hégémonique qui consiste à nier, combattre ou assujettir ces systèmes aux diktats de la loi, au nom du développement ou de la cohésion nationale. Ghislain Otis et al, *supra* note 13 à la p 2.

17. Grégory Lewkowicz et Mikhail Xifaras, « Repenser le contrat : droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles » dans Gregory Lewkowicz, dir, *Repenser les contrats*, Paris, Dalloz, 2009, 1.

18. Henri Batiffol, « La "crise du contrat" et sa portée » (1968) 13 Archives de philosophie du droit 13; Christophe Jamin et Denis Mazeaud, dir, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003.

19. R Lane Kauffman, « La voie diagonale de l'essai : une méthode sans méthode » (1988) 143 Diogenes 68 à la p 81.

20. Voir Paul Stryckman, « De la méthode » (1996) 10 Communication et organisation au para 3, en ligne : OpenEdition Journals <journals.openedition.org/communicationorganisation/18667?lang=en>.

21. [L]a connaissance telle qu'elle est régulée par les méthodes d'objectivité aboutit à une perte de sens; la vérité profonde de l'objet disparaît dans le processus d'objectivation, parce que ce dernier vise à intégrer l'objet à un système rationnel (le monde tel qu'on peut le connaître scientifiquement), et que cette intégration élimine toutes les nuances que l'objet recèle dans son existence authentique.

Irène Langlet, *Les théories de l'essai littéraire dans la seconde moitié du XX^e siècle. Domaine franco-phonique, germanophone et anglophone : synthèses et enjeux*, Thèse de doctorat en littérature et civilisations comparées, Université de Rennes 2 Haute Bretagne, 1992 à la p 258.

recherche, qu'il s'agisse de l'observation, de l'expérimentation, de l'interprétation ou de la présentation des faits²². Ainsi, la méthode ne doit pas dénaturer l'objet-contrat observé dans la communauté *Ngombale*, en l'enfermant dans des classifications cartésiennes ou des catégories juridiques panoccidentales préétablies, telles que la négociation, la formation, l'exécution, l'inexécution et le contentieux. Celles-ci sont incapables de rendre fidèlement compte de la complexité ou de l'atypicité de la réalité locale ou du raisonnement juridique autochtone duquel se dégage, cependant, en filigrane, une incroyable intelligibilité. Loin de nous, toutefois, l'idée de verser dans une forme d'antiméthodologisme ou d'anarchisme méthodologique²³. Il s'agit plutôt d'« essayer » de raconter l'histoire d'un droit traditionnel africain des contrats dans une perspective narrative²⁴:

L'auteur « narrativiste » veut clairement « faire du droit » [...], mais il veut le faire en opérant une transgression formelle ayant des ramifications substantielles. Le genre littéraire, bien sûr, tranche avec ce à quoi sont habitués les juristes socialisés au positivisme, mais c'est surtout au plan substantiel que l'éclatement du style emporte une conséquence majeure, en l'occurrence le refus de s'en tenir à une argumentation analytique visant à démontrer la véracité des propositions mises de l'avant selon les règles du discours classique. Sans être exclu, ce type d'argumentation n'est jamais exclusif, ne représentant qu'une des pièces de la mosaïque discursive que cherche à créer l'auteur. Affirmation de la subjectivité éclairée de l'auteur (on le souhaite, du moins), refus du discours purement objectiviste,

22. Voir Catherine Mayor, « L'entreprise phénoménologique : des vrais et faux problèmes... » (2011) 10 *Recherches qualitatives* (hors série) 4 aux pp 14–15; Sylvie Morais, « Le chemin de la phénoménologie : une méthode vécue comme une expérience de chercheur » (2013) 15 *Recherches qualitatives* (hors série) 497.

23. Paul Feyerabend, *Contre la méthode : esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, 1^{re} éd, Paris, Seuil, 1980; Paul Feyerabend, *Science in a Free Society*, Londres, New Left Books, 1978.

24. Le narrativisme juridique ou *Legal Storytelling Movement* est un sous-courant critique du mouvement Droit et littérature qui a émergé aux États-Unis au sein de la *Critical Legal Studies* dans les années 70 et 80, en se portant à la défense des droits des minorités autochtones et raciales, d'où la *Critical Race Theory*, qui rapporte leurs histoires sous forme de récits dans le discours juridique, notamment devant les tribunaux ou dans les écrits universitaires. Voir Derrick J Bell, *Faces at the Bottom of the Well: The Permanence of Racism*, New York, Hachette Book Group, 1992; Patricia J Williams, *The Alchemy of Race and Rights*, Londres, Virago Press, 1993; Richard Delgado, *The Rodrigo Chronicles: Conversations About America and Race*, New York, New York University Press, 1995; Lambrini Papadopoulou, « Guerre et paix en droit et littérature » (1999) 42:1 *RIEJ* 181. Pour une critique du narrativisme juridique, voir Daniel A Farber et Suzanna Sherry, *Beyond All Reason: The Radical Assault on Truth in American Law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1997.

va-et-vient entre le personnel et l'universel, pluralisation des styles discursifs : voilà ce qui rappelle un genre littéraire particulier [...], l'essai²⁵.

Par conséquent, le plan du présent essai est d'une importance toute relative. Son objet d'étude ou idée-force n'est pas tant la présentation du droit que celle du concept de contrat, le *Nsoutee*, à travers lequel le droit transparait dans la communauté *Ngombale*. Notre démarche, en partie empirique, emprunte à l'expérience de la vie juridique et à la sérendipité²⁶. Elle a consisté essentiellement en l'observation, l'expérimentation, ou la discussion avec des membres de la communauté *Ngombale*, dont le chef Bamessingue, des patriarches, matriarches, notables et chefs de quartiers.

Certes, le chercheur occidental, partisan du méthodologisme ou de l'empirisme, pourra y voir une méthode par trop sommaire, mais il s'agit d'un choix méthodologique ou a-méthodologique assumé et orienté par des considérations autant épistémologiques que d'opportunité. D'abord, on exige rarement du juriste occidental, qui présente ses réflexions sur le droit civil ou la common law, de faire étalage de son outillage empirique. Ensuite, et nous l'avons déjà indiqué, notre discours sur le *Nsoutee* est un contre-discours de nature essayistique. Compte tenu du double caractère a-méthodologique et ascientifique de l'essai en tant que genre littéraire, on ne saurait nous reprocher de n'avoir pas versé dans une forme d'empirisme méthodologiste ou de totalitarisme empirico-scientifique. Toute approche empirique n'est cependant pas exclue, mais reste sujette à des considérations d'opportunité²⁷.

25. Jean-François Gaudreault-Desbiens, « De l'essai en droit, ou du droit à l'essai dans la doctrine? » (2010) 65:2 RIEJ 135 aux pp 138–139.

26. *Serendipity, in science, is the ability to discover, invent, create, or imagine a finding—a hypothesis, an explanation, a rule, a theory, a law—without deliberately having looked for it. This aptitude involves an ability to give a justifiable interpretation of unexpected, uncomprehensible, or unqualifiable facts with a given reference system.*

Danièle Bourcier et Pek van Aniel, *Serendipity and Abduction in Proofs, Presumptions and Emerging Laws* (2001) 22:5–6 Cardozo L Rev, 1605 à la p 1605; voir aussi, Pek van Aniel et Danièle Bourcier, *De la sérendipité dans la science, la technique, l'art et le droit : leçons de l'inattendu*, Paris, L'Act Mem, 2009; Danièle Bourcier, « Interprétation et abduction. La science du droit est-elle concernée par la sérendipité? » (1999) 42:1 RIEJ 125; Danièle Bourcier, « Régulation juridique, complexité et sérendipité : politiques publiques » dans Danièle Bourcier, Romain Boulet et Pierre Mazzega, dir, *Politiques publiques et systèmes complexes*, Paris, Hermann, 2012, 31.

27. C'est le lieu de rappeler qu'au-delà des multiples échanges sur le terrain et à distance que les coauteurs du présent article ont eus avec les membres de la communauté *Ngombale*, une ultime rencontre sur le terrain, aux fins d'une présentation-discussion des résultats de la

Les anciens, en leur qualité de « gardiens des traditions ou de la mémoire collective », sont considérés, dans la croyance populaire, comme les dépositaires, garants et savants du droit traditionnel. La prépondérance des anciens ou sages s'explique autant par l'ancestralité que par l'oralité du droit, lequel vit, survit et se transmet par la parole et les pratiques sociales, de génération en génération, des plus anciens aux plus jeunes. Cela ne signifie pas que les premiers créent le droit. Le droit, au-delà de sa dimension naturelle ou cosmique, reste une cocréation consensuelle à laquelle participent tous les membres de la communauté sociale²⁸.

C'est sans doute sous cet aspect — fondamental s'il en est! — que des liens entre le *Nsoutee* et le contrat civiliste pourraient être créés. Toutefois, cela nous oblige, en tant que juristes formés au droit occidental, à une réflexion sur l'ensemble des règles normatives propres au contrat. Il s'agit, somme toute, de chercher à « connaître contre et outre »²⁹ la conception occidentale du contrat et du droit (II). Et c'est à cela que peut servir la découverte des rapports de droit privé que permet le *Nsoutee* chez les *Ngombale* à travers un droit traditionnel autochtone qui rame souvent à contre-courant de la conception occidentale, en marge du droit en crise de l'État postcolonial qui en est issu (I). Une telle approche devrait-elle être taxée d'utopisme? Certes, vouloir à la fois contribuer à la décolonisation du droit et de la pensée juridique au Cameroun comme en Afrique, tout en revisitant les fondements du droit civil des contrats, est un pari ambitieux et peut-être

recherche à ce stade, devait se tenir au courant de juin 2020 avec les autorités traditionnelles des chefferies Bamessingue et Babadjou. Cependant, cette activité n'a pu avoir lieu en raison des restrictions de voyage et de regroupement du fait de la pandémie de la COVID-19, ce qui nous a contraint à revoir la formule de la présentation-discussion. Nous avons ainsi transmis les résultats de recherche par voie électronique au chef Bamessingue, qui nous a fait part de ses observations. Le tout jeune chef Babadjou étant encore en cours d'initiation à ses fonctions traditionnelles, M^e M'bohoul Georges, secrétaire général de l'Association pour le développement de Babadjou et avocat au Barreau du Cameroun, a fait une relecture. Ce n'est d'ailleurs que partie remise puisque la recherche empirique est censée se poursuivre avec la renormalisation à venir des conditions de recherche sur le terrain.

28. Voir Ghislain Otis, « La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement » (2018) 48:1 RGD 67.

29. « En fait, on connaît contre une connaissance antérieure, en détruisant des connaissances mal faites, en surmontant ce qui, dans l'esprit même, fait obstacle à la spiritualisation » : Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique : contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 12^e éd, Paris, Vrin, 1983 à la p 14; Langlet, *supra* note 21 aux pp 278 et s.

idéaliste. C'est un double projet qui restera « inachevé »³⁰ en fin de compte, mais qui doit être poursuivi justement pour cette raison, ailleurs comme en ces lignes.

I. LE *NSOUNTEE* CHEZ LES *NGOMBALE*

Il convient, au préalable, de présenter quelques traits caractéristiques de la communauté *Ngombale* (A) avant de nous pencher sur le *Nsountee* (B).

A. Mise en contexte sociohistorique

Les *Ngombale* sont une communauté linguistique de l'ethnie *bamileke*, issue des peuples bantous de l'Afrique subsaharienne, dont les ancêtres proviendraient de l'Égypte antique³¹. Aussi appelés les *Bafung* (*Nlaah Bafung*), ils peuplent une multitude de villages-chefferies qui s'étendent des Bamboutos dans la région ouest du Cameroun jusqu'à la Mezam dans la région nord-ouest³². Les *Ngombale* ont en commun une langue éponyme, le *ngombale* qui, de façon remarquable, signifie « ce que l'on veut dire ». Ils pratiquent une religion pluraliste à cheval entre le monothéisme, le polythéisme, l'animisme et le toté-

30. Maurice Kamto, « Le droit international et la décolonisation inachevée », Conférence organisée par l'Institut d'études internationales de Montréal, présentée à l'Université du Québec à Montréal, 7 février 2020. Voir aussi Jean-Pierre Peyroulou, *Atlas des décolonisations : une histoire inachevée*, Paris, Autrement, 2014.

31. Claude Tardits, *Contribution à l'étude des populations Bamiléké de l'Ouest Cameroun*, Paris, Berger-Levrault, 1960; Louis Perrois et Jean-Paul Notué, *Rois et sculpteurs de l'Ouest Cameroun. La panthère et la mygale*, Paris, Karthala-ORSTOM, 1997; Dieudonné Toukam, *Histoire et anthropologie du peuple bamiléké*, Paris, L'Harmattan, 2016. La grammaire de la langue *Ngombale* ne connaît pas d'accent sur les voyelles. Le mot « bamiléké » est un francisme ou barbarisme issu du français et, à ce titre, nous souhaitons conserver le mot « bamileke » sans accent lorsque c'est nous qui l'employons dans le présent texte.

32. Les villages-chefferies sont des regroupements de quartiers à la tête desquels se trouvent des chefs, généralement des princes et notables, agissant comme auxiliaires de l'administration publique depuis le Décret n° 77/245 du 15 juillet 1977 sur l'organisation des chefferies traditionnelles. Voir Cameroun, Bureau central des recensements et des études de population, *Répertoire actualisé des villages du Cameroun : troisième recensement général de la population et de l'habitat du Cameroun*, vol 4, t 7, 2005 aux pp 316, 323, 328 et 331; Jacques Champaud, *Villes et campagnes du Cameroun de l'ouest*, Paris, ORSTOM, 1983; *Dictionnaire des villages des Bamboutos*, Répertoire géographique du Cameroun, fasc n° 17, Centre ORSTOM de Yaoundé, juillet 1968, aux pp 9 et s; Claude-Hélène Perrot et François-Xavier Fauvelle-Aymar, dir, *Le retour des rois. Les autorités traditionnelles et l'État en Afrique contemporaine*, Paris, Karthala, 2003, spéc aux pp 315 et s; Charles Nach Mback, « La chefferie traditionnelle au Cameroun : ambiguïtés juridiques et dérives politiques » (2000) 25:3–4 *Afrique et développement* 77.

misme. Les populations croient en un dieu, le *Tseh*, incarné par les ancêtres à qui, selon des considérations d'opportunité et de capacité, ils vouent un culte (*feech tseh*)³³, « culte des crânes »³⁴. Parce qu'ils sont le siège de l'esprit qui survit à la mort du corps, les crânes dits *meh tou tseh* ou les « têtes des dieux », voire les « porte-parole des dieux », représentent par synecdoque les défunts autant que les dieux du clan³⁵. Leur fétichisation est le produit d'un long processus d'ancestralisation³⁶ qui fait corps avec la divinisation des morts, capables, selon la croyance populaire, d'influencer en mal ou en bien le cours de la vie des vivants³⁷. La religion, chez les *Ngombale*, comporte aussi la sacralisation de la nature ou de certaines espèces animales (zoolâtrie) et végétales (phytolâtrie), abritées dans des milieux naturels dits « lieux sacrés », auxquelles on attribue une fonction protectrice de la communauté³⁸. À ces formes de la religion autochtone, il faut ajouter le christianisme hérité de la colonisation. La société y est de type féodal avec une économie rudimentaire, essentiellement agropastorale³⁹, tournée vers la satisfaction des besoins primaires et le commerce avec les communautés voisines.

À l'image du pluralisme de la religion avec laquelle il va de pair, le « droit », ou sa sociogenèse dans la communauté *Ngombale*, est un paradoxe, constitué d'une pluralité de pratiques et réalités hétéroclites. Dans le contexte de la présente étude, le mot « droit » désigne l'ensemble des us et coutumes ou traditions, voire des mythes qui régissent la vie de la communauté, que l'on pourrait improprement appeler

33. Voir Henri Hubert, « Étude sommaire de la représentation du temps dans la religion et la magie » (1904) *Annuaire de l'École pratique des hautes études* 1 à la p 19.

34. Dieudonné Watio, *Le culte des ancêtres chez les Ngyemba (Ouest-Cameroun) et ses incidences pastorales*, Bamenda, Unique Printers, 1995; Charles-Henry Pradelles de Latour, *Le crâne qui parle*, 2^e éd, Paris, EPEL, 1997; Roger Kuipou, « Le culte des crânes chez les Bamiléké de l'ouest du Cameroun » (2015) 97 *Communications* 93.

35. Raymond Charlie Tamoufe Simo, *Ethnosociologie du corps dans les pratiques et les rituels chez les Bandjoun de l'ouest-Cameroun*, Paris, Connaissance et Savoirs, 2017.

36. Voir Marie-Lorraine Pradelles-Monod, « Sous la filiation : l'ancestralisation? » (2001) 1:63 *Cliniques méditerranéennes* 31.

37. Voir Robert Hertz, « Contribution à une étude sur la représentation collective de la mort » (1905–06) 10 *L'année sociologique* 48.

38. Michel Namé, « Le totémisme, un développement durable? » (2018) 11 *Esprit* 17.

39. Voir Yves Guillermou, « Organisations de producteurs et dynamiques paysannes dans l'Ouest-Cameroun » (2007) 2:222 *Afrique contemporaine* 251; Yan Rivière, *Paysages et agrofôrêts en pays Bamiléké (Ouest-Cameroun)*, Mémoire de stage, Université de Paris XII – Université de Dschang, 1999–2000.

« droit coutumier », « droit traditionnel » ou « droit précolonial »⁴⁰, par opposition au « droit colonial » ou droit occidental dit moderne dont le droit civil et la common law, hérités de la colonisation. Le droit colonial d'origine occidentale pénétra officiellement au Kamerun à partir du 12 juillet 1884 en vertu de l'*Accord germano-douala*⁴¹ aux termes duquel les chefs côtiers renoncèrent « totalement » à leurs « droits concernant la souveraineté, la législation et l'administration »⁴² de leur territoire en faveur des colons allemands. Ils soumièrent ainsi, sans trop le savoir, l'ensemble du pays au régime du droit civil allemand puisque l'Allemagne partira des côtes pour étendre, non sans résistance de la part des peuples autochtones de l'intérieur, son administration à l'arrière-pays qui n'était point une *terra nullius*, en vertu de la « doctrine

40. Voir Jean-Pierre Magnant, « Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine » (2004) 48:2 Dr et cult 167, en ligne: *OpenEdition Journals*: <journals.openedition.org/droitcultures/1775>.

41. Rodrigue Ngando Sandje, « Le Traité germano-douala du 12 juillet 1884: étude contemporaine sur la formation des contrats dans l'ordre juridique intemporel » (2016) 29:1 RQDI 131.

42. Entre autres traités (le *Traité anglo-douala* du 10 juin 1840, le *Traité anglo-douala* du 7 mai 1841 et le *Traité anglo-douala* du 29 avril 1852, tous relatifs à la cessation de la vente des esclaves; l'*Accord anglo-douala* du 13 décembre 1861 abolissant la pratique du meurtre par représailles, ou encore l'*Accord Akwa-Woermann* du 30 janvier 1883 relatif à la protection des biens et agents de la firme Woermann sur le rivage de la ville d'Akwa), le *Traité germano-douala* du 12 juillet 1884 fut l'aboutissement d'un long processus de contractualisation entre les firmes allemandes, notamment Woermann et Jantzen und Thormählen, et les rois Ndumbé Lobè Bell et Akwa Dika Mpondo de la côte camerounaise. On peut y lire, notamment:

Nous soussignés, rois et chefs du territoire nommé Cameroun, situé le long du fleuve Cameroun, entre les fleuves Bimbia au nord et Kwakwa au sud, et jusqu'au 4°10', degré de longitude Nord, avons aujourd'hui au cours d'une assemblée tenue en la factorerie allemande sur le rivage du roi Akwa, volontairement décidé que: Nous abandonnons totalement aujourd'hui nos droits concernant la souveraineté, la législation et l'administration de notre territoire à MM Edouard Schmidt, agissant pour le compte de la firme C Woermann, et Johannes Voss, agissant pour le compte de la firme Jantzen et Thormählen, tous deux à Hambourg, et commerçant depuis des années dans ces fleuves. Nous avons transféré nos droits de souveraineté, de législation et d'administration de notre territoire aux firmes susmentionnées avec les réserves suivantes: (1) Le territoire ne peut être cédé à une tierce personne. (2) Tous les traités d'amitié et de commerce qui ont été conclus avec d'autres Gouvernements étrangers doivent rester pleinement valables. (3) Les terrains cultivés par nous, et les emplacements sur lesquels se trouvent des villages, doivent rester la propriété des possesseurs actuels et de leurs descendants. (4) Les péages [impôt versé par les commerçants aux monarques locaux pour l'exploitation des terres] doivent être payés annuellement, comme par le passé, aux rois et aux chefs. (5) Pendant les premiers temps de l'établissement d'une administration ici, nos coutumes locales et nos usages doivent être respectés.

Jean-René Brutsch, « Les traités camerounais: recueillis, traduits et commentés » (1955) 47–48 *Études camerounaises* 9 à la p 36. Voir aussi Curt Von Morgen, *À travers le Cameroun du sud au nord: voyages et explorations dans l'arrière-pays de 1889 à 1891*, traduit par Philippe Laburthe-Tolra, Paris, Publications de la Sorbonne, 1982 aux pp 36–37.

de l'*Hinterland*»⁴³, adoptée implicitement lors de la conférence de Berlin qui s'est déroulée de novembre 1884 à février 1885⁴⁴. L'Allemagne administra ainsi le Kamerun sous le régime du protectorat de juillet 1884 à février 1916⁴⁵, date à laquelle elle sera vaincue et chassée du pays, pendant la Première Guerre mondiale, par la coalition franco-britannique⁴⁶.

Le Cameroun vécut alors sous le régime de l'annexion et devint un condominium franco-britannique (de 1916 à 1921), pour passer ensuite sous le mandat de la Société des Nations (de 1921 à 1945) et, enfin, sous la tutelle de l'Organisation des Nations Unies (de 1945 à 1960 pour le Cameroun francophone, et de 1945 à 1961 pour le Cameroun anglophone), dont la gestion fut confiée, en conséquence, à la France et à la Grande-Bretagne. C'est ainsi, dans ce concours de circonstances tragiques, que la communauté *Ngombale* fut d'abord soumise au droit civil allemand, puis, de façon simultanée, au droit civil français et à la common law, à la suite de la balkanisation du pays par l'*Accord Milner-Simon* du 10 juillet 1919. Cette situation eut pour conséquence de coïncider une partie de la communauté dans le Cameroun français ou la région francophone de l'ouest, et une autre, dans le Cameroun britannique ou la région anglophone du nord-ouest⁴⁷. Le fait juridique colonial fit donc de la communauté *Ngombale* un haut lieu de conflictualité des normes, voire d'expérimentation tant du plurilinguisme juridique que du pluralisme normatif, ce qui s'est poursuivi avec la décolonisation du Cameroun et la continuation de l'administration coloniale par l'État postcolonial.

43. La doctrine de l'*Hinterland*, à travers la notion de sphère d'influence, prévoyait que toute puissance coloniale installée sur la côte peut reculer ou étendre les frontières de sa colonie vers l'intérieur jusqu'à la rencontre d'une colonie d'une autre puissance coloniale ou d'un obstacle naturel.

44. Voir Kenneth Vignes, « Étude sur la rivalité d'influence entre les puissances européennes en Afrique équatoriale et occidentale depuis l'acte général de Berlin jusqu'au seuil du XX^e siècle » (1961) 48:170 *Revue française d'histoire d'outre-mer* 5.

45. Voir Karin Hausen, *Deutsche Kolonialherrschaft in Afrika. Wirtschaftsinteressen und Kolonialverwaltung in Kamerun vor 1914*, Zürich, Atlantis, 1970; Henri Brunschwig, « Un récent bilan historique de la colonisation allemande au Cameroun et en Afrique orientale » (1971) 58:210 *Revue française d'histoire d'outre-mer* 116.

46. Voir Franklin Eyelom, *Origines et circonstances immédiates du partage du Cameroun entre la France et l'Angleterre pendant la Première Guerre mondiale*, Thèse de doctorat en histoire, Université de Montréal, 1997.

47. Voir Joseph Tchinda Kenfo, *Colonisation, quêtes identitaires, pratiques élitistes et dynamiques socio-politiques dans les Bamboutos (Ouest-Cameroun), XIX^e-XX^e siècle*, Thèse de doctorat en histoire, Université de Yaoundé 1, 2016.

B. Le *Nsountee* à titre de contrat

Le concept de « droit », qui se trouve en filigrane de celui de « contrat », est connu sous le nom de *noohn nlaah*, ce qui, en langue *ngombale*, signifie littéralement « la norme fondamentale du village » ou « ce qui a fondé le village », voire « ce sur quoi repose le village dans sa façon d'être et de vivre »⁴⁸. Le droit, ici, est à la fois un *devoir être* et un *devoir vivre*, qui, dans l'espace territorial de la communauté, s'impose à ses membres et aux étrangers, d'où le principe de la territorialité du droit ou de la norme fondamentale.

Le concept de contrat y est connu sous le nom de « *Nsountee* », lequel signifie « arranger » ou « arrangement », « s'entendre » ou « entente », « s'accorder » ou « accord », « convenir » ou « convention », « contracter » ou « contrat ». Comme dans plusieurs des langues autochtones, le verbe a la même consonance et la même signification que le nom dérivé⁴⁹. Le *Nsountee* signifie ainsi à la fois l'action de contracter et le fait accompli par l'action de contracter ou son résultat, c'est-à-dire le contrat lui-même. Le *Nsountee* précise toujours l'objet du contrat ou la chose sur laquelle il porte. C'est l'engagement à cette chose qui forme le contrat et définit sa conception dans la communauté *Ngombale*, comme dans l'ensemble des communautés voisines en pays *bamileke*.

Le *Nsountee* est une norme, voire une métanorme, ou une institution fondamentale dans la communauté *Ngombale*. En plus de désigner le contrat individuel, il a aussi valeur de « contrat social », lequel oblige autant le chef du village que ses sujets. *Nsountee lah* ou *nsountee me noh nlaah* : arranger le village ou les affaires du village, telle est l'obligation fondamentale ou la fonction première du chef ainsi que de tous les villageois, d'où la dimension à la fois juridique et politique du *Nsountee*.

La philosophie du *Nsountee* marque une certaine distanciation par rapport à l'idéalisme volontariste ou consensualisme qui caractérise la tradition juridique occidentale, héritée du droit romain. Contrairement

48. Nous ne sommes pas loin d'une analogie avec la constitution en tant que norme fondamentale de l'État moderne en Occident, au sens du normativisme kelsénien. Voir Hans Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit? » (1992) 22 *Dr et soc* 551 à la p 556.

49. Par exemple, pour exprimer que Fokou et Bélanger ont conclu un contrat, on dira que les deux parties *nsountee*, voire *nsountee lee feeh nzouh* ou *nzouh nzouh* pour le contrat de vente ou d'achat d'une chose, *nsountee lee fooh nzouh* ou *nkap* pour le contrat de prêt d'une chose ou d'argent, *nsountee lee nkeht* pour le contrat de construction, etc.

au précepte *Consensus facit contractus*, elle est fortement imprégnée par le matérialisme et le réalisme. Tout contrat entre deux personnes doit nécessairement porter sur une chose à faire, à donner, à vendre, à garder, à louer, etc. Par conséquent, seul le commencement d'exécution de l'obligation ou de la prestation promise engage véritablement les parties et rend obligatoire le contrat. Ni la promesse ni le consentement ou l'accord de volontés (*nuda voluntas*), à eux seuls, n'obligent. L'accord de volontés n'engage pas sans un acte matériel de commencement d'exécution de l'obligation née du contrat. Bien que l'acte de volonté des parties constitue l'acte de naissance du *Nsountee*, il n'y a pas de contrat tant que l'intérêt patrimonial d'une partie au *Nsountee* n'est pas encore engagé dans la relation contractuelle. C'est l'exécution matérielle d'une partie qui fait et forme, de façon irrévocable, le *Nsountee*. L'accord de volontés le préforme et le commencement d'exécution finalise, pour ainsi dire, sa formation. Celle-ci est successive et non instantanée, et reste suspendue à son exécution, qui constitue, en réalité, une condition essentielle de la formation du *Nsountee*. L'accord de volontés n'est donc qu'une sorte de précontrat non obligatoire, susceptible de rétractation unilatérale à tout moment, tant qu'il n'y a pas encore eu de commencement d'exécution. Seul le premier acte matériel d'exécution forme le *Nsountee*, soit par le prépaiement, soit par la remise d'une chose ou la réalisation d'une prestation, objet d'une contrepartie. Ce n'est donc pas tant l'accord de volontés que le premier acte d'exécution qui constitue le fondement de la force obligatoire du *Nsountee*. Le *Nsountee* est et devient obligatoire seulement parce que l'une des parties a déjà engagé un bien ou un effort au profit de l'autre qui, en retour, doit lui fournir une contrepartie, soit en s'exécutant à son tour, soit en remboursant l'autre partie.

Dans une perspective civiliste, il peut sembler paradoxal d'envisager un contrat en l'absence même d'obligation au sens strict, puisque seul le premier acte d'exécution est constitutif du caractère obligationnel du contrat né de l'accord de volontés. Or, un lien pourrait être établi avec l'obligation naturelle ou morale, qui peut devenir juridique, contraignante ou « obligatoire » par l'effet d'un engagement ou d'une exécution volontaire du débiteur ou par l'effet de la loi, ou encore avec le commencement d'exécution du destinataire d'une offre de contracter qui, en droit moderne, forme juridiquement le contrat et crée des obligations, alors même qu'il n'a exprimé formellement aucune acceptation de l'offre. En réalité, même si l'accord de volontés préforme le *Nsountee*, celui-ci ne donne naissance qu'à des obligations morales

qui deviendront juridiques, contraignantes ou « obligatoires » dès le premier acte d'exécution d'une partie.

La révocabilité unilatérale ou « reconventionnelle » du *Nsountee*, en l'absence d'un premier acte d'exécution, n'est pas seulement le propre des contrats onéreux. Elle s'applique également à la promesse de don ou *nsountee lee ndah tseh (Dash)*, dont le non-respect par le promettant entraîne pour lui l'indignité sociale. Un tel système matérialiste et réaliste offre *a priori* plus de liberté et de souplesse aux parties puisque celles-ci sont en mesure de vouloir et de ne plus vouloir contracter, même si l'offre a déjà été acceptée. Il permet également de limiter le contentieux contractuel presque au seul contentieux d'inexécution, en tuant, pour ainsi dire, le mal dans l'œuf. En effet, il ne sert à rien de poursuivre quelqu'un sur la base d'un simple accord de volontés qui n'a pas encore reçu d'exécution, la volonté étant un fait aléatoire, contingent et volatile tant que l'une des parties ne s'est pas encore engagée dans l'exécution du *Nsountee*.

Ce système « archimatérialiste » est en apparence une source d'insécurité juridique en cas de mauvaise foi d'une partie, tentée de se dédire à chaque fois qu'elle pensera avoir conclu un mauvais contrat, en attente d'exécution, mais la censure sociale, sorte de justice populaire, veille au grain. Elle est un vecteur de confiance, de respect de ses obligations, et elle est tout aussi dissuasive que la sanction judiciaire du droit étatique. La sanction de l'inexécution du *Nsountee* va ainsi au-delà de la sphère contractuelle, revêtant une dimension extra-contractuelle et sociale. Celui qui a l'habitude de ne pas tenir ses promesses de *Nsountee* n'a plus de crédibilité ni de légitimité sociale. Il perd la face aux yeux de la communauté villageoise et sera écarté dans les futurs échanges aussi bien commerciaux que sociaux.

Une telle sanction sous forme d'opprobre, pour être informelle au sens du droit civil, n'en structure pas moins le processus d'engagement « contractuel ». Si la formation du *Nsountee* a pu être parachevée, la sanction de son inexécution sera contractuelle. Dans le cas contraire, la sanction est davantage précontractuelle, extracontractuelle, voire délictuelle en ce qu'elle est déportée sur le champ social. Parce qu'ils ne peuvent être obligés à exécuter le *Nsountee* qui n'a juridiquement pas pu se former pour devenir obligatoire, la société, au nom de la sécurité juridique, va trouver d'autres moyens de pression en dehors du champ contractuel pour punir tous ceux qui n'honorent pas leur parole et se rendent coupables d'une rupture abusive de la formation

du *Nsountee*. La société leur attribue symboliquement la qualification de *mbououh*, qui est une catégorie juridique dans laquelle sont incluses les personnes incapables d'engagement et indignes de confiance.

L'accord de volontés qui préforme le *Nsountee* obéit lui-même à un régime précis. Le consentement essentiellement oral (*nsaht* qui signifie littéralement parole donnée, voire volonté) doit être libre et éclairé, ce qui exclut les enfants mineurs et les aliénés. Ceux-ci sont absents de la scène juridique sauf dans certains cas exceptionnels où ils agissent sous la tutelle d'un ascendant ou d'un membre de leur famille. Il existe trois vices de consentement : la violence (*mtehee*), la tromperie (*fouteh*) et l'erreur (*fouoteh*). Le premier vice annule le contrat. Les deux autres ouvrent droit soit à l'annulation ou la rescision du contrat, soit à la révision sur demande de la partie lésée lorsque les dommages sont de nature économique, auquel cas ils sont assimilables à la lésion, en droit civil, considérée comme la conséquence logique de la violence, de la tromperie ou de l'erreur économique. Ainsi, la question du consentement ne devient idoine qu'au moment du premier acte d'exécution.

Le *Nsountee* peut se conclure en privé avec ou sans témoins, ou solennellement devant le patriarche, le notable, le chef de quartier, le chef du village ou encore sur la place publique (marché, réunion, etc.), accompagné ou non d'un serment religieux (*peiei* ou *beiei* : acceptation ou promesse sacrée) ou de témoins (*nkweeh kno'oh*) en vue de renforcer son caractère obligationnel. Les témoins sont une formalité importante et un gage de sécurité juridique du *Nsountee* puisque, au-delà des parties, ceux-ci sont les dépositaires de l'accord de volontés et donc de la « vérité » du contrat. En cas de besoin ou de litige, ils témoigneront. En cas de doute sur leurs témoignages, ils « boiront le *cadi* » sous serment religieux de dire la vérité, sous peine de malédiction ou de mort, ou passeront toute autre forme d'épreuve ordalique⁵⁰ convenue entre les parties.

50. « Boire le *cadi* » est une épreuve ou mode de preuve ordalique qui consiste à boire une « potion magique » sous serment religieux, en jurant son innocence ou de dire la vérité, faute de quoi le juré encourt, à titre de sanction, une malédiction pouvant aller jusqu'à la peine de mort. L'ordalie du latin, *ordalium*, qui signifie littéralement « jugement de Dieu », est un mode de preuve religieux et mystique, unilatéral ou bilatéral, voire une épreuve douloureuse parfois mortelle à caractère judiciaire employée au Moyen Âge et aujourd'hui encore dans certaines sociétés traditionnelles pour établir la vérité ou le mensonge d'un témoignage, ou encore l'innocence ou la culpabilité d'un accusé. Voir Emmanuel Dekane, « Les ordalies en justice traditionnelle au Nord-Cameroun : outils, rituels et effets » (2015) 11:2 International Journal of Innovation and Applied Studies 262; Gustave Glotz, *L'ordalie dans la Grèce primitive, étude de droit et de mythologie*,

En cas de contrat secret sans témoins, les parties seront elles-mêmes appelées à boire le *cadi* sous serment religieux de dire la vérité devant Dieu. La sacralisation du caractère obligatoire des *Nsountee* se traduit dans le dicton populaire : « *Oh leeh beiei, oh laah mgneuh* ou *Oh leeh beiei, oh laah mguieh* », qui signifie littéralement : « quiconque consent ou s'engage, donnera ou fera ce qu'il a promis de donner ou de faire » ou encore de façon plus large : « quiconque promet, devra tenir sa promesse », ce qui sous-entend, en réalité, une menace de sanction : « [...] à défaut de quoi, il récoltera une malédiction ou punition de Dieu (*Ndooh* ou *Peiei*) si par son engagement ou sa promesse, il a bénéficié indûment de la chose ou du service d'autrui ». Le *Nsountee* crée donc en réalité deux types d'obligations : l'obligation de donner et l'obligation de faire quelque chose.

Les principes premiers qui régissent le *Nsountee* sont l'équité et la confiance. Celles-ci ont un caractère quasi sacré et correspondent au rapport que chaque partie doit avoir avec l'autre, la vérité et Dieu. L'équité renvoie à l'équivalence des prestations dans la proportion voulue par les parties au *Nsountee*. Elle est consubstantielle à la confiance mutuelle qui exige qu'aucune des parties au *Nsountee* n'abuse de l'ignorance ou de la faiblesse de l'autre. La confiance et l'équité exigent également que chaque partie au *Nsountee* honore son engagement dans la mesure du possible et prévise son créancier en lui offrant une solution de remplacement en cas d'inexécution, de mauvaise exécution, de retard d'exécution ou d'exécution impossible.

Le caractère sacré, mystique et formaliste du *Nsountee* trouve sa consécration dans le *kaar*, un pacte de sang rituel que l'on reproduit encore dans certains groupes ethniques conservateurs en Afrique subsaharienne, à l'occasion du versement de la dot, pour entériner de façon définitive et irrévocable le contrat de mariage et lier, pour ainsi dire, devant Dieu et les hommes, les deux époux autant que les deux familles. Le *kaar* consiste, pour chacun des futurs époux, à s'entailler un doigt et à faire lécher son sang par l'autre en lui promettant amour et fidélité pour toute la vie. Le sort commun des époux, de même que celui de leur famille, s'en trouve scellé *ad vitam æternam*, dans le bonheur comme dans le malheur. Le mariage coutumier, en plus d'unir

Paris, Albert Fontemoing, 1904; Anne Retel-Laurentin, *Sorcellerie et ordalies. L'épreuve du poison en Afrique noire. Essai sur le concept de négritude*, Paris, Anthropos, 1974; Julie Jourdan, « Ordalie, image et sermon après le concile de Latran IV » (2013) 25 Cahiers de recherches médiévales et humanistes 389.

deux personnes de sexe opposé, crée une alliance entre les familles des époux. Le versement de la dot donne un droit quasi inaliénable au mari d'enterrer la dépouille de sa femme dans la concession familiale. Celui par la faute de qui les liens contractuels du mariage sont rompus encourt toutes sortes de malédictions. Le divorce est donc juridiquement ou coutumièrement impossible après l'accomplissement du *kaar*. Même le remboursement de la dot qui, normalement, opère un divorce par consentement mutuel dans un mariage contracté sans l'accomplissement du *kaar*, est sans effet sur les liens contractuels ainsi rituellement et mystiquement créés pour la vie. Ce rite est aujourd'hui contesté et délaissé parce qu'il est considéré comme extrémiste, rétrograde et dangereux pour les époux, condamnés à vivre ensemble et pour toujours, sans garantie de s'aimer à vie.

Puisque la société traditionnelle au Cameroun repose davantage sur le principe de la solidarité (inorganique) ou communautarisme, c'est-à-dire la primauté de la communauté sur l'individu⁵¹, plutôt que sur l'autonomie de l'individu ou individualisme caractéristique de la société occidentale⁵², le *Nsountee*, une fois conclu et rendu obligatoire par le premier acte d'exécution, engage, au-delà des parties, la famille autant nucléaire que lignagère, voire le clan et les témoins qui sont généralement les proches des parties. Le *Nsountee*, en plus des obligations individuelles entre les parties, crée une sorte d'obligations collectives, pour la famille ou le clan, les amis et témoins des contractants. Ces derniers sont appelés à veiller à sa bonne exécution. Ils peuvent ou doivent, compte tenu de leur statut social, surtout s'ils en ont pris l'engagement à titre de caution, suppléer le débiteur défaillant dans l'exécution de ses obligations. Il en ressort à première vue que seule l'exécution importe et l'emporte sur la personne du débiteur ou de l'exécutant. On pourrait ainsi être tenté d'assimiler le *Nsountee* au contrat conclu *intuitu pecuniæ* du droit moderne.

51. Joseph Ki-Zerbo, Ali A Mazrui et Christophe Wondji, « Construction de la nation et évolution des valeurs politiques » dans Ali A Mazrui et Christophe Wondji, dir, *Histoire générale de l'Afrique*, t VIII, L'Afrique depuis 1935, Paris, UNESCO, 1998, 461 aux pp 498 et s.

52. Voir Débora Lolonga et François Hirsch, « Le concept d'autonomie de la personne à l'épreuve de la culture africaine » (2007) 9:2 Revue du CAMES 181. Nous ne souscrivons pas toutefois aux recommandations de ces auteurs qui considèrent que le développement, concept au demeurant controversé, de l'Afrique passe par le basculement de ce modèle solidariste vers le modèle individualiste occidental. Loin de là, et vu les dérives de l'individualisme dans la société occidentale, nous pensons qu'un équilibre entre ces deux modèles est porteur d'un mieux-être dans toute forme de société.

Ce faisant, on serait toutefois loin de la réalité juridique autochtone. Le *Nsountee* n'est ni un contrat conclu *intuitu personæ*, ni un contrat conclu *intuitu pecuniæ*, ni même un genre hybride. Il correspondrait davantage à une troisième catégorie *sui generis* : les contrats conclus *intuitu materiæ*, en considération de la seule matière du contrat, c'est-à-dire de la chose ou prestation, objet du contrat, plutôt que de la personne des contractants, de la valeur monétaire ou des intérêts pécuniaires du contrat à naître. Les intérêts sont sans nul doute matériels en cas de contrats onéreux, mais ils ne peuvent se résumer et, encore moins, se réduire aux intérêts financiers, surtout dans une société traditionnelle à l'économie rudimentaire, qui a longtemps été étrangère à la monnaie au sens financier et capitaliste de l'argent, et a vécu, à l'instar des sociétés primitives, essentiellement du don, de l'entraide et du troc ou de l'échange des produits de la chasse, de la pêche, de la cueillette, de l'artisanat et de l'agriculture de subsistance⁵³.

Le *Nsountee* crée donc des liens de solidarité d'exécution aussi bien entre les contractants qu'entre leurs familles. L'inexécution engage l'honneur de la famille, surtout si elle en a tiré avantage d'une quelconque façon. Il en va de même en cas de décès du débiteur en fonction de l'importance de la créance. Nul besoin donc de stipuler expressément la solidarité qui peut naître d'un lien patrimonial (lien d'intérêt) ou d'un lien familial (lien de sang) entre le débiteur principal et ses codébiteurs ou cautions.

Ainsi, a-t-on coutume de voir, à l'occasion des rites funéraires, des débiteurs et créanciers venir devant la dépouille du défunt confesser leurs dettes et créances avant l'enterrement (tout débiteur ou créancier absent lors de l'enterrement peut se rapprocher de la famille du défunt pour confesser sa dette ou créance devant la tombe ou la pierre tombale). Dans ce rituel mortuaire de transmission des obligations entre mort et vifs, débiteurs et créanciers du *decujus* (*nfououh*) se déclarent comme tels et leurs reconnaissances de dette ou déclarations de créance les engagent solennellement ainsi que la famille du défunt, en particulier son successeur coutumier, désormais débiteur principal pour l'avenir. Celui qui ment dans sa déclaration encourt un mauvais sort de la part du défunt dont la mémoire impose désormais respect et crainte, même aux débiteurs les plus récalcitrants. En Afrique subsaharienne, et particulièrement en pays *bamileke*, en vertu du culte

53. Voir Marcel Mauss, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, 2^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2012.

des crânes, les morts ne sont jamais morts. Le crâne étant symboliquement une représentation de la personne du défunt, soit la cavité osseuse où s'émançipe et se divinise son esprit après la mort de son corps. Semi-divinité, cet esprit immortel est capable de bénédiction comme de malédiction des vivants⁵⁴. Suivant une sorte de métaphysique juridique, il constitue, dans la croyance populaire, une véritable arme de dissuasion massive non seulement pour les débiteurs du défunt, mais aussi pour la famille de ce dernier. Il veille au respect des dernières volontés du défunt quant au partage et à l'administration de ses biens laissés à ses amis, au chef de quartier ou à la chefferie, et à l'exécution de leurs obligations par ses débiteurs survivants.

En l'absence d'engagement exprès, l'obligation pour la famille et les témoins de suppléer le débiteur défaillant est avant tout morale. Elle vise à préserver l'honneur de la famille ou des alliés, et prend sa source dans la bonne conscience des parties suppléantes qui se doivent aussi de tenter un règlement à l'amiable en cas de litige. Passée cette étape précontentieuse dans le cercle amical ou familial restreint, le contentieux de l'inexécution du *Nsountee* débute par une plainte orale du créancier ou de ses ayants droit au chef de famille du débiteur, généralement le patriarche ou la matriarche du clan, se poursuit éventuellement par un appel devant le chef de quartier, appelé chef de terre, généralement un notable coutumier (le *nkam*), et se solde en cassation devant le chef du village (*fo'ò*), qui rend une décision, en principe, insusceptible de recours⁵⁵. En pratique, cependant, dans l'imaginaire collectif, il existe d'autres voies de recours à la justice naturelle, notamment la justice magique ou divine, considérée comme une forme de justice supérieure.

54. Dans les sociétés traditionnelles, les anciens étaient censés être bien informés de l'opinion des ancêtres et s'être pénétrés de leur sagesse à travers la continuité culturelle, la coutume et la tradition. Une politique qui aurait violé de manière flagrante la coutume et la tradition eût été perçue comme n'ayant pas l'assentiment des morts. Une politique ne se souciant pas de la survie et du bonheur des enfants eût été considérée comme privée de l'assentiment des générations à venir. Il était du devoir des vivants de chercher à comprendre les vœux des morts et de ceux qui étaient appelés à naître — et d'agir en conséquence. J Isawa Elaigwu, « Construction de la nation et évolution des structures politiques », dans Ki-Zerbo, Mazrui et Wondji, *supra* note 51 à la p 493.

55. Sur l'organisation et la technique judiciaires en Afrique précoloniale, voir Joseph John-Nambo, « Quelques héritages de la justice coloniale en Afrique noire » (2002) 2–3:51–52 Dr et soc 325. Avec l'esclavage et la colonisation, cette organisation fut tantôt conservée, tantôt modifiée, au gré de l'administration coloniale. Voir Alfred-Emmanuel Beurdeley, *La justice indigène en Afrique occidentale française: mission d'études 1913–1914*, Paris, Comité de l'Afrique française, 1916; Jean Chabas, *La justice indigène en Afrique occidentale française*, Paris, Société des journaux et publications du Centre, 1954.

II. « CONNAÎTRE CONTRE ET OUTRE » LA CONCEPTION OCCIDENTALE DU CONTRAT ET DU DROIT

Contrat, droit et justice traditionnelle ne font parfois qu'un au sein de la communauté *Ngombale*, ce qui contraste avec la conception civiliste du droit et de la justice contractuelle (A), mais s'offre comme une solution de rechange à la justice de l'État ou du droit dit moderne, hérité de la colonisation, qui connaît une profonde crise de légitimité, d'effectivité et d'efficacité (B).

A. Le contraste avec la justice contractuelle

Comme pour une bonne part de la justice traditionnelle en Afrique précoloniale, en cas de contentieux d'inexécution du *Nsoutee*, les principes directeurs du procès sont la réconciliation et la restitution plutôt que l'opposition et la sanction des parties⁵⁶. Au-delà du contentieux contractuel, toute forme de procès en droit traditionnel est symboliquement appelée *Nsoutee*, de *Nsoutee me noh nlaah* ou arranger les affaires du village. Les différents acteurs de la « chaîne judiciaire », qui rendent la justice à titre gratuit au nom de la communauté sociale, sont davantage des réconciliateurs que des juges qui sanctionnent les parties, et ce, d'autant plus que le contrat constitue le principal vecteur du lien social et que, après la conciliation des intérêts opérée *ab initio* par l'accord de volontés, son issue doit toujours être une source de réconciliation et de paix sociale⁵⁷.

La contradiction entre les parties est maniée avec prudence afin d'éviter une confrontation interindividuelle de nature à ruiner tout espoir d'exécution volontaire de la partie défaillante. Les témoignages représentent à cet égard le seul moyen de preuve, la procédure de la justice contractuelle, comme de toute autre forme de justice, étant exclusivement orale. Aux principes de réconciliation et de restitution du droit procédural, s'ajoute l'équité, principe d'un ordre supérieur, davantage de droit substantiel, mais, en réalité, à valeur transversale.

56. Voir Prosper Nkou Mvondo, « La justice parallèle au Cameroun : la réponse des populations camerounaises à la crise de la justice de l'État » (2002) 2-3:51-52 Dr et soc 369 aux pp 372-373 [Mvondo, « La justice parallèle au Cameroun »].

57. Cette fonction anthropologique du contrat s'inscrit dans le droit fil de celle du droit, qui est de créer et de gérer le lien social. Voir Alain Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005.

En plus de répondre à l'exigence d'impartialité, les réconciliateurs doivent toujours viser à ce que chaque partie, en fin de compte, recouvre son dû, c'est-à-dire reçoive l'équivalent de ce qu'elle a voulu faire ou donner en s'engageant au *Nsountee*.

Les réconciliateurs peuvent agir en collégialité en fonction de l'importance du litige, du malaise social généré par l'inexécution ou encore du statut social des parties. Le conseil des notables, présidé par le chef du village, est le collège le plus élevé, une sorte de cour suprême, siégeant en assemblée plénière ou en chambres réunies. Ses décisions sont celles qui jouissent d'une très haute autorité et d'une très grande acceptation sociale. Par ailleurs, les décisions rendues publiques par l'ensemble des réconciliateurs à l'issue de « palabres »⁵⁸ ne sont point des « jugements », mais, en quelque sorte, des procès-verbaux de réconciliation dont ils sont les dépositaires. Elles portent encore symboliquement le nom de *Nsountee* (*pieehk nsountee*, arrangement ou nouvel arrangement), ce qui signifie que les parties sont liées par un nouveau contrat. La réconciliation se termine par le rituel pacificateur de la poignée de main et du partage d'un repas, d'une noix de cola ou d'un verre de vin de raphia entre les parties, exprimant ainsi leur satisfaction.

En tout état de cause, l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation ou de la prestation d'une partie ouvre droit seulement à la restitution ou au remboursement du paiement ou des prestations déjà reçu(es) s'il y a eu commencement d'exécution, et, dans le cas contraire, à l'annulation pure et simple du *Nsountee*, qui sera considéré, selon la philosophie réaliste et matérialiste qui est la sienne, comme ne s'étant jamais formé. Il n'y a pas de dommages-intérêts, quoi qu'il advienne. Aussi surprenant que cela puisse paraître pour un juriste occidental ou, du moins, du point de vue contemporain de l'équité, chaque partie au *Nsountee* a toujours droit à l'équivalent de ce qu'elle a donné ou de ce que l'autre lui a promis, mais ne peut prétendre avoir droit à un supplément à titre de perte subie (*damnum emergens*) et,

58. D'où l'expression « arbre à palabres » qui désigne, à l'origine, dans la société africaine, un lieu public de rassemblement, traditionnellement sous un grand arbre à ombrage du village pour discuter des grandes questions et orientations de la communauté villageoise. L'arbre à palabres servait aussi de tribunal, accueillant des audiences publiques et, par extension, de lieu de démocratie ou de rassemblement populaire pour tout débat public. C'est l'équivalent de l'*agora* dans la Grèce antique. Il était parfois localisé chez le chef du village, chez le chef du quartier, chez le patriarche du clan ou encore dans un lieu sacré.

encore moins, de gain manqué (*lucrum cessans*), du fait de l'inexécution, de la mauvaise exécution ou du retard d'exécution par l'autre partie de ses obligations ou prestations.

Par conséquent, l'inexécution ou la mauvaise exécution ouvre non pas à un droit à la réparation du préjudice subi, mais uniquement à un droit à la restitution de ce qu'une partie a déjà engagé dans la relation contractuelle au profit de l'autre, selon l'objet du contrat. Cette conception traditionnelle de l'équité, voire de la justice contractuelle, que l'on pourrait qualifier de statique, par opposition à la conception dynamique du droit occidental moderne, rappelle beaucoup la clause implicite *rebus sic stantibus*, selon laquelle les parties se sont engagées à l'objet du contrat au moment de sa conclusion, en excluant toute augmentation ultérieure de la charge de leurs obligations ou prestations au *Nsountee* qui restent, sauf nouvel accord, inchangées et inchangeables dans leur quantum.

Quiconque a promis une chèvre contre le labour de son champ donnera en tout et pour tout une chèvre, après que le champ aura été labouré par son cocontractant, quelles qu'en soient les circonstances et l'époque⁵⁹. De même, quiconque a emprunté un panier de haricots noirs pour semer ou nourrir sa famille devra rendre un panier de haricots noirs ou, tout au plus, un panier de haricots d'une autre couleur, à la prochaine saison des récoltes ou plus tard, peu importe qu'il y ait eu disette ou mauvaise moisson. Et si le débiteur ne l'a pas rendu lui-même, sa famille, ascendants comme descendants, puisqu'elle s'en est nourrie ou en a profité d'une façon quelconque, devra rendre la même chose dans les mêmes proportions, fût-ce dix années plus tard, pour rembourser la dette du débiteur failli. L'esprit du *Nsountee* s'apparente ainsi au principe de l'immutabilité du contrat en droit moderne, l'un et l'autre se montrant insensibles à toute modification unilatérale ou imposée du contenu obligationnel, à l'imprévision ou au changement de circonstances. Toute modification du *Nsountee*, sauf renonciation ou remise unilatérale de dette, ne peut être que conventionnelle, par exemple par remise consensuelle de dette ou par conclusion d'un nouveau contrat. La force majeure n'exonère pas le débiteur, mais constitue simplement une circonstance atténuante retardant son exécution qui reste due, à moins d'être devenue impossible. En cas

59. Puisque son obligation de donner une chèvre en est une indivisible, il aura le droit de retenir la chèvre jusqu'à ce que son créancier ait entièrement labouré son champ, c'est-à-dire de faire jouer l'exception d'inexécution préventive.

d'exécution impossible, le débiteur devra rendre toute contrepartie indûment reçue.

L'exclusion des dommages-intérêts se fonde sur la considération suivante : si un débiteur de bonne foi est déjà défaillant dans son exécution, comment pourrait-on raisonnablement s'attendre à ce qu'il en fasse plus que ce qu'exige son obligation initiale? Ce serait comme contraindre ce dernier à faire l'impossible. Or, l'être contractant n'est pas un surhomme et encore moins un dieu. À l'impossible nul n'est tenu, chez les *Ngombale*, comme dans toute forme de société habitée par la raison humaine : *impossibilium nulla obligatio*. Aussi, obliger un débiteur de mauvaise foi à payer des dommages-intérêts en supplément de la créance principale jusque-là impayée, c'est-à-dire lui demander de payer plus que ce qu'il ne voulait pas déjà payer, peut l'encourager à demeurer dans sa mauvaise foi et à ne plus jamais vouloir payer sa dette. L'exigence des dommages-intérêts risque donc de s'avérer contre-productive en fin de compte, d'où l'avantage de ne le faire payer que ce qu'il a promis dès le départ, rien de plus, rien de moins, si ce n'est même moins, compte tenu de sa condition difficile.

Enfin, hormis le cas du don, le *Nsountee*, bien qu'étant un acte à titre onéreux, n'est pas perçu par les villageois comme un acte de commerce ou de spéculation mercantile grâce auquel chaque partie entend gagner plus que ce qu'elle a donné à l'autre. Le *Nsountee* est davantage perçu comme un moyen de solidarité, de subsistance collective, d'entraide interindividuelle et de satisfaction des besoins essentiels au sein d'une communauté sociale, plutôt que comme un moyen d'enrichissement personnel ou d'accumulation des richesses au sein d'un marché. Il y a donc une certaine conception solidariste ou dimension philanthropique, qui exclut tout esprit foncièrement commercial, même si la donne a considérablement changé depuis l'introduction de la monnaie qui, on le sait, comporte toujours une dose de capitalisme mercantile.

Dans la communauté *Ngombale*, la justice humaine est considérée comme une justice faillible qui peut parfois être « injuste » ou politisée. Le réconciliateur qui dit le « droit », c'est-à-dire tranche en équité, peut se tromper dans l'interprétation de la coutume ou des faits, tout comme le juge d'un tribunal moderne peut rendre une mauvaise décision à la suite d'une interprétation erronée de la loi ou des faits litigieux. Le réconciliateur peut même favoriser une partie à la manière d'un juge occidental qui épouse une idéologie conservatrice ou

progressiste de la société au détriment de l'idéal de justice. Ce d'autant plus que chez les *Ngombale*, il n'y a pas de véritable séparation des pouvoirs. Les autorités politiques, en l'occurrence les chefs et les notables, sont à la fois les autorités normatives et interprétatives, mais elles se distinguent tout de même des agents d'application qui sont leurs subalternes. Le créancier insatisfait peut toujours passer outre et s'en remettre en dernier ressort à la justice naturelle, qui est considérée comme la forme la plus élevée de la justice, une justice, dit-on, toujours « juste », infaillible et supérieure à la justice humaine. Cette tension entre la justice humaine et la justice naturelle nous rappelle l'opposition entre le droit positif et le droit naturel dans l'État moderne⁶⁰.

On peut recourir à la justice naturelle de deux façons : soit par la magie (*lekanh*), afin qu'un mauvais sort soit jeté au débiteur malhonnête par un *nkam tseh* ou une *ngwe tseh*, qui signifie littéralement *apôtre de Dieu* ou *élu(e) de Dieu*, ou par tout autre sorcier bienveillant du village, ceux-ci étant des sortes de *justiciers* ou d'agents d'application du droit naturel; soit par des prières ou incantations (*tanh nzo'oh*), au moyen desquelles le créancier demande à Dieu (*Tseh*) de le rétablir dans ses droits de la manière qu'il jugera bonne. Le rituel des incantations devant le lieu sacré du clan ou du village, sorte d'Olympe abritant les dieux du clan ou du village, est souvent la voie royale pour implorer la justice divine. Parce que, dans l'imaginaire collectif, la justice naturelle est infaillible, pour y recourir, il faut être de bonne foi, faute de quoi on récoltera une malédiction au moins équivalente à celle que l'on aura voulu infliger au débiteur présumé défaillant.

L'histoire du village est ainsi parsemée de coïncidences pour le moins troublantes, telles que la foudre envoyée chez un présumé débiteur défaillant qui serait revenue détruire la maison ou la porcherie de son créancier parce qu'il aurait été de mauvaise foi ou encore un débiteur de mauvaise foi, tombé en faillite, qui serait décédé, ou aurait perdu l'usage d'un bras, d'un œil ou d'un pied, voire un membre de sa famille, quelque temps après avoir refusé de payer sa dette, etc. La sanction de la justice naturelle, à savoir la malédiction (*ndooh, peihe*, ou *notephon*), est tellement puissante et dissuasive dans l'imaginaire collectif qu'il se raconte dans tout le village qu'elle peut frapper plusieurs générations de descendants du débiteur défaillant en fonction de la gravité du préjudice subi par le créancier abusé ou par sa famille.

60. Voir Léo Strauss, « Le droit naturel », traduit par Emmanuel Patar (2016) 79:3 Archives de philosophie 453 aux pp 455 et s.

Ainsi voit-on souvent les *nkam tseh* ou *ngwe tseh*, sorte de médiums voyants, plusieurs années plus tard après les faits contractuels, recommander vivement au débiteur défaillant, à sa famille ou à ses descendants de rembourser une ancienne dette et de procéder à un rituel sacramentaire (*feech tseh*) au lieu sacré du village ou au lieu de *culte des crânes* de la famille afin d'implorer le pardon de Dieu ou des ancêtres. Le rite intervient, en principe, après le paiement de la dette au créancier ou aux ayants droit du créancier défunt. Il consiste, entre autres, à partager les vivres, toujours accompagnés de taro, de noix de cola et de vin de palme, éléments essentiels, pour ne pas dire obligatoires de la pacification que vise le rituel⁶¹. Ceux-ci sont offerts, selon la bourse du débiteur défaillant ou de sa famille, aux villageois invités ainsi qu'à tout passant, le dernier passant ayant la part du lion, parce que considéré comme le messenger (*ntooh tseh*) ou le fils de Dieu (*mo'oh tseh*). Le but ultime du rituel de partage des offrandes est la purification afin d'échapper ou de mettre fin à la malédiction encourue. On se trouve dès lors dans un raisonnement juridique, selon lequel le *ndooh* est l'équivalent du *tû-tû* décrit par Alf Ross⁶². Personne ne peut dire exactement ce que c'est. Il peut signifier tout et rien, sans que cela change la construction juridique ou sa force de dissuasion⁶³.

L'élément le plus troublant est que tout le monde au village croit à la justice naturelle sans trop se poser de questions sur le lien de causalité entre l'inexécution du *Nsountee* et le malheur qui aurait frappé le débiteur défaillant. Il s'agit d'un lien de cause à effet qui échappe, pour ainsi dire, à la rationalité occidentale de type cartésien ou, du moins,

61. Le taro ou *achu* est une spécialité culinaire locale très prisée, faite à base de tubercules de taro (*colocasia esculenta*) de différentes variétés, mélangée à la « banane de singe » et à de multiples ingrédients locaux, qui se mange avec une sauce jaune, noire ou rouge très épicée, exigée par la coutume, tout comme le vin de raphia et la cola, pendant les rites traditionnels ou les cérémonies de haute importance, en particulier au pays *bamileke*. D'où sa qualification de « plat sacré », de « nerf du village » ou de « cœur du village » (*achu teenh nlaah*). Le vin de raphia (*raphia vinifera*) ou vin de palme (*elæis guineensis*) est une boisson alcoolisée de fabrication artisanale obtenue par la fermentation naturelle de la sève de raphia ou de palmier. Il est symboliquement aussi appelé « vin du village » (*melooh nlaah*), d'où l'expression *melooh teenh nlaah* (le vin de palme est le nerf ou le cœur du village). Il en va de même de la noix de cola qui symbolise la bienveillance et l'entente dans les us et coutumes du village.

62. Alf Ross, « Tû-Tû » (1999) 7 Enquête 263.

63. Le raisonnement est le suivant : si un débiteur ne paye pas sa dette, il est frappé par le *ndooh*. Si un débiteur est frappé par le *ndooh*, il doit accomplir un rituel purificateur pour se libérer. Il ressort de ce syllogisme que quoi que signifie le *ndooh*, il ne changera pas la signification logique des énoncés qui auraient pu être formulés tout simplement en ces termes : un débiteur qui ne paye pas sa dette doit accomplir un rituel purificateur pour se libérer.

demeure matériellement indémontrable. La logique métaphysique qui en ressort n'est toutefois pas inconnue de la tradition juridique occidentale puisqu'elle rappelle, à maints égards, la « présomption », selon laquelle on considère un fait comme vrai sans en rapporter la preuve et parfois dont on ne peut rapporter la preuve, ce qui s'écarte de la causalité naturelle. La vérité, le droit ou le raisonnement juridique qui en résulte est de l'ordre du fait psychologique plutôt que du fait empirique⁶⁴.

Qu'importe! Les villageois, tout comme les *fo'o*, les *nkam*, les *nkam tseh*, les *ngwe tseh*, les sorciers et tout autre initié du village, considérés à tort ou à raison comme les gardiens des traditions, de la mémoire collective et de la sagesse populaire, disent et croient tous que la justice naturelle relève de la nature des choses et de la volonté de Dieu. Dieu, volonté de Dieu, Nature, justice naturelle et, parfois, droit, ne font qu'un. De toute façon, au village, tout le monde est sûr et certain que la justice naturelle l'emporte toujours sur l'injustice ou la justice humaine, car elle est considérée, par essence, comme une justice soustraite à l'arbitraire⁶⁵.

Chaque partie au contrat n'est satisfaite que lorsqu'elle a le sentiment que la contrepartie obtenue de l'autre ou la solution obtenue du réconciliateur est juste. La croyance en la justice cosmique exige que chaque partie, parce qu'elle s'est engagée de bonne foi, à défaut de l'équivalent de ce qu'elle a donné, c'est-à-dire *l'ison* des Grecs, utopique en pratique, reçoive toujours son dû, une forme, donc, du *sum cuique tribuere* des Romains, c'est-à-dire le principe sacro-saint de l'équité qui fait la force du *Nsoutee*. Le droit coutumier ou droit traditionnel des contrats chez les *Ngombale* n'a donc en fin de compte qu'une seule règle de justice qui relève du droit naturel : l'équité dans les termes de l'échange. Elle recommande qu'une solution juste, la bonne solution aux yeux des parties, soit recherchée pour chaque cas conflictuel. Ici, le droit est davantage casuistique et pratique que normatif et théorique. Pour reprendre les mots de Michel Villey,

[L]e droit n'est pas identifié aux règles abstraites et générales, sorties du cerveau du législateur ou de quelque autre esprit humain; mais à la solution concrète qui sera trouvée dans

64. Rémy Libchaber, « Le juriste et ses objets : trois exemples de construction en droit privé » (1999) 7 Enquête 251.

65. Strauss, *supra* note 60 à la p 455.

chaque cas. Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait pas de règles. Il n'est pas de vie juridique un peu évoluée qui puisse se passer de règles⁶⁶.

La foi en la toute-puissance de la justice cosmique, au mépris de la réalité sociale, peu reluisante parfois, rejoint sur ce point l'idéalisme juridique occidental. Elle révèle que le droit chez les *Ngombale*, tout comme le droit en Occident, est un phénomène psychologique⁶⁷. L'un et l'autre se sont construits, en tout ou en partie, en déphasage par rapport à la réalité sur la foi ou la croyance en un *idéal*, principalement du *bon* ou du *juste*, peu importe que celui-ci soit divin ou social, le plus important étant d'y croire, puisque cet idéal du bonheur ou de la justice est par essence inaccessible. C'est dire que le droit est ça et là un mélange d'*idéologie* et d'*utopie*⁶⁸, c'est-à-dire un produit de l'imagination culturelle et sociale⁶⁹, ambitieux de proposer une société idéale en remplacement de l'injustice et du désordre de la société réelle⁷⁰. Bref, le droit est et reste un imaginaire.

Le fait est que les *Ngombale*, tout comme la plupart des sociétés traditionnelles en Afrique, ont une conception dualiste du droit qui va au-delà du devoir être et du devoir vivre, ce qui vaut autant pour le droit applicable au *Nsountee* qu'aux échanges sociaux en général. Le droit a deux versants : humain et divin. D'abord un « droit social »⁷¹,

66. Michel Villey, « Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit » (1967) 10:37 *Logique et analyse* 3 à la p 11.

67. Ce qui me paraît caractériser la pensée juridique moderne [...] c'est de considérer le droit comme une production de l'esprit, et de l'esprit seulement humain. Le droit serait formé des normes, par lesquelles l'esprit humain commande aux faits de la nature [...]. Le droit est cette norme engendrée par l'esprit humain et qui prescrit à la nature la façon dont elle devrait être. *Ibid* à la p 4.

68. Karl Mannheim, *Idéologie et utopie, une introduction à la sociologie de la connaissance*, Bonn, Cohen, 1929; Paul Ricoeur, *Lectures on Ideology and Utopia*, New York, Columbia University Press, 1986; Paul Ricoeur, *L'idéologie et l'utopie*, Paris, Seuil, 1997. Voir aussi François Picavet, *Les idéologies. Essai sur l'histoire des idées et des théories scientifiques, philosophiques, religieuses, etc. en France depuis 1789*, New York, Burt Franklin, 1971, spéc c 1 et 6.

69. Paul Ricoeur, « L'idéologie et l'utopie : deux expressions de l'imaginaire social » (1984) 2 *Autres temps. Les cahiers du christianisme social* 53. Il y a toujours une corrélation entre idéologie et utopie. Cette corrélation peut se révéler soit sous forme de tension, soit sous forme de complémentarité.

70. Voir *ibid* aux pp 56–61.

71. Voir Charles Boucaud, *L'idée de droit et son évolution historique*, Paris, Bloud & Cie, 1906; Georges Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, J Vrin, 1931; Georges Gurvitch, *L'idée du droit social : notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1932.

juste ou injuste, qui naît spontanément des relations interindividuelles ou pratiques sociales. Il constitue le produit de la volonté des sujets de droit⁷² et doit faire l'objet d'une reconnaissance plutôt que d'une création ou recréation par les autorités politiques et sociales (chef, notables, chefs de quartiers, patriarches ou matriarches, etc.). Ce droit social est temporel et muable. On pourrait improprement l'appeler droit positif.

Ensuite, un droit naturel ou droit divin, perçu comme atemporel et immuable, toujours juste, infaillible et correcteur du droit social, droit qui s'impose à tous (*erga omnes*), que les autorités politiques et sociales, en l'espèce les autorités normatives ou les agents d'application, et les sujets de droit le reconnaissent ou non. Il y a là une conception hiérarchique du droit ou de la justice teintée de pluralisme juridique ou normatif, selon laquelle il y a, au-delà du droit politique, droit social ou droit de la société humaine et politique organisée autour du village-chefferie, équivalent du droit positif de l'État moderne, un autre droit cosmique, droit divin, droit naturel ou droit de la nature qui lui est supérieur et demeure le seul vrai droit, garant en dernier ressort de la justice idéale que l'on croit accessible, contrairement à l'idéal de justice, à jamais inaccessible, vers lequel tendrait seulement le droit humain. Cette conception dualiste et hiérarchique rappelle à maints égards l'opposition entre le droit positif de l'État et le droit naturel dans la tradition juridique occidentale⁷³. Elle s'affirme cependant aux antipodes de la doctrine occidentaliste qui ne conçoit le pluralisme normatif dans les sociétés africaines qu'à partir de la colonisation, à travers le prisme réducteur de la cohabitation des normes de droit moderne et de celles de droit traditionnel⁷⁴. À l'image de l'ancien droit romain⁷⁵, le droit traditionnel africain serait ainsi constitué d'un mélange de coutumes (*mos maiorum* ou mœurs des ancêtres) et de droit naturel (*suum cuique tribuere*) qui se confond avec une forme de religion.

72. Le droit social peut ainsi naître spontanément ou volontairement d'un contrat et donc, être de nature privée, ou encore peut procéder d'une adoption solennelle en assemblée populaire par la pratique de la main levée et des cris d'approbation d'une « proposition de droit » faite par le chef à l'issue de la tenue de la palabre avec le conseil des notables, auquel cas le droit sera de nature publique.

73. Olivier Camy, « Présence irréaliste du droit. À propos de la temporalisation du droit » (1998) 41:2 RIEJ 1.

74. Voir Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, coll Les classiques des sciences sociales, Paris, Presses universitaires de France, 1988 aux pp 84 et s et 297 et s.

75. Voir Michel Villey, « Les principes du droit romain » dans Michel Villey, dir, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 2013, 100 aux pp 100–106.

Voilà sommairement décrit le concept de contrat *ou nsountee* à travers lequel transparait le droit chez les *Ngombale*. Ce droit (des contrats), quasi identique dans les villages-chefferies du pays *bamileke*, est finalement assez représentatif du droit traditionnel des peuples bantous d'Afrique subsaharienne, en dépit de quelques contingences spatiotemporelles liées aux clivages ethniques⁷⁶. On pourrait croire que ce droit traditionnel est un droit du passé. Or, il demeure très contemporain, non pas seulement par certains de ses préceptes, mais surtout par son effectivité ou sa vigueur dans la société postcoloniale encore à cheval entre la tradition et la modernité. Le Cameroun, considéré par sa diversité ethnoculturelle comme une « Afrique en miniature »⁷⁷, offre un exemple révélateur de la tendance sous-régionale en Afrique subsaharienne. En effet, nonobstant le principe de la primauté du droit moderne (droit civil et common law), en cas de conflit avec le droit traditionnel, principe qui n'est en somme qu'une fiction de l'ordre juridique colonial et postcolonial, c'est souvent une nette primauté du droit traditionnel que l'on observe devant les tribunaux coutumiers et dans les faits sociaux, notamment en matière de droit privé : famille, contrat et propriété⁷⁸.

Le droit traditionnel reste très prégnant, en milieu rural comme en milieu urbain, à travers ce que l'on a qualifié de « villages artificiels »⁷⁹

76. Voir les travaux de Possoz, *supra* notes 1, 2 et 4; Antoine Sohier, *Traité élémentaire de droit coutumier du Congo belge*, 2^e éd, Bruxelles, Larcier, 1954; Georges Brausch, « La justice coutumière chez les Bakwa Luntu » (1942) 1:4 *African Studies* 235.

77. Voir Paul Tchawa, « Le Cameroun: une "Afrique en miniature" ? » (2012) 259:3 *Les Cahiers d'outre-mer* 319; RFI « Cameroun: une Afrique en miniature » (31 décembre 2009), en ligne: *RFI* <www.rfi.fr/fr/afrique/20091231-cameroun-une-afrique-minitature>; Ulrich Ngatcheu, « Le Cameroun, L'Afrique en miniature » (1^{er} décembre 2014), en ligne: *Les Cafés géographiques* <cafe-geo.net/le-cameroun-lafrique-en-miniature/>.

78. Voir Marx Gluckman, « The Future of Customary Law in Africa: l'avenir du droit coutumier en Afrique », Colloque-symposium Leiden, Université Pers Leiden, 1956.

79. « Le village artificiel n'est rien moins que la reconstruction au sein des villes des institutions à caractère traditionnel, permettant ainsi un prolongement fictif du village en ville »: Jean-Baptiste Fotsing, « Pouvoir fiscal en Afrique: résistance du système traditionnel au système moderne (le cas de l'Ouest-Cameroun) » (1990) 100:802 *Penant* 73. Et un autre auteur de poursuivre:

Toutes les villes du Cameroun connaissent ce phénomène. Des quartiers ont ainsi spontanément vu le jour, habités (exclusivement parfois) par des ressortissants d'une même tribu, des quartiers que l'on désigne le plus souvent par le nom de la tribu de leurs habitants. On entendra ainsi parler de « quartier Bamiléké », « quartier Haoussa », « quartier Bassa » [...]. Dans ces quartiers, les habitants vivent leur tribalité. C'est le village que l'on a reconstruit en ville. Parfois, le « village » est reconnaissable dans le cadre des associations de toutes sortes que l'on trouve en ville. Une chorale, un groupe de prière, un club de sport, une tontine, un parti politique [...], voilà autant de prétextes que les Camerounais trouvent pour reconstruire le village en ville. En effet, à l'observation, on se rend bien

ou « envillageoisement des villes », c'est-à-dire la reconstitution des villages en ville, la création, dans les centres urbains, de « foyers culturels » représentant des communautés ethniques, au sein desquels la quasi-totalité des litiges, notamment contractuels, se règlent selon les coutumes traditionnelles, et ce, en marge du droit et de la justice étatiques considérés comme « en crise »⁸⁰. Par crise du droit en Afrique, il faut entendre avant tout une crise du droit dit moderne et, particulièrement, du droit occidental ou droit étranger (dans certains pays musulmans, du droit oriental) en Afrique. Cette crise du droit étranger en Afrique a plusieurs dimensions.

B. Le *Nsountee* et la crise du droit moderne en Afrique

Il s'agit d'abord d'une crise de légitimité démocratique puisque le droit dit moderne est un droit étranger, ne reflétant pas la volonté des peuples autochtones et leur conception du droit et de la justice, et qui est ou a été importé d'ailleurs et imposé par les colons ou les gens d'en haut aux gens d'en bas en contexte postcolonial. Car la décolonisation et la succession forcée des administrations coloniales par les États post-coloniaux⁸¹, puis la pratique subséquente du mimétisme juridique et institutionnel n'ont fait qu'accentuer le phénomène d'importation du

compte que tous les membres de ces regroupements appartiennent à la même tribu. De façon non voilée, il existe même des « associations des ressortissants » de telle ou telle tribu en ville. Sur le plan organisationnel, le chef de quartier, le président du club ou de l'association va assumer en quelque sorte les fonctions d'un chef traditionnel. Il aura, entre autres missions, celle de régler les litiges nés entre ses « frères ». Son domicile se transforme périodiquement en véritable « palais de justice ». On y enregistre chaque jour des plaintes. Hebdomadairement ou mensuellement s'y tiennent des audiences de règlement des litiges, avec les mêmes principes procéduraux que ceux en vigueur au village naturel.

Mvondo, « La justice parallèle au Cameroun », *supra* note 56 à la p 373.

80. Voir *ibid* aux pp 369 et s; Prosper Nkou Mvondo, « La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone. Étude des causes du "divorce" entre la justice et les justiciables » (1997) 107:824 *Penant* 208 [Mvondo, « La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone »]; Maurice Kamto, « Une justice entre tradition et modernité » (1990) 156 *Afrique contemporaine* 60; Jean du Bois de Gaudusson, « Une justice en Afrique. Nouveaux défis, nouveaux acteurs. Introduction thématique » (2014) 250:2 *Afrique contemporaine* 13; Richard Crook, « Règlement alternatif des conflits et tribunaux de district au Ghana : une hybridation pragmatique » (2014) 250:2 *Afrique contemporaine* 29; Kéfing Konde, Camille Kuyu Mwissa et Étienne Le Roy, « Demandes de justice et accès au droit en Guinée » (2002) 2-3: 51-52 *Dr et soc* 383; Étienne Le Roy, « Présentation. De la modernité de la justice contemporaine en Afrique francophone » (2002) 2-3:51-52 *Dr et soc* 297.

81. Voir Maurice Flory, « Décolonisation et succession d'États » (1966) 12 *AFDI* 577; Louis Jean-Victor, « L'accession du Congo à l'indépendance — Problèmes de succession d'États dans la jurisprudence belge » (1966) 12 *AFDI* 731; Jean-Claude Gautron, « Sur quelques aspects de la succession d'États au Sénégal » (1962) 8 *AFDI* 836.

droit et des institutions judiciaires. Lorsque ceux-ci ne sont pas le reflet des « valeurs » ou diktats de la société occidentale dans sa prétention à l'universalité, ils constituent le prolongement des intérêts d'une élite gouvernante qui s'est substituée aux colons d'hier dans le processus de domination et de spoliation du bas peuple. Et même lorsque ce droit et les institutions judiciaires occidentales auraient été bénéfiques pour le continent, l'élite dirigeante postcoloniale s'est très souvent employée à copier la lettre sans l'esprit, le texte sans le contexte, bref les a appropriés sans leurs valeurs fondatrices, de sorte que même le processus dit *démocratique* de la production postcoloniale du droit n'a jamais été le reflet de la volonté populaire ou de la justice sociale et, encore moins, des pratiques sociales, notamment pour ce qui est du droit des contrats.

Par ce processus d'étatisation du droit, l'État en a confisqué la production⁸² et substitué à la démocratie directe (volonté du peuple) la démocratie représentative (volonté des élites). À la souplesse et à l'accessibilité des normes de droit autochtone s'opposent la rigidité et l'inaccessibilité des normes de droit moderne⁸³, qui renforcent leur illégitimité et *ipso facto* le sentiment d'injustice chez les sujets de droit, tout comme l'affirmation, en certains cas, du primat de l'individu sur la communauté sociale. Pour tout dire, du point de vue de la légitimité démocratique du droit applicable, au-delà des métarécits d'une liberté retrouvée, l'après-indépendance en Afrique postcoloniale est restée égale à l'avant-indépendance.

À cette crise de légitimité du droit moderne qui sévit en droit des contrats comme dans toutes les autres branches du droit étatique s'ajoute la crise éthique ou axiologique de la justice étatique que l'on assimile parfois à la crise de l'État de droit en Afrique⁸⁴ et, plus généralement, à la crise de l'État en Afrique, dont le droit importé constitue le pilier⁸⁵. Le droit, dans sa finalité, implique, en effet, l'« idée de justice

82. Jacques Vanderlinden, « Rendre la production du droit aux "peuples" » (1996) 62 *Politique africaine* 83 [Vanderlinden, « Rendre la production du droit »].

83. Voir, en ce sens, Joseph Fometeu, « Le voisinage en Afrique: plaidoyer pour la construction d'un droit africain du voisinage » (2008) 60:1 *RIDC* 121.

84. Voir Losséni Cissé, *La problématique de l'État de droit en Afrique de l'Ouest: analyse comparée de la situation de la Côte d'Ivoire, de la Mauritanie, du Libéria et de la Sierra Léone*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris XII, 2009; Alain Moyrand, « Réflexions sur l'introduction de l'État de droit en Afrique noire francophone » (1991) 43:4 *RIDC* 853; Alain Moyrand, « Réflexions sur les incertitudes de l'état du droit au Tchad: constat et propositions » (1989) 41:3 *RIDC* 595.

85. L'effondrement du mode de production étatique, qu'il soit législatif ou jurisprudentiel, d'abord. Quel que soit l'angle sous lequel on l'aborde — celui du scientifique ou du praticien —,

qui doit être rendue»⁸⁶. Or, au Cameroun comme dans plusieurs autres pays africains, la justice n'est plus un élément de définition du droit⁸⁷. Celui-ci n'est plus l'art du bon et du juste. Il est davantage un ordre de contraintes arbitraires imposé par le souverain ou ses suzerains (autorités). La justice étatique, comme à l'époque coloniale⁸⁸, fonctionne à deux vitesses, l'une pour l'élite et l'autre pour le bas peuple : une justice instrumentale dont le référent axiologique, loin de l'essence du droit, est davantage l'intérêt que le juste; une justice sans âme, rendue par des juges aux ordres du politique, foncièrement corrompue⁸⁹, pesante et inaccessible⁹⁰, dont la conception et la procédure, par sa contrariété, sa technicité ou sa cherté, sont, pour l'essentiel, étrangères aux représentations autochtones du droit et de la justice⁹¹.

la faillite des droits étatiques africains est devenue un truisme, sans qu'il faille même aller jusqu'à des situations extrêmes comme celle, par exemple, du Zaïre. Elle est étroitement liée à la délitescence de leur producteur, l'État africain.

Vanderlinden, « Rendre la production du droit », *supra* note 82 à la p 87. Voir Joël Baraka Akilimali et Trésor Makunya Muhindo, dir, *L'État africain et la crise postcoloniale*, Paris, L'Harmattan, 2021; Bertrand Badie, *L'État importé, l'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris, Fayard, 1992; Martin Kuengienda, *Crise de l'État en Afrique et modernité politique en question*, Paris, L'Harmattan, 2008; Yves Mény, dir, *Les politiques du mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993; Pierre François Gonidec, « La crise africaine : une crise de l'État » (1995) 7:1 *African Journal of International and Comparative Law* 6.

86. Hans Albrecht Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, « Quelques réflexions sur la nature du droit » (1989) 10 *Droits* 81.

87. Otfried Höffe, « La justice qui définit le droit » (1989) 10 *Droits* 35.

88. Voir Bénédicte Brunet-La Ruche et Laurent Manière, « De l' "exception" et du "droit commun" en situation coloniale : l'impossible transition du code de l'indigénat vers la justice indigène en AOF » dans Bérangère Piret et al, dir, *Droit et justice en Afrique coloniale : traditions, productions et réformes*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2014, 117.

89. Voir Laurent-Roger Ngimbog, « La justice administrative à l'épreuve du phénomène de la corruption au Cameroun » (2002) 2:51–52 *Dr et soc* 301; Pierre Titi Nwel, dir, *Corruption in Cameroon*, GERDES Friedrich-Ebert-Stiftung Cameroon, 1999 aux pp 54–57.

90. Voir Isaac Bolivar René Njupouen, *Dynamiques alternatives pour l'accès au droit et à la justice dans un contexte de pauvreté : enjeux de l'état de droit, de la gouvernance et du développement durable*, Thèse de doctorat en sociologie, Université Paris IX, 2013; Alioune Badiane et al, *Pauvreté urbaine et accès à la justice en Afrique : impasses et alternatives*, Paris, L'Harmattan, 1995; Alioune Badara Fall, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place des juges dans les systèmes politiques en Afrique » dans Jacques-Yvan Morin et Ghislain Otis, dir, *Les défis des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 309; Demba Sy, « La condition de juge en Afrique : l'exemple du Sénégal » *ibid*, 347; Boubacar Issa Abdouramane, « Les juges à l'épreuve de la démocratisation : l'exemple du Niger » *ibid*, 375; Jean-Marie Breton, « L'égalité et État de droit : statut et perception du juge de l'administration en Afrique noire francophone. Contribution à une réflexion transversale » *ibid*, 389.

91. Konde, Kuyu et Le Roy, *supra* note 80; Jean-Godefroy Bidima, « Rationalités et procédures juridiques en Afrique » (2003) 202:2 *Diogenès* 81; Jocelyn Ngoumbango Kohetto, *L'accès au droit et à la justice des citoyens en République centrafricaine*, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Bourgogne, 2013.

Au lieu de « dire le droit » et de faire passer le droit pour la justice, y compris le droit injuste, au nom de la légalité formelle, comme en Occident, en Afrique précoloniale, une norme sociale ne devient droit que parce qu'elle est avant tout considérée comme étant juste⁹². Vouloir substituer à une conception authentique et essentialiste du droit et de la justice une conception légale et formaliste s'avère source de crise et d'insécurité juridiques⁹³. En outre, la surinstitutionnalisation et la tarification de la justice de l'État postcolonial, sur le modèle censitaire de l'Occident, a eu pour conséquence sa délégitimation et son éloignement du bas peuple⁹⁴, jadis habitué à une justice orale de proximité et gratuite (justice des chefs du village, chefs de quartier, notables, patriarches, matriarches, etc.)⁹⁵. Un fléau du droit moderne qui commence à contaminer le système de justice traditionnelle. Ainsi, certains responsables coutumiers n'hésitent-ils plus désormais à demander aux justiciables de leur apporter ce qu'ils appellent « le vin du procès » au mépris des us et coutumes, et ce, particulièrement en matière de contentieux contractuel, trop souvent perçu comme mettant en jeu des intérêts économiques.

Dans une société restée attachée aux traditions et où la justice autrefois faisait corps avec le droit naturel ou le droit social, le droit de l'État postcolonial, en dépit de la décolonisation, est demeuré un droit essentiellement répressif, perçu comme le pendant de l'injustice sociale et de la personnalisation du pouvoir illégitime de l'État. Au Cameroun, comme dans d'autres « démocraties »⁹⁶ de la sous-région en Afrique subsaharienne, le parlement, censé être l'instance suprême de la production démocratique du droit, a symboliquement été baptisé, dans les discours populaire et médiatique, « chambre d'enregistrement des hautes instructions du président de la République », et les palais de justice, « palais d'injustice ».

92. Voir Éric Vigne, « Dire le droit ou rendre justice? » (2002) 2–3:51–52 Dr et soc 415.

93. John-Nambo, *supra* note 55.

94. Francis Riche Bilong Nkoh, « Éloignement de la justice de ses réalités locales et crise d'effectivité des normes de procédure pénale au Cameroun » (2017) 69:1 RIDC 211.

95. Étienne Le Roy, « Justice africaine et oralité juridique » (1974) 36:3 Bulletin de l'Institut fondamental d'Afrique noire, série B : Sciences humaines 559; Étienne Le Roy, « L'évolution de la justice traditionnelle dans l'Afrique francophone » (1975) 9:1 Canadian Journal of African Studies 75.

96. Néologisme issu de la contraction de « démocratie » et « dictature » pour désigner, en sociologie politique, les régimes officiellement démocratiques (démocratie formelle), mais officieusement dictatoriaux (dictature réelle).

La raison en est simple. Aussi étrange que cela puisse paraître, le parlement camerounais, depuis sa création en 1962, n'a jamais été à l'initiative d'une « proposition de loi » adoptée; les lois jusqu'ici ont été toutes issues de « projets de loi » initiés par le gouvernement, notamment de la présidence de la République. Il n'y a que de pseudo-élections, et les référendums comme toutes les autres formes de consultation populaire sont inexistantes. Le conseil supérieur de la magistrature est présidé par le président de la République qui nomme, promeut et révoque les employés judiciaires, sans contrôle *a priori* ou *a posteriori* du parlement. C'est dire l'amplitude du fléau antidémocratique de la confiscation de la production du droit, dénoncé par Jacques Vanderlinden⁹⁷, surtout dans les « démocraties » hyperprésidentielles de l'Afrique postcoloniale⁹⁸.

Au Cameroun, la cooptation ou l'élection de nombreux chefs traditionnels au Sénat (chambre haute, également dite chambre des sages du parlement) aurait pu être l'occasion d'une meilleure prise en compte, dans la législation, du droit traditionnel coutumier dont ils sont les gardiens dans la législation étatique, mais l'embrigadement de ceux-ci au sein du parti-État au pouvoir n'a pas vraiment changé la donne législative. La crise du droit et de la justice sur le continent n'est donc pas tant un fait colonial que davantage un fait social et politique entretenu à dessein par l'élite postcoloniale au détriment du bas peuple. Aussi, au Cameroun, comme partout ailleurs sur le continent, est apparue une forme de justice parallèle ou justice populaire, parfois illégale aux yeux de l'État, mais plus sensible au droit autochtone et qui constitue une solution de rechange au droit et à la justice inaccessibles de l'État⁹⁹, ce qui plaide en faveur d'une nécessaire prise en compte de la teneur normative des pratiques juridiques coutumières, tel le *Nsountee*, dans la législation étatique.

La crise du droit moderne en Afrique est aussi une crise du langage même du droit, car, pour autant que le droit est langage avant d'être procédure, comment connaître, dire le droit ou rendre la justice dans

97. Vanderlinden, « Rendre la production du droit », *supra* note 82.

98. Voir Eric Fokou, « De l'idéal démocratique de l'équilibre à la réalité politique du déséquilibre des pouvoirs » (2020) 14 *Les Annales de droit* 37.

99. Mvondo, « La justice parallèle au Cameroun », *supra* note 56; Mvondo, « La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone », *supra* note 80; Keba M'baye, « Le règlement des litiges hors des tribunaux en Afrique » dans Hein Kötz et Reynald Ottenhof, dir, *Les conciliateurs, la conciliation*, Paris, Economica, 1983; Marc Debene, « La justice sans juge, hier et demain » (1990) 156:4 *Afrique contemporaine* 86.

un langage étranger, incompris de la plupart des sujets de droit ou justiciables¹⁰⁰? Il faut dire que le problème n'est pas propre à l'Afrique. Il se pose avec la même acuité dans toutes les sociétés postcoloniales, même lorsqu'il existe une ouverture de l'État en faveur de la reconnaissance des langues et cultures autochtones¹⁰¹. Certes, la décolonisation et la scolarisation ont favorisé en partie l'apprentissage, par les populations indigènes, des langues coloniales devenues nationales par imposition. Il n'en demeure pas moins que le langage du droit en Afrique contemporaine reste un sujet préoccupant quand on sait l'importance de l'empreinte culturelle des termes juridiques dans le processus d'appropriation des règles de droit¹⁰². Conçues ailleurs et dans des langues étrangères, ces règles — pensons à celles du droit civil des contrats qui sont inadaptées au *Nsountee*, car trop abstraites et rigides —, dont le caractère technique rend le langage spécialisé du droit¹⁰³ particulièrement aride aux profanes, à plus forte raison lorsqu'ils doivent l'utiliser dans une langue vernaculaire, posent d'énormes problèmes d'interculturalité et de traduction¹⁰⁴. Langage, droit et culture sont indissociables, le droit étant un fait linguistique et culturel¹⁰⁵. C'est pourquoi, au Cameroun, comme dans beaucoup de pays africains, le bilinguisme ou le monolinguisme juridique (français/anglais) imposé par le droit officiel est constamment en tension avec le plurilinguisme des sociétés autochtones.

100. Voir Nazam Halaoui, « La langue de la justice et les constitutions africaines » (2002) 2-3:51-52 *Dr et soc* 345.

101. Voir Ghislain Otis, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada » (2009) 54:2 *RD McGill* 237.

102. Voir Florence Terral, « L'empreinte culturelle des termes juridiques » (2004) 49:4 *Meta* 876; Bilong Nkoh, *supra* note 94 aux pp 222-225.

103. Voir Jean-Claude Gémard, « Les fondements du langage du droit comme langue de spécialité. Du sens et de la forme du texte juridique » (1990) 21:4 *RGD* 717.

104. Camille Roger Abolou, « Le discours juridique en Afrique noire. Terminologie et traduction du droit » (2011) 16:1 *Revue française de linguistique appliquée* 17.

105. Jean-Claude Gémard, « Aux sources de la "jurilinguistique" : texte juridique, langues et cultures » (2011) 16:1 *Revue française de linguistique appliquée* 9.

Le Cameroun, pour ne citer que ce cas, dont les langues officielles du droit et de l'administration sont le français (dans la zone francophone) et l'anglais (dans la zone anglophone), du fait de sa diversité ethnoculturelle, compterait plus de 300 langues maternelles qui concurrencent ou dominent, au quotidien, le français et l'anglais dans toutes les sphères de la vie sociale. Ce phénomène sociolinguistique a été parfois qualifié à tort, pour le dénigrer, d'« envillageoisement » de l'administration publique, alors qu'il aurait fallu admettre que « chassez le naturel par la porte, il revient au galop par la fenêtre pour remplacer l'artificiel ». Il s'agit d'un phénomène social irréductible dont s'est accommodé l'État bon gré, mal gré. D'une part, le législateur a institué, sur le plan local, des tribunaux de droit traditionnel (*customary courts*) peu formalistes, où les justiciables ont le droit d'ester et, *de facto*, les juges, de juger, oralement dans leur langue maternelle, ce qui est possible même devant les tribunaux de droit civil et de common law par le biais de la traduction. D'autre part, à la faveur d'un vent de multiculturalisme, ces langues, autrefois interdites d'usage en milieu scolaire, peuvent désormais être enseignées à partir du français et de l'anglais, ce qui pose, cependant, quelques problèmes de traduction, notamment en l'absence de structures spécialisées. C'est ainsi qu'il est fréquent pour un traducteur juridique de se trouver devant la quadrature du cercle : un mot en langue maternelle n'ayant point d'équivalent fonctionnel en français ou en anglais, et *vice versa*.

La crise du droit moderne en Afrique, qui rappelle en partie celle du droit en Occident¹⁰⁶, est aussi et surtout une crise d'effectivité et d'efficacité, qui se traduit par l'impuissance du droit à devenir en temps réel ou temps utile un outil de régulation de la société et un moteur du changement social¹⁰⁷, et ce, en matière contractuelle comme en tout autre domaine (foncier, familial, commercial, etc.). Cette crise d'effectivité et d'efficacité est une conséquence logique des crises de légitimité et de langage que connaît l'État occidentalisé en Afrique. Que peut-on attendre, en effet, d'un droit désadapté et déconnecté des

106. Pauline Maisani et Florence Wiener, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit » (1994) 27 Dr et soc 443 aux pp 445–446.

107. Léonard Matala-Tala, « L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne » (2013) 2:31 Civitas Europa 239; David Hiez et Séverine Menétrey, dir, *L'effectivité du droit dans l'espace OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2016.

pratiques sociales, si ce n'est un écart toujours croissant entre celles-ci et les normes juridiques? Des pratiques sociales d'une autre juridicité (droit social autochtone) sont reléguées par le droit étatique, comme par déresponsabilisation des autorités normatives, au secteur dit informel ou sphère du non-droit, de l'infra-droit ou de l'anti-droit, comme si c'est à ces pratiques sociales de venir au droit jupitérien de l'État plutôt que d'être reconnues et encadrées par celui-ci¹⁰⁸.

C'est dire que le droit étatique en Afrique, figure d'une modernité inachevée, plutôt que d'être un droit en action, d'évolution ou de révolution, est resté un droit de réaction et d'inaction sociales. Les fondements du droit importé d'Occident ou d'Orient demeurent incompris par la plupart des populations autochtones qui, à tort ou à raison, continuent à y percevoir, non pas un épiphénomène neutre de transfert de droit¹⁰⁹, mais bien le prolongement d'une colonisation ou domination culturelles dont l'autodétermination de l'État postcolonial était censée sonner le glas¹¹⁰. Symboliquement, la vigueur du *Nsountee* dans la communauté *Ngombale* ne serait d'ailleurs qu'un acte de résistance juridique, politique et culturelle face au droit colonial que continue d'imposer l'État postcolonial, perçu avec raison comme un État néocolonial.

Enfin, même s'il garde encore une certaine vitalité, en dépit des vicissitudes de la colonisation, de la postcolonisation et de la néocolonisation qui continuent à l'éprouver, l'on ne peut nier le fait que le droit africain autochtone est lui-même en crise. Il traverse en effet une double crise interne de connaissance et de reconnaissance¹¹¹ : une crise de sa connaissance par les sujets et opérateurs du droit, et une crise de sa reconnaissance par l'État et certains mouvements sociaux progressistes tant du fait de sa nature, que de ses sources et de

108. Voir Prosper Nkoy Mvondo, *Le dualisme juridique en Afrique noire francophone. Du droit privé formel au droit privé informel*, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Strasbourg 3, 1995.

109. Voir Jean Gaudemet, « Les transferts de droit » (1976) 27 *L'Année sociologique* (3^e) 29.

110. Voir Camille Kuyu Mwiswa, *Parenté et famille dans les cultures africaines : points de vue de l'anthropologie juridique*, Paris, Karthala, 2005 aux pp 69–78 et 85–92.

111. Voir Jacques Vanderlinden, dir, *La connaissance du droit en Afrique*, Bruxelles, Académie royale des sciences d'outre-mer, 1985.

l'épistémicide¹¹² ou juridicide¹¹³ dont il est victime depuis la colonisation. La crise de la connaissance du droit africain autochtone, très prégnante dans le milieu urbain et jeune, provient du fait que ses sources orales le rendent volatile, presque insaisissable dans le temps et particulièrement rétif à toute étude analytique, synthétique ou systématique. Elle résulte aussi d'un long processus de déculturation et d'assimilation des populations indigènes par l'esclavage et la colonisation — par l'intermédiaire d'un « lavage de cerveau » ou « génocide culturel » appelé « civilisation »¹¹⁴ —, contraintes qu'elles ont été de se mettre à l'école du droit du colonisateur, même après l'acte juridique de décolonisation, qui reste un vaste projet inachevé, la colonisation ayant été, dès lors, un processus transculturel de non-retour.

Quant à la crise de reconnaissance du droit autochtone en Afrique, elle reste liée à deux principaux facteurs. D'abord, le facteur étatique dont résulte l'absence ou l'insuffisance de codification¹¹⁵ ou de reconnaissance du droit autochtone, mais aussi la vaine tentative

112. Par épistémicide, terme emprunté au sociologue Boaventura de Sousa Santos, il faut entendre le génocide linguistique, cognitif et culturel perpétré contre les peuples colonisés par l'administration coloniale, c'est-à-dire la substitution programmée, par l'invisibilisation, la dévalorisation, la subalternisation, la marginalisation, l'illégalisation et la délégitimation, des langues, cultures, croyances et connaissances autochtones par les colons, rendant le colonisé et sa descendance définitivement incapables de penser, de croire et de parler par eux-mêmes et pour eux-mêmes sans passer par les schèmes de pensée et croyances préétablis par le colon. Voir Boaventura de Sousa Santos, *Epistemologies of the South. Justice Against Epistemicide*, 1^{re} éd, New York, Routledge, 2014; Boaventura de Sousa Santos, *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*, 1^{re} éd, Porto, Afrontamento, 1994; Boaventura de Sousa Santos, « Epistemologies of the South and the Future » (2016) 1 *From the European South: A Transdisciplinary Journal of Postcolonial Humanities* 17; Boaventura de Sousa Santos, « Épistémologies du Sud » (2011) 187 *Études rurales* 21 aux pp 45 et s. [Sousa Santos, « Épistémologies du Sud »]. Voir aussi Baptiste Godrie et Marie Dos Santos, « Présentation : inégalités sociales, production des savoirs et de l'ignorance » (2017) 49:1 *Socio et soc* 7.

113. Le juridicide désigne, dans le sillage de l'épistémicide, le bannissement, l'abolition, la subalternisation et la substitution programmée du droit dit moderne des pays colonisateurs au droit autochtone (concepts, raisonnement, institutions et systèmes juridiques) des pays colonisés.

114. Voir Romain Landmeters et Nathalie Tousignant, « Civiliser les "indigènes" par le droit. Antoine Sohier et les revues juridiques coloniales (1925–1960) » (2019) 83:2 *RIEJ* 81; Wenceslas Busane Ruhana Mirindi, « La notion de civilisation en droit colonial belge postérieur à la Seconde Guerre mondiale et en droit congolais postérieur à l'indépendance » (2019) 83:2 *RIEJ* 101; Pierre-Olivier de Broux et Bérengère Piret, « "Le Congo était fondé dans l'intérêt de la civilisation et de la Belgique". La notion de *civilisation* dans la Charte coloniale » (2019) 83:2 *RIEJ* 51.

115. Voir Vincent Kangulumba Mbambi, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne » (2005) 46:1–2 *C de D* 315.

d'uniformisation du droit, voire de refus du pluralisme normatif¹¹⁶ par l'État postcolonial qui, malgré la primauté sociale du droit autochtone, ne lui accorde finalement qu'une place subsidiaire ou marginale, lorsqu'il ne l'abroge, ne l'invalide ou ne l'illégalise pas tout simplement, comme au temps de l'administration coloniale¹¹⁷. À cet égard, la crise de légitimité du droit moderne contraste avec celle de la légalité du droit autochtone, ce qui accentue la crise de connaissance du droit autochtone chez les sujets et opérateurs du droit, et crée de l'insécurité juridique en l'absence de toute règle de reconnaissance formelle (*rule of recognition*)¹¹⁸ de ce qui est de ce droit ou de ce qui ne l'est pas. Aussi, le droit autochtone, bien que vivant et appliqué par les acteurs sociaux ou les tribunaux traditionnels de l'État, vit-il noyé et perdu dans toutes les autres normes sociales, notamment morales et religieuses avec lesquelles il se confond dans son informité¹¹⁹.

Ensuite vient le facteur sociologique lié à l'évolution de la société africaine dans un contexte de mondialisation du droit qui rime de moins en moins avec la nature plus ou moins patriarcale du droit autochtone, désormais perçu, à tort ou à raison, comme un vestige d'un passé précolonial révolu. Des mouvements sociaux, tels le féminisme, le mouvement LGBTQ, etc., verraient, en effet, en la réhabilitation sans filtre du droit autochtone en Afrique, sans une cure introspective de jeunesse et sans un contrôle *a posteriori* de l'égalité entre les sujets de droit, une forme de régression d'une société pourtant en pleine évolution¹²⁰. Quoi qu'il en soit,

Des formules doivent être trouvées, inspirées d'expériences similaires ou originales et propres à l'Afrique contemporaine. L'essentiel est que l'on renonce d'une part à la justice et au droit étatiques comme seul for et seul droit applicable et d'autre

116. Étienne Le Roy, «Pourquoi, en Afrique, "le droit" refuse-t-il toujours le pluralisme que le communautarisme induit?» (2016) 40:2 *Anthropologie et sociétés* 25.

117. Voir Florence Renucci, «Le juge et la connaissance du droit indigène. Éléments de comparaison entre l'Algérie et la Libye aux premiers temps de la colonisation» dans Bernard Durand et Eric Gasparini, dir, *Le juge et l'outre-mer, tome III : Médée ou les impératifs du choix*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2007, 211.

118. Voir Philippe Gérard, «L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes» (2010) 65:2 *RIEJ* 65.

119. Pour une exception qui confirme la règle, voir Catherine Baroin, «Une "Constitution" autochtone africaine chez les Rwa du mont Meru (Tanzanie)» (2020) 79 *Dr et cult* 243, en ligne: *OpenEdition Journals* <journals.openedition.org/droitcultures/6357>.

120. Voir Victor Emmanuel Bokalli, «La coutume, source de droit au Cameroun» (1997) 28:1 *RGD37*.

part que l'on mette en place consensuellement des mécanismes d'ajustement des inévitables conflits entre les multiples fors et droits autonomes que le « peuple » d'Afrique a choisis au cours des dernières années pour organiser sa vie sociale.

À l'heure où il est beaucoup question de « démocratie » sur le continent africain, [...], rendre à ce dernier [le peuple] le rôle qui n'aurait jamais dû cesser d'être le sien dans la production du droit, n'est-ce pas, au fond, faire œuvre démocratique au vrai sens du terme? Et, à l'heure où ce « peuple » est, par la force des choses, infiniment divers, est-il solution plus « démocratique » que d'adopter une solution consensuelle et pluraliste au sens plein du terme?¹²¹

Toute forme de savoir, dit-on souvent, est ethnocentrée¹²², à plus forte raison le droit qui a une forte empreinte culturelle. Dès lors se méprendrait quiconque pense que le droit ou la connaissance du droit est le produit de la seule raison pure. Le présent essai sur le *Nsountee* chez les *Ngombale* constitue, nous l'espérons, une sorte de protologisme qui s'inscrit dans *l'horizon utopique d'une décolonisation du droit et de la pensée juridique en Afrique*¹²³. Un horizon sous lequel le juriste africain postcolonial assume enfin son afrocentricité et cesse d'être, par paresse intellectuelle, un « prêt-à-penser » des catégories juridiques du droit importé, socialement désadaptées aux réalités du continent. Un horizon sous lequel le législateur africain postcolonial cesse d'être, par panurgisme, un spécialiste des copier-coller de textes juridiques sans contexte. Car si l'on a pu dire, à juste titre, que la décolonisation du continent reste encore un « projet inachevé »¹²⁴, il faut constater que le droit et la pensée juridiques en Afrique postcoloniale, notamment par la pratique du mimétisme¹²⁵ législatif, institutionnel et même

121. Vanderlinden, « Rendre la production du droit », *supra* note 82 aux pp 93–94.

122. Voir Lahouari Addi, « Sociologie du savoir sur Autrui : contribution au débat sur les études postcoloniales » (2012) 4:72 *Mouvements* 54; Rouland, *supra* note 74 aux pp 24 et s.

123. Voir Joseph Tonda, « L'impossible décolonisation des sciences sociales africaines » (2012) 4:72 *Mouvements* 108. La décolonisation du droit et de la pensée juridique en Afrique, voire la décolonisation tout court, constitue un projet en lui-même utopique. Car comment décoloniser le droit et la pensée juridique lorsque le droit en vigueur et le langage du droit sont un produit de la colonisation? Comment décoloniser tout court, lorsque les schèmes de pensée du colonisé sont désormais ceux du colon, c'est-à-dire lorsque le colon a rendu le colonisé incapable de penser par lui-même et pour lui-même?

124. Kamto, *supra* note 30. Voir aussi Peyroulou, *supra* note 30.

125. Pour Dominique Darbon, « le mimétisme institutionnel apparaît comme un mode particulier d'ingénierie sociale, caractérisé par l'importation concrète ou diffuse, plus ou moins massive, de technologies institutionnelles externes, extirpées de leur environnement géniteur,

doctrinal, qui se perpétue malgré plus d'un demi-siècle d'échecs cuisants¹²⁶, symbolisent, à eux seuls, non seulement l'inachèvement de cette décolonisation, mais aussi une recolonisation inconsciente du continent par ceux-là mêmes qui sont censés parachever la décolonisation, à savoir les *jurisluteurs*.

D'où l'urgence pour le juriste africain contemporain de sortir enfin de son mimétisme ou exotisme légendaire pour entreprendre, non par introversion, mais par introspection, une « épistémologie des absences » de ce droit traditionnel précolonial qui continue de survivre dans les faits sociaux, et ce, malgré les multiples tentatives de déjuridicisation, de marginalisation, de subalternisation, d'invisibilisation, d'illégalisation, de délégitimation, et sa substitution, en conséquence, par l'ordre juridique colonial et postcolonial en tant qu'ordre juridique foncièrement « brutaliste » et « juridicidaire » pour les sujets de droit autochtones¹²⁷. Il s'agit là de construire une sorte d'« épistémologie juridique du Sud », une « épistémologie juridique tiers-mondiste », une « épistémologie juridique postcoloniale ou décoloniale », c'est-à-dire une épistémologie juridique critique comme solution de remplacement à la rationalité monoculturelle de type occidental, qui vise à construire une *épistémè* à la fois déconstructiviste de l'ordre juridique colonial et restructiviste d'un droit africain postcolonial, sinon décolonisé. Cette épistémologie juridique des absences se situe dans

arbitrairement reconstruites et modélisées, à travers les codes propres des exportateurs et importateurs et ayant vocation à s'insérer dans un autre environnement » : Dominique Darbon, « À qui profite le mime? Le mimétisme institutionnel confronté à ses représentations en Afrique » dans Yves Mény, dir, *Les politiques du mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993 aux pp 113–114.

126. Voir Mény, *supra* note 85.

127. Le brutalisme juridique serait la caractéristique d'un ordre juridique imposé, injuste, violent, répressif, dictatorial, « anti-droits-de-l'homme », antidémocratique, antisocial, anti-développemental, etc. Il est, en définitive, juridicidaire et antijuridique parce que pourvoyeur de désordre et d'injustice, et donc, contraire à l'État de droit et à l'idée même de droit. L'ordre juridique nazi et l'ordre juridique colonial en sont de parfaites illustrations, sans oublier, dans une certaine mesure, l'ordre juridique postcolonial, notamment en Afrique où des dictateurs ou des sortes de « colons à la peau noire » ont remplacé les colons blancs à la tête des États de non-droit où ils décident arbitrairement de l'état du « droit ». Sur le concept philosophico-politico-artistique de brutalisme qui désigne un exercice de torsion et de remodelage par la force des éléments de tout ordre (matériel et immatériel), voir Reyner Banham, *The New Brutalism: Ethic or Aesthetic?*, Londres, Architectural Press, 1966; Mo H Zareei et al, « Sound-Based Brutalism: An Emergent Aesthetic » (2006) 21:1 Style and Genre in Electroacoustic Music 51; Alexander Clément, *Brutalism: Post-War British Architecture*, Ramsbury, Crowood Press, 2011; Achille Mbembe, *Le brutalisme*, Paris, La Découverte, 2020.

la continuité de ce que Boaventura de Souza Santos a appelé une « sociologie des absences », c'est-à-dire :

Une recherche qui vise à montrer que ce qui n'existe pas est activement produit comme non existant, c'est-à-dire comme une alternative [*sic*] non crédible à ce qui est supposé exister. L'objet empirique de cette recherche est impossible du point de vue des sciences sociales conventionnelles. Le but de cette sociologie [ou épistémologie] est donc de rendre possibles les objets impossibles, de rendre présents les objets absents. La non-existence est produite chaque fois qu'une certaine entité est tellement disqualifiée qu'elle disparaît et devient invisible ou qu'elle est défigurée au point de devenir inintelligible¹²⁸.

Une sociologie, philosophie, anthropologie, ethnologie, juridique, etc. des absences permettrait de redécouvrir et de rendre possible ce droit social précolonial, trop longtemps marginalisé et invisibilisé en dépit de sa vigueur ou de son effectivité sociale, par le droit étatique hérité de la colonisation. Une épistémologie juridique des absences ou épistémologie du droit africain, tout court, permettrait de parachever la décolonisation du droit et de la pensée juridique en Afrique, d'africaniser le droit africain et de construire l'efficacité d'un droit africain postcolonial enfin décolonisé, de boucler la boucle, bref de réaliser l'utopie. Autrement dit,

[I]'Afrique a besoin des juristes qui s'assigneront la tâche de repenser les coutumes et puisant dans les autres sources de droit, bâtiront un droit africain moderne [entre guillemets].

Le problème se situe donc au niveau des principes.

[...] si le rôle d'un homme de droit africain ne doit en rien le différencier de son confrère européen, qu'apporte-t-il réellement à l'Afrique? Le droit [africain] de l'avenir devra être un prolongement de la coutume en tant qu'expérience populaire sans que cela puisse signifier un retour aux formes anciennes¹²⁹.

128. Sousa Santos, « Épistémologies du Sud », *supra* note 112 à la p 34.

129. A Wade, « L'Afrique doit-elle élaborer un droit positif? » (1956) 8:10 *Présence africaine* 301.

CONCLUSION : DÉCONSTRUIRE ET RECONSTRUIRE L'OBJET-DROIT ET CONTRAT

Cet essai sur le *Nsoutee* reste une « pensée inachevée »¹³⁰, mais il est aussi une œuvre de vulgarisation¹³¹ qui témoigne de la culturalité du droit et de l'interculturalité des phénomènes juridiques. L'objectif pédagogique était de raconter l'histoire de ce « droit social » chez les *Ngombale*, qui a survécu au *juridicide* colonial et poursuit son histoire, malgré sa non-reconnaissance par l'ordre juridique postcolonial qui continue de le donner pour dégradant ou non existant. Si l'objectif n'a pu être atteint, que cela puisse se comprendre. La réussite d'un « essai » est bien souvent le fruit de plusieurs tentatives infructueuses.

Le lecteur peut voir en cette réflexion — et c'est la vocation de tout essai — une dimension militante, satirique, didactique, polémique, diagnostique, réflexive ou simplement cognitive en ce qu'elle prend position, suscite le questionnement, la réflexion ou la discussion autour de la connaissance d'un sujet donné — ici le contrat —, voire d'une chose qui existe, — ici le droit autochtone —, mais qui, pour une raison connue ou inconnue, est donnée pour inexistant par l'ordre établi, en l'espèce l'ordre juridique dominant : étatique, occidental, colonial, post-colonial ou néocolonial que nous avons entendu décrire et décrier¹³². Nous y voyons aussi une invitation pour nous, juristes, à « connaître contre et outre » la conception juridique limitée du contrat qu'impose le Code civil. Si « connaître contre » appelle à déconstruire les connaissances juridiques antérieures et mal faites, « connaître outre » exige de dépasser la déconstruction, c'est-à-dire de reconstruire notre connaissance du droit et du contrat¹³³.

130. Joseph Bonenfant, *supra* note 9.

131. Voir Jean-François Chassay, « La science à l'essai » (2005) 37:1 *Études littéraires* 105.

132. [L]essai parle toujours de quelque chose qui possède déjà une forme, ou au mieux de quelque chose qui a déjà été, il appartient donc à sa nature de ne pas faire surgir de la vacuité du néant des choses nouvelles, mais de conférer une organisation nouvelle aux choses qui ont déjà, à un moment quelconque, possédé la vie. Et comme il ne fait que leur conférer une organisation nouvelle et ne forme rien de nouveau à partir d'une absence de forme, il leur est également lié, il doit toujours énoncer à leur sujet « la vérité » et trouver une expression pour leur nature.

Georges Lukacs, « Nature et forme de l'essai » (1972) 5:1 *Études littéraires* 91 à la p 104.

133. « En fait, on connaît contre une connaissance antérieure, en détruisant des connaissances mal faites, en surmontant ce qui, dans l'esprit même, fait obstacle à la spiritualisation » : Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 12^e éd, Paris, Vrin, 1983 à la p 14. Voir aussi Langlet, *supra* note 21 aux pp 278 et s.

Les narrateurs essayistes ont tenté de décrire et de reconstruire l'objet-contrat et l'objet-droit chez les *Ngombale* tout en déconstruisant certains mythes et préjugés contenus dans le droit des contrats et la pensée juridique occidentale. L'un des narrateurs est un sujet de droit traditionnel par sa filiation et un sujet de droit moderne par l'héritage de la colonisation et de sa société d'adoption. Il a vécu, près de trois décennies de scènes du droit traditionnel avant d'être formé, plus tard, à l'école du droit colonial dit moderne. Dans le spectre des points de vue, il pourrait revendiquer le « point de vue interne modéré » ou le « point de vue externe modéré »¹³⁴ d'un « observateur actif » ou d'un « observateur averti ». Celui se situant à cheval entre le point de vue externe de l'« observateur passif » ou celui d'un « observateur non averti », étranger à la scène, venu d'ailleurs et non exempt de préjugés sur la communauté *Ngombale*, tel un juriste occidental — l'autre narrateur —, et le point de vue interne de l'« observateur-acteur » ou « observateur distrait » par l'action de la scène qu'il joue et ne peut en même temps observer et s'observer, tel le villageois *Ngombale*, ne connaissant aucun droit autre que le sien¹³⁵. Notre point de vue essayistique est donc celui de l'observateur averti, « positionné au balcon », et observant avec les lunettes télescopiques la scène juridique à travers le droit moderne et le droit traditionnel dont on connaît les péripéties et intrigues avec une certaine rupture épistémologique ou distanciation critique, sans prétendre à la neutralité axiologique (*Wertfreiheit*)¹³⁶. Cet observateur combine observation, discussion, interprétation,

134. Selon nous, le point de vue externe modéré est équivalent au point de vue interne modéré dans la mesure où dans les deux cas, l'observateur actif, tel un scénariste à mi-chemin entre l'observation et l'action, n'est ni complètement étranger ni complètement acteur de la scène. Il est partie prenante sans être un acteur à part entière de la scène, ce qui lui permet d'observer et de comprendre les intrigues tout en gardant une certaine distanciation nécessaire à la critique objective. S'il est acteur (point de vue interne), il sera absorbé et distrait par le feu de l'action et ne pourra plus observer en conséquence et encore moins prendre le recul nécessaire à la critique objective. S'il sort complètement de la scène pour observer (point de vue externe), il ne pourra pas comprendre toutes les intrigues et péripéties inhérentes à la scène, avec le risque de faire valoir ses préjugés sur la réalité.

135. Sur la distinction des points de vue interne et externe, voir Herbert LA Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2005; André-Jean Arnaud, « La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit » (1986) 2 *Dr et soc* 139; François Ost et Michel Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? » dans François Chazel et Jacques Commaille, dir, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, 67; *Hommage à HLA Hart* (2007) 59:2 RIEJ; Louise Lalonde, « Du balcon aux coulisses de la scène? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique » (2012) 68:1 RIEJ 49.

136. Serait bien naïf quiconque pense que l'observation ou la connaissance est le produit de la raison pure. Voir Pierre-Antoine Pontoizeau, « De l'impossible neutralité axiologique à la

compréhension, description et explication. Du point de vue de la narratologie, il s'agit de la focalisation zéro, par opposition aux focalisations externe et interne, avec la limite cependant qu'aucune narration ne saurait prétendre à l'exhaustivité et, encore moins, aucun narrateur, à l'ubiquité¹³⁷.

On nous reprochera peut-être une tendance à la critique postmoderne et postcoloniale du droit, prenant ici la forme d'un penchant essentialiste. Mais notre propos devrait être apprécié dans une perspective heuristique qui prend en considération la complexité de la réalité des phénomènes juridiques et contractuels contemporains, tant en Occident qu'au Cameroun. Nous avons voulu ainsi donner voix au *Nsountee*, quitte à « bâillonner » quelque peu le *logos* civiliste.

À cet égard, il n'est sans doute pas inutile de rappeler, en terminant, que toutes les approches contractuelles, tous les discours théoriques et épistémologiques énoncés en droit civil des contrats depuis des décennies n'ont d'autre raison d'être que de nous permettre de mieux comprendre la pertinence sociétale du contrat de droit privé. Par conséquent, il est inévitable que ces discours soient pluriels, parfois contradictoires et souvent incomplets. Mais s'y intéresser permet aux juristes de contrer, par l'entremise des palabres juridiques — au sens premier et noble du terme, qui est à rapprocher d'un *logos* du droit —, les dérapages potentiels d'une forme d'automatisation technique du processus contractuel qui est en branle dans la société occidentale¹³⁸. Si le mode de finalisation du support contractuel, qu'il soit oral, écrit ou informatique, importe peu, une question fondamentale doit, elle, toujours demeurer ouverte et, par conséquent, être posée sans arrêt : en vertu de quoi, comment et pourquoi est-on lié par notre *engagement* contractuel ? Nous espérons que l'étude du *Nsountee*, qui reste, rappelons-le, un projet inachevé, aura tout au moins permis d'avoir un commencement de réponse qui se distancie du discours civiliste usuel, souvent peu sensible à l'altérité.

pluralité des pratiques » dans Laurence Brière, Mélissa Lieutenant-Gosselin et Florence Piron, dir, *Et si la recherche scientifique ne pouvait pas être neutre?*, Québec, Éditions science et bien commun, 2019, 39.

137. Voir Gérard Genette, *Figures I*, Paris, Seuil, 1966; Gérard Genette, *Figures II*, Paris, Seuil, 1969; Gérard Genette, *Figures III*, Paris, Seuil, 1972.

138. Voir par ex Michal S Gal et Niva Elkin-Koren, « Algorithmic Consumers », (2017) 30:2 Harv JL & Tech 309.