

REPUBLIQUE DU SENEGAL

---

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT  
SUPERIEUR

---

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION  
ET DE MAGISTRATURE

1978-1979

---

DIVISION JUDICIAIRE

---

3e ANNEE

# **Le problème du renversement de la charge de la preuve dans le délit d'abus de confiance en droit sénégalais - le cas de l'article 383 CP**

**Mémoire présenté par**

**DIAL GUEYE**

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT  
SUPERIEUR  
ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION  
ET DE MAGISTRATURE  
ENAM

DIVISION  
MAGISTRATURE  
ANNEE SCOLAIRE  
1978-1979

LE PROBLEME DU RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA  
PREUVE DANS LE DELIT D'ABUS DE CONFIANCE EN DROIT  
SENEGALAIS - LE CAS DE L'ARTICLE 383 CP

---

M E M O I R E  
PRESENTE ET SOUTENU DEVANT  
L'ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION ET DE MAGISTRATURE  
P A R

D I A L G U E Y E

---

~~///~~ I T A T I O N

" ~~///~~ E S H O M M E S C O N S T R U I S E N T T R O P D E M U R S

ET PAS ASSEZ DE PONTS "

~~///~~ / E W T O N



-- S O M M A I R E -- (suite)

a) Les tendances jurisprudentielles au renversement de la charge de la preuve en droit Français.

b) Le recours à des notions intermédiaires pour contourner les difficultés d'application. Tous ces exemples justifient les mérites de la solution Sénégalaise aboutissant au renversement de la charge de la preuve.

2) La preuve de l'abus de confiance.

- Etude comparative des droits Sénégalais et Français.

a) Point de rapprochement : la preuve du contrat préalable.

b) Point de divergence : la preuve des éléments constitutifs du délit.

- Le système Français obéissant aux principes généraux de la preuve pénale.

- Le système Sénégalais renversant la charge de la preuve par une présomption de culpabilité à la charge du prévenu et violant les principes généraux admis.

C O N C L U S I O N S

La logique du droit Sénégalais de l'abus de confiance et le problème de la liberté individuelle.

-- SOMMAIRE --

INTRODUCTION : Les différents aspect du problème.

I ère Partie

- 1) L'article 383 est en fait une source de présomption légale.
  - En tant que tel, il porte atteinte aux principes généraux admis en procédure pénale et en criminologie.
- 2) Rappel des principes généraux.
  - Cas de présomptions légales autres que l'article 383.
- 3) La raison d'être des présomptions : la difficulté d'assurer la répression de certains délits oblige le législateur à user de présomption. Ces présomptions en fait simplifient la preuve.
- 4) Conclusions à tirer des présomptions légales.
  - Elles expliquent en partie la modification intervenue dans l'ancien article 408 Sénégalais devenu le 383.

II ème PARTIE

- 1) L'originalité Sénégalaise du délit d'abus de confiance.
  - Etude comparative avec le droit Français.
  - A) Point de ressemblances :
    - La nature du délit
    - La nature des contrats énumérés
    - Les objets remis en vertu du contrat.
  - B) Point de divergence
    - a) Au niveau de l'incrimination.

Le droit Français lie les deux éléments, moral et matériel du délit. Tandis que le droit Sénégalais les dissocie. L'absence du terme préjudice en droit Sénégalais.
    - C) Innovation Sénégalaise.
      - a) Mise en demeure préalable devenue obligatoire.
        - Faut-il en faire un élément constitutif du délit et ou bien faut-il au contraire la ranger parmi les conditions préalables ?
      - b) L'édition de faits justificatifs en faveur du prevenu.
    - D) Les difficultés d'application de l'article 408 en droit Français :

--- B I B L I O G R A P H I E ---

A) Articles de Doctrine et de jurisprudence

- 1) Commentaire des articles 152, 153, 385 et 383 du code pénal appliqués au peseurs et présidents de coopérative par Mr Mamadou Moustapha TOURE président du tribunal du travail. In revue Sénégalaise de droit (Aserj) spécial n° 12 7è année pages 136 et suivants.
- 2) La distinction entre les obligations de resultats et les obligations de diligence JCP 1945 - I - 443.
- 3) La notion d'intention en droit pénal  
JCP 1950 - I - 876.
- 4) La charge de la preuve.  
JCP 1968 - II - 15 - 352.
- 5) Les effets de la présomption  
Sirey 1942 - I - 125.
- 6) Intention et fautes lourdes dans l'abus de confiance par CLAUDE COLOMBET chargé de cours à la faculté de droit de STRASBOURG - In RSC - 1967 - P. 619 et suivants.

B) OUVRAGES

- 1) Droit pénal spécial par ROUSSELET M. ARPERILLENGE P et Patin J.
- 2) Droit pénal spécial - VOUIN R.
- 3) Droit pénal spécial - MICHEL VEROU
- 4) Encyclopédie - DALLDZ pénal  
édition mise à jour en 1969.

C) C O D E S

- 1) Code pénal Sénégalais
- 2) Code pénal Français.
- 3) Code pénal Annoté (Emile GARCON) - Librairie SIREY.

## I N T R O D U C T I O N

Sur l'application de l'article 383 du Code Pénal on entend souvent dire que la charge de la preuve est renversée à l'avantage du Ministère Public et de la partie Civile qui n'ont plus à faire la preuve d'un détournement ou d'une dissipation quelconque, qu'il n'appartient qu'au prévenu de représenter les sommes ou objets reçus ou de justifier de leur utilisation.

L'argument essentiel, avancé par les tenants de cette affirmation réside dans la modification intervenue dans la rédaction de l'ancien article 408 du Code Pénal devenu l'actuel article 383 précité.

Cette affirmation est-elle exacte ?

La réponse nous semble devoir être positive pour les raisons suivantes :

- L'article 408 punissait de peines prévues à l'article 406 "quiconque aura détourné ou dissipé au préjudice des possesseurs ou détenteurs etc Or les notions de "détournement" et de "dissipation" que l'on retrouve dans cet article ont un sens précis en droit :

- Détourner = c'est détourner la chose du but pour lequel elle était affectée.

- Dissiper = c'est faire disparaître, s'approprier d'une chose.

Si bien que dans la jurisprudence commune au droit français et Sénégalais appliquant le même texte de loi, il résulte notamment que "la preuve du détournement appartient au Ministère public et à la partie civile" qui doivent démontrer d'une part l'existence d'un acte concret de dissipation ou de détournement, d'autre part l'impossibilité de restituer soit la chose, soit sa valeur et une intention frauduleuse. Par ailleurs l'utilisation des termes "détournement" et "dissipation" dans la formulation de l'ancien article 408, implique en termes clairs que dans les deux éléments, moral et matériel du délit sont absolument liés.

Le droit Sénégal dans le cadre de l'article 383 qui se substitue à l'ancien article 408 va quant à lui "dissocier" ces deux éléments de l'infraction, en ne sanctionnant plus désormais que l'inexécution du contrat" dont la preuve incombe au Ministère public et à la partie civile.

Une fois la preuve du contrat faite, les parties poursuivantes (Ministère public - partie civile) n'ont plus rien à démontrer, il n'appartient plus qu'au prévenu à faire la preuve de l'exécution du contrat, ou que la non-exécution ne résulte pas d'une mauvaise foi de part- D'où le problème des faits justificatifs posés par l'article 383.

Cette disposition de l'article 383 est en effet de nature à aider considérablement la victime de l'abus de confiance désormais dispensée de faire la preuve du caractère frauduleux de la non restitution des objets ou sommes détenues à titre précaire par l'auteur du délit d'abus de confiance, alors qu'il est généralement difficile d'établir positivement la preuve de l'abus de confiance.

Cette disposition établit en somme comme il a été dit plus haut, le "renversement de la charge de la preuve" au détriment du prévenu en même temps qu'elle porte atteinte par ailleurs aux principes généraux admis en nature de procédure pénale et en criminologie s'agissant de la preuve pénale.

L'article 383 crée en fait une "présomption" de culpabilité ou de fraude qui va peser sur le prévenu désormais privée de la "présomption d'innocence, dont il bénéficiait jusque là en vertu des principes généraux ci-dessus indiqués en matière de preuve pénale.

En effet la règle du "IN DUBIO PRO REO" (le doute profite à l'accusé) décide que la personne poursuivie est présumée innocente jusqu'à ce qu'on ait pleinement rapporté contre elle les preuves décisives de sa culpabilité. Ce que le système de présomptions de culpabilité établies par certains textes de loi ne permet pas.

Mais le problème important ici n'est pas seulement de voir que l'article 383 constitue seulement une source de présomption légale (car d'autres sources de présomptions légales non négligeables se trouvent contenues dans le code pénal Sénégalais) Le second aspect du problème et qui fait l'importance du choix du sujet est sans doute, et surtout que le législateur, Sénégalais a voulu "innover" en créant dans un domaine où il n'en existait jusque là, une source de présomption transformant les données du délit. Ainsi en modifiant l'incrimination d'un délit jusqu'alors prévu et puni dans les mêmes termes qu'en droit Français, le législateur Sénégalais a-t-il su faire preuve d'une certaine originalité qui confère à l'article 383 toute son spécificité.

Il convient dès lors de saluer cet effort d'originalité alors qu'il est remarqué par ailleurs que dans la plupart des cas et dans de nombreux domaines, le législateur Sénégalais s'est contenté de reprendre à son compte et sans en modifier pour cela ni le contenu, ni même la portée, les textes de loi et règles jurisprudentielles héritées de l'ancienne puissance colonisatrice. Le plus souvent érigées en codes.

Dans le domaine administratif où la nature des textes le permet, un effort louable d'interprétation et une application plus souple des règles jurisprudentielles du ~~plus simple des règles~~ Conseil d'Etat, par le juge Sénégalais a ainsi permis l'adaptation de celles-ci aux réalités nationales compte tenu des cas d'espèce soulevés.

Alors que sur le plan pénal, cette faculté se perdait au profit d'une application plus stricte de la loi pénale, celle-ci en vertu même de "principe de la légalité des délits et des peines" impliquant à son tour qu'on l'interprète restrictivement. Dans le cadre précis tracé par le législateur le juge pénal doit simplement et dans tous les cas appliquer la loi au sens strict du terme.

La seule faculté d'adaptation qui lui est reconnue dans ce domaine, restant alors le dosage de la peine en fonction de la personnalité du délinquant.

Il en résultait qu'en matière pénale, seul le législateur pouvait faire oeuvre d'originalité soit en abrogeant un texte de loi qui par son contenu même ne répondait plus aux besoins d'un contexte social déterminé et en la faisant remplacer par une autre, soit en modifiant l'incrimination d'un délit dont la fréquence et la multiplication obligent à envisager un régime de repression plus efficace.

Partant par ailleurs du principe que la loi nouvelle résulte d'une analyse que le législateur a faite d'une situation donnée il serait sans doute intéressant de s'interroger sur les préoccupations profondes qui ont dû inspirer le législateur Sénégalais qui, en décidant le reversement de la charge de la <sup>preuve</sup> punie dans le cadre de l'article 383, a ainsi créé une situation désormais défavorable au prévenu.

C'est ce que nous verrons en étudiant l'originalité Sénégalaise du délit d'abus de confiance dans la seconde partie de ce mémoire.

Ces différentes analyses des multiples aspects que revêt le sujet proposé commentent à leur tour l'adoption du plan suivant qui nous paraît être le cadre le mieux approprié pour traiter de tous ces problèmes ainsi posés par le thème à savoir :

### I Dans une première partie

- S'agissant du problème de la preuve en matière pénale, il conviendrait avant tout dans une première partie rappeler les principes généraux admis en la matière.
- Les atteintes à ces principes ou le cas des présomptions légales, telles le cas de l'article 383 du code pénal Sénégalais qui inspire notre thème.
- Les difficultés d'application des principes généraux à l'occasion de certains délits et justifiant le recours aux présomptions légales.
- Ces raisons expliquent en partie la modification<sup>intervertue</sup> dans l'incrimination de l'abus de confiance en droit Sénégalais.

### II Dans une deuxième partie

- Puisqu'il y a eu modification, il conviendrait donc à ce titre de parler de l'originalité Sénégalaise du délit d'abus de confiance en le comparant au droit français en la matière, lequel demeure toujours régi sous l'empire de l'ancien article 408 Sénégalais (étude comparative).
- Il conviendrait à ce titre de parler des difficultés d'application de l'article 408 en droit français par des exemples tirés de décisions jurisprudentielles ainsi que des tendances de celle-ci au renversement de la preuve.
- Le recours par le droit français à des notions intermédiaires pour contourner ces difficultés. Mais ces raisons n'expliquent pas entièrement la solution Sénégalaise aboutissant au renversement, d'autres arguments semblent pouvoir être invoqués et qu'il conviendrait ensuite de discuter enfin on parlera de la preuve de l'abus de confiance.
- Comment s'opère le mécanisme de la preuve dans l'abus de confiance ? Existe-t-il des points de rapprochement entre :
- Le système français Obeissant aux principes généraux admis en matière de preuve  
et le système Sénégalais consacrant quant à lui le renversement de la charge de la preuve ?

EN CONCLUSION ON PARLERA

De La logique du système Sénégalais et les atteintes à la Liberté individuelle (critiques).

1ERE PARTIE

Les principes généraux de la preuve en matière pénale et le cas de l'article 383 du code Pénal Sénégalais.

La modification intervenue dans l'incrimination du délit d'abus de confiance en droit Sénégalais va entraîner un profond bouleversement dans le mécanisme de la preuve en matière pénale.

On sait que ce mécanisme obéit à des principes généraux qui présentent dans leur ensemble des garanties pour le respect de la liberté individuelle <sup>et</sup> contre l'arbitraire éventuelle du juge.

Or il a été constaté cependant que l'application de tels principes pose souvent de sérieuses difficultés à l'occasion de certains délits dont l'incrimination revêt un caractère complexe et parfois difficile à cerner et dans lesquels le Ministère Public doit faire la preuve des faits incriminés.

Il a été remarqué en revanche que face à ces difficultés, certaines décisions de tribunaux violant les conditions posées par ceux-ci pour la repression des dits délits ont encouru à leur tour la cassation

Devant pareilles situations l'intervention du législateur s'est avérée nécessaire pour modifier l'incrimination posée par un texte de loi déterminé et dont l'application allait souffrir de difficultés de preuve souvent impossibles à rapporter ou à établir de la part du Ministère public. Aussi le recours aux "présomptions légales" modifiant la charge de la preuve au profit de l'accusation a-t-il été le moyen couramment utilisé dans tous les cas par le législateur.

Mais une telle solution ne va pas sans porter atteinte aux principes généraux admis en procédure pénale et en criminologie s'agissant de la preuve en matière pénale.

le cas Sénégalais de l'abus de confiance s'inscrit dans le cadre décrit plus haut. Il convient dès lors à ce titre de rappeler les principes généraux qui gouvernent la preuve en matière pénale d'une part et d'autre part, d'envisager les différents atteintes à ces principes ou le cas des "présomptions légales"). Les deux points expliquent à la fois les domaines et les limites du sujet proprement dit.

punit

Désormais le Droit Sénégalais / le simple manquement à une obligation contractuelle née de l'un des contrats énumérées à l'article 383.

La non exécution de l'obligation - de rendre ou représenter ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé - fait présumer l'intention coupable de porter atteinte à la propriété d'autrui.

Il en résulte qu'il suffit tout simplement au Ministère public et à la partie civile de faire la preuve de l'existence du contrat ayant été à la base de la remise de la chose et qu'ils s'en limitent là.

Ils n'ont plus en effet, comme dans le cadre de l'ancien article 408, à démontrer le caractère frauduleux de la non exécution du contrat. Il appartient au prévenu de démontrer que cette inexécution ne résulte d'aucune intention frauduleuse de sa part.

Ainsi s'est opéré le renversement de la charge de la preuve dans le délit d'abus de confiance en droit Sénégalais venu déroger aux principes généraux admis en procédure pénale et en criminologie s'agissant de l'Administration de la preuve en matière pénale.

Cette solution Sénégalaise simplifiant la preuve dans le délit d'abus de confiance, apparaît comme un remède aux controverses doctrinales et aux interprétations jurisprudentielles souvent contradictoires et nées des termes mêmes de l'ancien article 408. Ace titre elle se situe en retrait par rapport en droit français qui reste sous l'empire de l'ancien article précité.

Et ceci nous amène à parler de l'originalité Sénégalaise de l'abus de confiance dans la deuxième partie de ce mémoire. L'on s'efforcera à ce niveau de faire une étude comparative avec le droit français.

### IIe partie

L'originalité Sénégalaise du délit d'abus de confiance (étude comparative des droits Sénégalais et français) et les difficultés d'application de l'article 408 en droit français.

I L'originalité Sénégalais du délit d'abus de confiance : l'article 383 du code pénal.

La modification intervenue dans la rédaction de l'ancien article 408 confère une certaine originalité au droit sénégalais d'abus de confiance par rapport au droit français. Cette originalité se manifeste d'une part par une différence sur le plan de l'incrimination, d'autre part par l'intégration d'éléments nouveaux qui jusque là étaient ignorés dans la rédaction de l'ancien article 408. Cependant on trouve des points de rapprochement en droit sénégalais et Français.

### Les points de rapprochement

#### a) La nature du délit d'abus de confiance

Les droits Sénégalais et Français admettent tous deux le caractère intentionnel du délit d'abus de confiance. En droit français l'article 408 n'indique que la dissipation ou le détournement doit être accompli "sciemment" ou "volontairement", mais il a toujours été considéré que l'abus de confiance est un délit intentionnel (crim 4 Fev 1924 - DH - 1924 - 371) En principe l'intention frauduleuse, c'est la connaissance par le prévenu du caractère précaire de sa détention de sa détention, de son obligation de restituer ou de l'affectation déterminée du bien ainsi que de la conscience qu'il agit en contravention de ces éléments. Il convient de souligner à ce titre en droit français que bien souvent, seule l'intention frauduleuse permet de donner une coloration pénale à certains faits qui constitueraient, sans elle, que l'inexécution d'obligations contractuelles. Il en résulte que cette intention doit donc avant tout être établie. Or le droit Sénégalais quant à lui va sanctionner le simple manquement à des obligations contractuelles sans faire établir au préalable cette intention qui est un élément essentiel du délit d'abus de confiance (aussi bien en droit français que sénégalais). Il s'agira donc en droit sénégalais d'établir à partir des éléments de fait une véritable présomption de fraude opérant le renversement de la charge de la preuve au détriment du prévenu qui ne pourra guère la renverser la renverser que par la preuve d'un cas de force majeure l'ayant empêché de restituer. Cependant cette solution sénégalaise qui apparaît au niveau même de l'incrimination n'est pas loin de la position jurisprudentielle de la cour de cassation française qui adopte une attitude assez sévère à l'égard des prévenus en n'exigeant pas la preuve d'une intention frauduleuse caractérisée. Confondant intention et imprudence, elle considère que le seul fait d'utiliser des sommes détenues à titre dépôt, sans prévoir l'impossibilité ultérieure de restituer, constitue un abus de confiance (crim 18 Février 1937 - DH - 1937 page 139). Bien plus, elle n'impose pas que l'intention soit exprimée en termes formels par les juges du fond; il suffit qu'elle puisse s'induire des faits matériels constatant le détournement ou la dissipation (crim 17 Juillet 1968, Bull 1968 N°226 ; crim 9 Avril 1973, D- 1975. 257 note de Mme Belmas - Marty).

b) L'énumération des différents types de contrats devant être  
à la base de la remise est contenue dans les deux textes français et  
sénégalais. Dans les deux cas le juge repressif doit rechercher les conditions  
du contrat du droit civil (conditions préalables) puis qualifier celui-ci.  
Il n'est pas lié par la qualification donnée par les parties du contrat.  
A ce titre il est jugé de l'exception et n'a pas à renvoyer l'affaire devant  
le juge civil. De même la nullité du contrat importe peu. La chambre criminelle  
a en effet admis que des poursuites pénales pourraient reposer sur le contrat  
nul, pour sanctionner les détournements commis par un mandataire social  
sur la base d'une société de fait lorsque le contrat de société était  
rappé de nullité (Grenoble 7 juillet 1950, JCP 51 - II page 6366).  
Il suffit qu'il y ait apparence de contrat valable (Crim 12 mai 1964. Bull  
1964 N°161). En outre la cour de cassation utilise le contrôle de la qualifi-  
cation du contrat pour faire réapparaître la réalité dissimulée derrière  
l'écran imaginé par les contractants cherchant à échapper aux sanctions  
pénales en cas d'inexécution de leurs engagements. Mais il est évident que le  
juge se heurte parfois à de véritables contrats "qui generis" qui ne peuvent  
donner aucune prise aux articles 408 et 383 correspondant respectivement  
aux textes français et Sénégalais.

.../...

Ce qui fait donc qu'en droit Français comme en droit Sénégalais, la nature du contrat civil préalable à la remise, compte beaucoup pour la réalisation du délit. Le contrat doit faire ~~un~~ partie de ceux limitativement énumérées par les articles 408 et 383 des codes pénales français et Sénégalais qui demeurent identiques quant à leur nature.

C) Enfin le dernier point de rapprochement va porter sur l'énumération des divers objets remis dans le cadre du contrat. Dans les deux textes cette énumération ne comporte que des biens mobiliers "effets deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge". Elle vise en premier lieu, les meubles corporels parmi lesquels doivent être rangés les immeubles par destination lorsqu'ils sont amenés par leur détachement de l'immeuble. Ainsi le locataire qui emporterait certains meubles destinés à l'ornement des lieux loués commettrait un abus de confiance. En second lieu, les deux textes mentionnent les écrits, mais à la condition qu'ils " contiennent ou opèrent disposition ou décharge" c'est à dire ceux ayant une valeur patrimoniale et susceptible de causer un préjudice d'ordre financier à la victime.

Mais le droit Sénégalais ne parle pas de "préjudice". Faut il alors en déduire qu'il ne suppose pas nécessairement celui-ci pour la réalisation du délit ? Il convient cependant de répondre par la négative en faisant remarquer que l'abus de confiance a un champ d'application plus restreint que le vol, qui protège la propriété en tant que telle et non pas seulement le patrimoine. Dès lors, le détournement d'un écrit sans valeur patrimoniale ne peut constituer un abus de confiance; lettre missive, testament olographe (crim 21 Mai 1896 D 1896 - I 592). Sans doute la suppression du terme "préjudice" dans la nouvelle rédaction de l'article 383 modifiant l'ancien article 408, obéit à d'autres considérations qu'il conviendrait d'analyser en étudiant l'originalité Sénégalaise du délit d'abus de confiance.

Enfin les deux articles 408 (français) et 383 (Sénégalais) exigent une "remise" en exécution d'un contrat, ce qui signifie une remise volontaire et effective. La qualité de cette remise étant par ailleurs un élément essentiel du délit: en effet les textes sénégalais et français disent que les choses sont "remises à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé".

Ce que l'on traduit habituellement en parlant de remise à titre précaire. Ainsi le salaire payé d'avance à un salarié lui est remis en pleine propriété et sa dissipation ne peut être incriminé (crim 31 Janvier 1930. S. 1931 - T 20 V).

2/ Les points de divergence ou éléments de base de l'originalité Sénégalaise.

A) D'abord une différence fondamentale apparaît à première vue entre les deux droits au niveau de l'incrimination.

a) Le droit français parle de "détournement" et de dissipation". Or ces deux notions ont en droit un sens précis.

- La dissipation résulte de l'accomplissement d'un acte de disposition mettant dans l'impossibilité de rendre ou de représenter, soit un acte matériel de consommation ou de destruction, soit un acte juridique ou donation par exemple.

- par détournement : on entend plutôt en usage ou en emploi autre que celui déterminé par le contrat préalable. Pour reprendre la célèbre formule de Garçon, l'élément matériel de l'abus de confiance se tourne dans tout acte qui implique une "intervention du titre de possession". son auteur se comportant ou se considérant comme le véritable possesseur de la chose, alors qu'il n'en est que le détenteur précaire.

Cependant en raison du caractère intentionnel du délit de droit français a apporté des nuances aux deux définitions ci-dessus <sup>rapportées</sup> reportées. Il déclare en effet que l'on ne peut décider de façon absolue que toute impossibilité de restituer constitue une dissipation et que tout refus de restituer ou toute utilisation dépassant les prévisions du contrat est un détournement. Une telle extension selon le droit français conduirait en fait à assortir systématiquement d'une sanction pénale toute inexécution d'obligations contractuelles. Dans la plupart des cas seule l'intention frauduleuse permettra de donner une "coloration pénale" à cette inexécution, l'élément matériel et l'élément du délit étant étroitement liés et tels que cela résulte d'ailleurs des termes "détournements et "dissipation".

b) Le droit Sénégalais va quant à lui dissocier ces deux éléments en visant expressement l'élément matériel du délit. Celui ci résultant alors de la non exécution d'une obligation contractuelle. Cette inexécution va être sanctionnée/elle fait supposer de la part du défaillant une intention frauduleuse.

EN effet l'article 383 utilise l'expression "qui n'aura pas après simple mise en demeure exécuté son engagement".

Il en résulte qu'en droit Sénégalais, le simple fait de n'avoir pas exécuté son engagement entraîne une présomption de culpabilité envers son auteur et les moyens de celui-ci d'échapper à la condamnation sont des plus réduits.

En ~~effet~~ <sup>ce cas</sup>, pour s'exonérer le prévenu se trouve devant l'obligation de rapporter une série des preuves fixées avec précision par la loi. L'élément moral, élément essentiel du délit demeure dans tous les cas présumés dès lors que l'élément matériel (la non exécution du contrat) est établi.

Il appartient alors au prévenu de prouver que l'inexécution du contrat ne résulte d'aucune intention frauduleuse de sa part. Ce qui aboutit en fait au renversement de la charge de la preuve que l'on étudiera plus loin.

c) Le second point de cette divergence entre les deux droits va porter sur la notion de "préjudice" qui ne figure nulle part dans le texte sénégalais (comme indiqué plus haut).

En droit Français l'acte de détournement ou de dissipation de la chose remise en vertu du contrat doit porter préjudice à son propriétaire légitime. Le préjudice apparaît en outre comme un élément qui sert à établir l'intention coupable. Il en résulte qu'en droit français, l'intention est réalisée lorsque l'auteur du détournement "a prévu ou dû prévoir, que son acte d'approbation causera ou pourra causer un préjudice". Et c'est là que se trouve en droit français le point central de la difficulté pour préciser la notion juridique de l'intention. Car relativement au mot "préjudice", la confusion apparaît nette tant au niveau de la jurisprudence que sur le plan de la doctrine proprement dite. D'une part certains arrêts ont nié l'existence du délit en affirmant soit que le détournement n'était pas constitué, soit que l'intention faisait défaut alors qu'en réalité c'était le préjudice qui manquait. D'autre part l'auteur qui souligne cette nécessité de préjudice déclarant que disposant en maître de la chose confiée, le possesseur a assumé la responsabilité de l'acte qui l'a mis dans l'impossibilité de rendre est aussi celui qui affirme que l'abus de confiance peut être constitué alors que l'éventualité du préjudice ne s'étant pas produite, le dommage n'est pas causé" (garçon). Il conviendrait cependant d'essayer de dissiper le trouble qui altère la qualification du délit relativement à cette notion.

- Ainsi en droit Sénégalais, la suppression du terme "préjudice" dans la nouvelle rédaction de l'article 383 s'explique -t-elle par une volonté de "simplification" de l'incrimination en évitant par ce biais d'utiliser une notion qui apporterait davantage de difficultés qu'elle n'en résoudrait dans la répression du délit d'abus de confiance.

Il faut cependant se garder de dire que l'idée de "préjudice" est totalement absente en droit sénégalais. Car aussi bien en droit Français comme en droit sénégalais l'énumération des objets ~~est~~ écrits ne vise que ceux qui "contiennent ou opèrent des dispositions ou de charge c'est à dire ceux ayant une valeur patrimoniale et susceptible de causer un préjudice d'ordre financier à la victime.

Sans doute le droit sénégalais a opté pour une conception plus restructive du champ d'application du délit d'abus de confiance qui protège la propriété en tenant que telle et non pas seulement le patrimoine.

Ainsi en droit sénégalais on peut définir restructivement l'abus de confiance proprement dit comme l'acte privant intentionnellement le titulaire de droits sur une chose de la possibilité de les exercer.

3) mais l'originalité sénégalaise va se retrouver surtout dans l'utilisation de notions nouvelles non contenues dans les textes français

Parmi celles-ci figurent la mise en demeure qui revêt un caractère obligatoire et les faits justificatifs édictés en faveur du prévenu.

A) Le droit sénégalais introduit la nécessité d'une mise en demeure préalable.

Au demeurant il ne s'agit pas là d'une innovation. La doctrine et la jurisprudence, ayant constaté que souvent surtout lorsque la chose confiée est une somme d'argent, il est difficile de prouver directement que le mandataire l'a employé à son usage, ont admis qu'il convient en pareil cas de le mettre tout d'abord en demeure de la restituer : si cette mise en demeure reste infructueuse, il est par là même démontré que celui qui l'avait reçue ne l'a plus en sa possession et, s'il prétend qu'elle a disparu entre ses mains par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, ~~et~~ c'est à lui qu'il appartiendra d'en faire la preuve.

Il n'est pas d'ailleurs nécessaire qu'une sommation régulière soit faite par huissier : il suffit que le mandat ait manifesté d'une façon certaine son intention d'être remboursé. Cette mise en demeure peut résulter de réclamations écrites ou même verbales demeurées sans résultat (Cess 28-4-1859 - S 59 - 1 - 4 Avril 1935 Gaz pal 1935 - 294) mais, aux yeux de la cour suprême Française cette mise en demeure ne constituera pas un préliminaire indispensable. Si, dit-elle, en cas de simple retard de restituer, une mise en demeure peut être quelquefois nécessaire pour préciser le caractère de la rétention, il n'en saurait être de même quand l'acte incriminé s'induit forcément, soit dans sa matérialité, soit dans l'intention qui a présidé à sa réalisation de certaines circonstances reconnues constantes et desquelles il résulte que l'abus de confiance est pleinement consommé.

Donc en droit français la mise en demeure n'est pas une condition préalable obligatoire.

Le droit Sénégalais va rendre au contraire indispensable le préliminaire de la mise en demeure déjà admise par la jurisprudence, et de permettre à celui qui a failli à sa parole de se justifier en prouvant par tous les moyens ; écrits, témoignages, présomptions, qu'il en a été empêché par la force majeure le fait du co-contractant ou d'un tiers, ou même par sa propre faute involontaire.

b) mais un problème d'interprétation se pose en droit sénégalais en ce qui concerne la mise en demeure.

Faut-il comme le soutiennent certains dire que c'est parce que la loi a rendue obligatoire que la mise en demeure est devenue pour ainsi dire un des éléments constitutifs du délit ? ou bien faut-il au contraire ranger celle-ci parmi les conditions préalables comme les sont les contrats limitativement énumérées par la loi ?

- Il convient cependant de répondre par la négative en ce qui concerne la première hypothèse. En effet aux termes d'une jurisprudence constante "la mise en demeure n'est jamais un des éléments de l'abus de confiance ; elle peut seulement servir à établir la mauvaise foi de l'agent" (crim 27 janvier 1922 DP 1922 page 208) ou la consommation du délit" (crim 3 Dec 1966 DP 1966 page 1362). Elle peut servir tout au plus à situer le point de démarrage de l'action publique.

La seconde hypothèse faisant de la mise en demeure une condition préalable au même titre que les contrats limitativement énumérés par la loi semble donc être la plus logique et la plus acceptable. Ceci résulte des termes mêmes de l'article 383 qui utilise l'expression "qui n'aura pas après simple mise en demeure". La seule différence avec le droit français est le caractère qu'il contient d'attacher à la mise en demeure.

- En droit sénégalais la loi décide qu'elle constitue une condition préalable obligatoire ainsi qu'en fait état diverses applications jurisprudentielles. Ainsi dans l'affaire MPC/Tamsir NDao Arrêt N°102 du 30-12-1971 la chambre d'accusation s'est prononcée en ses termes : "Attendu que Tamsir NDao reconnaît qu'il gérait des véhicules pour le compte de Amadou Marama Thiall..... qu'il apparaît comme un mandataire vis à vis de ce dernier lequel après plusieurs démarches infructueuses - valant mise en demeure a été obligé de déposer plainte".

Alors qu'en droit français, elle ne l'est pas comme il a été d'ailleurs déjà dit plus haut et tel qu'en fait état cette jurisprudence ci-dessous citée en référence en guise d'exemple.

^ L'article 408 n'exige pas pour qu'il y ait délit d'abus de confiance la mise en demeure du mandataire. Le délit existe par le seul fait que le mandataire s'est approprié les fonds qui ne lui étaient remis que pour un emploi déterminé" (crim 27 janvier 1922 - DP 1922 page 208).

Les faits justificatifs constituent enfin le dernier point d'originalité du droit sénégalais d'abus de confiance . L'article 383 établit en fait une présomption de culpabilité qui pèse sur le prévenu. L'incrimination de ce texte vise un acte matériel (la violation d'un engagement contractuel) à partir duquel est déduite une intention frauduleuse. Pour échapper à la repression le prévenu doit donc justifier de l'utilisation des sommes ou objets reçus ou que le défaut de restitution de ceux-ci ne résulte d'aucune intention frauduleuse de sa part.

Il apparaît d'ailleurs normal que tout texte qui édicte des présomptions de culpabilité doit prévoir ou admettre la possibilité pour la personne contre qui pèsent ces présomptions, de présenter des moyens de défense qu'on appelle habituellement faits justificatifs. Il appartient dès lors au prévenu de prouver les circonstances exceptionnelles, ou faits justificatifs qui font disparaître l'élément moral de l'infraction. Cette solution est adoptée par la jurisprudence pour laquelle les événements faisant disparaître le délit doivent être allégués et prouvés par le prévenu à la différence des éléments dont l'absence est une condition du délit, qui doivent être prouvés par le Ministère public (par exemple la non exécution du contrat).

Elles <sup>méritent</sup> donc d'être prouvées : Un fait justificatif ayant son origine dans des circonstances exceptionnelles qui viennent supprimer le caractère <sup>repréhensible</sup> représentable d'une infraction, la preuve directe de telle circonstance doit être administrée par le prévenu.

Dès que la preuve des conditions exigées par l'article 383 est rapportée l'affaire est terminée. Mais deux problèmes se posent :

- La présomption est-elle simple ?

- A quel moment se situe l'appréciation des faits justificatifs

Ainsi se trouve posé le problème de la liberté individuelle dans les termes mêmes de l'article 383 du code pénal Sénégalais.

.../...

a) La réponse à la première question ne peut être fournie qu'après un examen détaillé des décisions rendues. Il résulte de l'analyse de ces décisions que l'article 383 édicte une présomption simple à l'égard du prévenu son effet <sup>est</sup> donc dans ce cas limité au renversement du fardeau de la preuve. Le prévenu qui a ainsi manqué à son obligation, est justifié s'il prouve par tous les moyens que sa carence est due à la force majeure, au fait du co-contractant ou d'un tiers ou même à sa propre faute si celle-ci est involontaire.

b) mais la question se pose de savoir à quel moment de la procédure se situe l'appréciation des faits justificatifs.

En procédure pénale l'appréciation des faits justificatifs se situe toujours au niveau de la juridiction de jugement. Il en résulte donc que les faits justificatifs de l'article 383 édictés en faveur du prévenu ne peuvent utilement <sup>être</sup> invoqués par celui-ci au niveau des poursuites alors qu'il peut se ~~trouver~~ trouver déjà détenu.

Et c'est pour cette raison principale qui se trouve posé à juste titre le problème de la liberté individuelle dans les termes mêmes de l'article 383. En effet pour faire la preuve directe que sa carence dans l'exécution du contrat n'est due à aucune intention frauduleuse de sa part, le prévenu ne pourra user de cette faculté accordée par la loi qu'au niveau de la procédure de jugement. Ce qui signifie que l'offre ainsi faite par le ~~prévenu~~ de rapporter la preuve de sa non culpabilité va se révéler inopérante, alors qu'il est déjà poursuivi du délit d'abus de confiance. Le mandat de dépôt pouvant être requis dans pareil cas par le parquet contre lui.

L'abus de confiance étant un délit intentionnel il est évident que si la chose confiée a été détruite par ces fortuits ou de force majeure (incendie, vol, perte) l'intention frauduleuse fait défaut: il n'y a pas dans ce cas délit.

Mais le problème est que l'article 383 qui édicte des faits justificatifs en faveur du prévenu apparaît moins formel que l'article 140 du code de procédure <sup>penale</sup> en matière de détournement de deniers publics. En effet cet article conditionne la délivrance du mandat ~~de~~ <sup>en cas de</sup> manquant <sup>et qui</sup> commis ne fait pas l'objet de contestations sérieuses valant faits justificatifs de la part du prévenu.

## II Les difficultés d'application de l'article 408 en droit français ou le mérite de l'article 38 sénégalais

### 1) Les difficultés d'application

En droit français la repression de l'abus de confiance telle qu'elle est prévue par l'article 408 se heurte à la difficulté, pour l'accusation, de prouver le caractère frauduleux de la violation des obligations incombant à celui qui a reçu une chose à charge de la rendre ou d'en faire un usage déterminé et qui ne l'a pas rendue, ni employée de la manière fixée au contrat. Il ne suffit pas en effet, au ministère public de prouver qu'en vertu de l'un des contrats énumérés, les fonds ou marchandises ont bien été remis et qu'ils n'ont pas été rendus ou employés conformément à la convention. Il lui faut encore démontrer que le prévenu s'est approprié la chose ou en a volontairement disposé et que les excuses par lui fournies (vol, perte, accident etc..) sont fausses.

#### A) Cas de difficultés d'application

La source essentielle de ces difficultés résulte dans la preuve de l'intention frauduleuse. Il ne suffit pas en effet, comme indique plus haut d'établir que la chose n'a pas été restituée ou représentée. L'abus de confiance suppose la preuve directe d'un fait de dissipation ou de détournement, or ces deux notions ont un sens précis en droit et traduisent une certaine volonté de leur auteur. C'est ainsi qu'il a d'ailleurs été jugé que la déclaration de culpabilité dans les termes de l'article 408 implique à elle seule l'existence de l'intention frauduleuse" (cas. 15/4 1899 - D 1901 - 1230).

- La dissipation résulte de l'accomplissement d'un acte de disposition mettant dans l'impossibilité de rendre ou de représenter la chose : soit un acte matériel de consommation ou de destruction soit un acte juridique vente ou donation par exemple.

- par détournement on entend plutôt un usage ou un emploi autre que celui déterminé par le contrat préalable.

La preuve directe de ces deux actes traduisant chacun une volonté différente de son auteur va poser des difficultés dans la repression de l'abus de confiance en droit français, plusieurs décisions vont être cassées dans sens.

A) D'abord sur la restitution

a) Sur l'impossibilité de restituer

Un acte de dispositions mettant son auteur dans l'impossibilité de restituer en nature un corps certain constitue certainement un abus de confiance. En revanche si la chose remise dans le cadre du contrat préalable est une chose fongible - argent par exemple - la même solution n'est pas évidente.

Ainsi la cour de cassation décide que "la seule impossibilité de restituer ne permet pas d'en induire en toute circonstance l'intention frauduleuse" (crim 18 Fev 1937 - DH 1937 - 139) Il en sera ainsi de même en ce qui concerne :

b) le défaut de restitution

En effet " doit être annulé l'arrêt qui prononce une condamnation pour abus de confiance en se bornant à constater le défaut de restitution qui n'implique pas nécessairement le détournement ou la dissipation des objets, éléments essentiels du délit" (crim 3 Fev 1957 Bull crim 1957 p. 751).

c) et le retard mis dans la restitution

En cas de retard, le titulaire n'est pas véritablement privé de ses droits sur la chose et cet usage abusif ne laisse place qu'à une action en responsabilité. Il en résulte que "le retard mis dans la restitution de la chose n'est pas assimilée au détournement" (crim 8 maiu 1919 D 1920 - 1.76), même s'il y a eu mise en demeure (crim 30 Oct 1941 - DC 1942 - 82 note de Minis) Ainsi nec commet non plus le délit d'abus de confiance" l'emprunteur ou le locataire qui garde la chose au-delà du terme fixé par la convention "(crim 21 Oct 1897 - D 98 - 1 - 315; D1920 page 176 ; S 1923 - 1 - 46)

B) Sur l'appropriation des objets

La cour de cassation décide " qu'il n'est pas nécessaire que le prévenu se soit approprié les objets détournés; l'appropriation n'est pas un élément du délit" (cess 19 Oct 1944 S. 1945) 1- 69 ; D 1945 - 161 ; Gazette du Palais 1945 - 1 - 47).

Dans ce cas l'abus de confiance ne vise-t-elle plus alors l'atteinte au droit de propriété ? Cette décision ne va pas sans remettre en cause le champ d'application restreint de l'article 408.

.../...

c) Sur l'usage abusif de la chose

La chose est utilisée à des fins autres que celles préalablement déterminées au contrat. Il a été admis que "tout usage abusif ne constitue pas un abus de confiance". La jurisprudence <sup>/ retient cependant l'abus de confiance</sup> "quand la chose est distraite de sa destination par un détournement de pouvoirs allant à l'encontre de l'affection d'un bien ou de la finalité d'un droit" mais, fait remarquer R Vouin dans son préclus N°66 " la qualification de l'article 408 ne doit pas s'appliquer à toutes les violations du contrat". De là un critère de distinction introduit par la jurisprudence, à faire entre usage simplement abusif et usage véritablement délictueux qui s'exprimerait de la façon suivante :

- Si l'usage de la chose remise est seulement différente de celui prévu au contrat, et si par conséquent, le propriétaire peut encore exercer ses droits sur la chose, il ~~n'y~~ n'y a pas délit, tout au plus responsabilité contractuelle. Ainsi s'expliquerait que la jurisprudence n'ait pas reconnu un abus de confiance dans le fait d'approvisionner d'autres clients avec des camions réservoirs qui devaient être retournés après un temps et un usage déterminés,, ni dans celui d'user d'un film en des projections non prévues au contrat de location (crim 8 mai 1919 D 1920 - 1.76). On s'étonnera cependant, dans cette perspective d'une décision retenant l'abus de confiance au cas de bandes magnétiques "détournés de leur utilisation, par le biais d'une communication à un utilisateur, même si trois d'entre elles ont été retrouvées au cours d'une perquisition au domicile du prévenu (crim 8 de 197A, Bull crim N° 341 page 856 l'arrêt ne relevant pas qu'en l'espèce le propriétaire ait perdu la possibilité d'exercer ses droit sur la chose.

- En effet seul serait à notre sens délictueux l'usage incompatible avec les stipulations du contrat, comme le fait d'utiliser pour les besoins généraux de son entreprise les fonds remis par les clients en vue d'une opération déterminée (crim 24 juin 1941 J CP 1942 II. 1978) ou d'affecter aux besoins de la trésorerie de sa société des fonds reçus en vue d'une augmentation de capital (crim 6 et 7 mai 1969, Bull crim N°151 et 155 p 370 et 381).

Toutes ces difficultés auxquelles se heurtent l'application du texte de l'article 408 français viennent de la recherche de l'élément intentionnel contenu dans les notions de "détournement" et de "dissipation".

.../...

Cet élément intentionnel selon la jurisprudence de la chambre criminelle, résulte implicitement des contestations opérées par les juges du fond sur l'élément matériel (crim 17 juil 1968; Bull crim N°266 p. 547) mais lorsque l'élément matériel ainsi défini fait défaut, la preuve de l'infraction doit être recherchée dans la conduite du locataire dont le comportement aura manifesté l'intention de posséder non plus à titre précaire mais <sup>dormir</sup> ~~amino~~ <sup>emuni</sup>. Cette recherche est délicate puisqu'elle oblige le juge à constater deux fautes : l'une civile, née de l'inexécution du contrat l'autre pénale déduite d'agissements traduisant une intention frauduleuse or la preuve facile à rapporter de la violation des obligations contractuelles ne saurait établir par elle-même le détournement par appropriation. Le texte de l'article 408 du droit pénal français se refuse à être la simple sanction des lois civiles. Il reprime le dessaisissement de la chose louée mais non l'absence de restitution à la date fixée qui en l'absence d'autres éléments impliquant le détournement, apparaît selon une jurisprudence constante, comme un retard non punissable (cf pour le défaut de restitution du véhicule loué ; crim 23 mars 1971 Bull crim N°99 page 254).

Un dernier point de difficultés va réapparaître enfin dans la motivation du jugement. En effet dans le jugement proprement dit de condamnation, le juge doit démontrer l'existence de l'intention frauduleuse, puisqu'elle est un des éléments constitutifs du délit, ~~mixte~~. L'abus de confiance, violation d'un contrat, engendre par sa nature une double responsabilité, civile et pénale, obéissant chacune à un régime de preuve distincte. Il y a là un piège pour le juge pénal français qui doit éviter soigneusement les interférences de l'une sur l'autre et ne pas se borner, pour établir celle-ci à constater celle-là. Le juge doit faire connaître comment a été consommé le détournement sans oublier que les deux éléments révélateurs de l'infraction le retard à restituer et même la mise en demeure restée vaine (crim 20 jan 1933 DH 1939 p. 151 ne suffisent pas à la constituer.

Il a été dit plus haut que le droit français contrairement au droit sénégalais, ne sanctionne pas la simple inexécution d'obligation contractuelles. C'est pourquoi devant certaines situations qui se sont avérées complexes, le juge français a été amené à faire preuve de beaucoup de subtilités pour éviter d'encourir la cassation, car en plus de l'inexécution il lui fallait démontrer l'intention coupable, chose qui n'est pas facile à faire dans tous les cas (cf les cas jurisprudentiels étudiés).

.../...

2) Les tendances jurisprudentielles au renversement de la charge de la preuve en droit Français.

En principe l'intention frauduleuse, c'est la connaissance par le prévenu du caractère précaire de sa détention, de son obligation de restituer ou de l'affectation déterminée du bien, ainsi que la conscience qu'il agit en contravention de ces éléments. Mais la cour de cassation adopte une attitude assez sévère à l'égard des prévenus en n'exigeant pas la preuve d'une intention frauduleuse aussi caractérisée. Confondant intention et imprudence, elle considère que le seul fait d'utiliser des sommes détenues à titre de dépôt, sans prévoir l'impossibilité ultérieure de restituer, constitue un abus de confiance (crim 18 Février 1937 DH 1937 - 139). Bien plus, elle n'importe pas que l'intention soit exprimée en termes formels par les juges du fond ; il suffit qu'elle puisse d'induire des faits matériels constatant le détournement ou la dissipation. (crim 17 Juillet 1968. Bull 1968 n° 226 ; crim 9 Avril 1973 D 1975 - 257, note de Mme DELMAS MARTY). Il n'est pas non plus nécessaire que l'intention soit constatée d'une manière expresse ; il suffit qu'elle s'induisse nécessairement des faits retenus par le juge (crim 1901 -D-I 369, 19 Mars 1941. Gaz du Palais 1941 - 144 ; 3 Mars 1949 D 1949 - 1.379). C'est établir à partir des éléments de fait, une véritable présomption de fraude opérant un renversement de la charge de la preuve au détriment du prévenu qui ne pourra guère la renverser que par la preuve d'un cas de force majeure l'ayant empêché de restituer aboutissant en définitive à la solution de l'article 383 du code pénal Sénégalais.

3°) Le recours à des notions intermédiaires en droit Français pour contourner les difficultés d'application de l'article 408.

A) La notion d'intervention de possession

La doctrine pénaliste française admet aujourd'hui, d'une manière unanime, que la clef des difficultés suscitées par une définition exacte de l'abus de confiance se trouve dans le recours à la notion de possession intervertie: celui qui a reçu la chose en exécution de l'un des contrats visés à l'article 408 ne saurait voler cette chose, puisqu'il a reçu la possession, mais il peut intervertir celle-ci, et l'on entend par là transformer volontairement cette possession précaire en possession animo domini ; il s'agit donc d'une attente à la propriété, puisque l'auteur de l'abus de confiance se comporte sciemment comme un propriétaire (garçon code pénal annoté).

De nombreux arrêts dès le XIXème siècle, ont utilisé, pour fonder leurs décisions, la notion d'interversion de possession, ils ont plus rarement cité l'expression elle-même ; on en trouve toutefois la mention dans un arrêt de la cour de Paris = il était reproché aux administrateurs d'une société une double faute, qui consistait à avoir placé des disponibilités sociales dans une banque qu'ils dirigeaient eux-mêmes, afin de procurer à cette banque les ressources de trésorerie d'une tierce société où ils étaient également intéressés ; la cour de Paris a vu, dans ces actes, un abus de confiance : "en remettant des fonds sociaux à la banque syndicale, ils ont commis l'interversion de possession génératrice du délit" (Paris 18 Juillet 1938 Sirey 1938 - 2.203) ; la majorité des arrêts s'explique à l'aide de cette notion ; du moins faut-il au départ distinguer selon que la chose confiée est un corps certain ou une chose fongible ; s'il s'agit d'un corps certain, l'interversion de possession se manifestera par un acte de disposition plaçant son auteur dans l'impossibilité de rendre par une vente par exemple (crim 23 Août 1879 B, 169), une mise en gage (crim 21 Janvier 1870 - D, 1870 - 1 - 372), UN abandon (crim 28 Décembre 1934 Gaz DU Palais 1935 - 1 - 321), mais aussi bien par toute négation certaine aux droits du propriétaire, possesseur ou détenteur ; trois arrêts récents en apportent des exemples divers : dans une espèce tranchée par la Cour de Cassation le 7 Juin 1961 (crim 7 Juin 1961 B 61.288), le prévenu avait, malgré des sommations de restituer, conservé des documents appartenant à une société après la cassation de ses fonctions dans celle-ci et il se les était appropriés en les utilisant pour les besoins d'une entreprise concurrente créée par lui. Dans le cas à propos duquel la cour de cassation a rendu un arrêt le 9 Juin 1965, le prévenu avait, malgré les demandes de restitution, conservé des pièces relatives, à la gestion d'une société dont il avait cessé d'être gérant (crim 9 Décembre 1965. B 273), enfin dans l'hypothèse examinée par la cour suprême le 23 Avril 1966, un individu avait fait une promesse de vente d'un domaine à deux personnes et un acte avait été établi qui constatait leur accord ; un tiers était chargé de conserver cet acte ; mais il le confia à l'auteur de la promesse qui devait le soumettre à la signature de sa femme ; le prévenu étant alors revenu sur son engagement, avait vendu son domaine à un tiers et détruit l'acte qui le liait aux bénéficiaires de la promesse (crim 23 Avril 1966 - B 126). Dans tous ces cas l'interversion de possession était certaine les prévenus se comportaient avec l'animus d'un propriétaire, alors qu'ils n'étaient que détenteurs précaires ; dans de telles hypothèses la cour suprême française a pu dire qu'il n'était pas nécessaire que l'intention frauduleuse soit expressement constatée,

Qu'il suffisait qu'elle puisse s'induire des circonstances retenues par le juge ou de la constatation même du fait révélateur par lui-même de l'intervention (crim 14 Août 1958 - B 616).

B) Le recours à la notion de faute lourde

L'abus de confiance, délit plus récent en droit français, peut permettre l'appel à des notions civilistes, héritées du droit Romain, qui pourront conjurser l'incertitude jurisprudentielle de la qualification des faits ; or en cette matière pourquoi ne pas recourir à l'idée que si l'auteur de l'abus est puni, c'est qu'il a commis une faute qu'il aurait du éviter, en bref une faute lourde. L'utilisation du critère de la faute lourde paraît donc à ce titre plus sûre = lorsque l'intervention de possession n'est pas prouvée, l'infraction sera constituée si la faute est lourde et elle est de cette nature, si l'agent, bien que n'ayant pas eu l'animus domini, ne peut restituer ce qui lui a été confié ; peu importe que manque l'intention proprement dite, puisque la faute lourde est équivalente au dol ; mais puisque toute faute suppose l'élément moral et ne peut être qualifiée uniquement par son résultat, la présomption de faute lourde pourra être renversée par la preuve de l'humaine impossibilité de prévoir le dommage (cf article 383 cp Sénégalais). Un exemple montrera bien la démarcation entre chaque thèse, intervention de possession et faute lourde = c'est celui du notaire qui utilise à son profit personnel les sommes confiées : l'abus de confiance sera constitué s'il profite de ces fonds pour acquérir un bien ; il s'est comporté en maître et a interverti la possession ; mais s'il spéculé avec ce qui lui a été confié, contrairement aux termes du contrat, l'abus de confiance ne pourra lui être imputé que si, prié de restituer, il est dans l'impossibilité de le faire ; il aurait dû prévoir qu'un préjudice allait en résulter ; il a commis une faute lourde, dont il ne pourra se dégager que par la preuve d'événements exceptionnels.

Une foule de décisions de jurisprudence a ainsi fait application de la théorie de la faute lourde. Voici deux exemples où la Cour Suprême Française a fait allusion à la faute sans autre précision : "le détournement, dit-elle, est frauduleux lorsque l'agent s'est mis par sa faute, dans l'impossibilité de restituer les sommes par lui détournées de leur destination (crim 15 Janvier 1853 - D 1853 5 - 5). Un individu se rend coupable d'abus de confiance lorsque c'est par son fait et par sa faute qu'il a été dans l'impuissance de restituer les sommes confiées par lui détournées de leur destination" (crim 27 Février 1843 - S/843 - I.207) ; la mise en demeure restée infructueuse permettra de considérer que l'agent a commis une faute lourde, puisqu'il ne restitue pas et donc de le poursuivre (crim 12 juillet 1956 B 531) ; bien sûr la jurisprudence l'a souvent affirmé, la mise en demeure n'est pas nécessaire pour constituer le délit (crim 9 Décembre 1965 BULL 273) mais il sera souvent impossible de prouver le détournement sans elle ; c'est alors l'impossibilité de restituer, après demande, qui justifiera la sanction pénale,

une faute lourde ayant été commise ; sa faute lourde remplacera pour constituer l'infraction, l'intention d'intervenir la possession qui n'est pas prouvée (sur ce point une jurisprudence abondante qui s'explique très bien par l'idée d'une faute lourde (crim 10 Août 1880 S 1850 - 1-695) ; crim 2 Juin 1853 - D53-5-4 crim 11 Mars 1858 D58-5-5 crim 14 Janvier 1859, D 1859 - 144 ; crim 7 février 1874 S 1874 - 1 - 403 ; cessation 8 Janvier 1978 B 6).

le

En effet s'il y a impossibilité de rendre bien une faute lourde a été commise et on ne pourra en être excusé que par la preuve de circonstances exceptionnelles (cf faits justificatifs article 383 cp Sénégalais).

Toutes ces séries de difficultés que rencontre l'application de l'article 408 du code pénal français (de même que le recours par les tenants de ce droit à des notions civilistes intermédiaires en vue de les résoudre, sans oublier les quelques hésitations et tendances jurisprudentielles au renversement de la charge de la preuve rapportées plus haut), expliquent dans leur ensemble les mérites du système Sénégalais de l'article 383. Celui-ci, en simplifiant l'incrimination de l'abus de confiance a rendu la repression de ce délit devenu fréquent plus aisée laquelle se traduit par ailleurs par un renversement de la charge de la preuve. Et c'est ce titre que l'originalité Sénégalais revêt un caractère pragmatique. Cette dernière analyse nous amène enfin à parler de la preuve de l'abus de confiance un droit Sénégalais et Français.

### III La preuve de l'abus de confiance.

Etude comparative des des droits Sénégalais et Français.

L'abus de confiance, violation d'un contrat, engendre par sa nature une double responsabilité, civile et pénale, obéissant chacune à un régime de preuve distincte. A ce titre on trouve dans les deux droits Sénégalais et Français, des points de convergence et des points de divergence.

A) Points de convergence = la preuve du contrat préalable. En droit français comme en droit Sénégalais le Ministère Public et la Partie civile doivent avant tout faire la preuve du contrat préalable qui a été la base de la remise.

En effet l'abus de confiance offre une particularité = il consiste dans la violation d'un contrat ; à sa base même se trouve une convention librement consentie. Il est donc nécessaire de prouver l'existence du contrat ayant donné lieu à la remise de l'objet détourné ou non représenté.

L'existence du contrat doit être établie par les modes de preuve du droit civil. Dans un intérêt général pour éviter toutes les contestations ultérieures, la loi a voulu que les conventions fussent constatées d'une façon durable. Dans la plupart des cas elle exige un écrit. On ne saurait admettre qu'un créancier put échapper à cette obligation en portant son action devant la juridiction repressive et qu'il put établir, même par des témoins l'existence d'un contrat qu'il n'a pas eu la prudence de faire constater par écrit (ceci est d'ailleurs fréquent en droit Sénégalais).

Si le contrat est dénié, le tribunal correctionnel a qualité pour en ordonner la preuve conformément au droit commun. Il ne saurait y avoir une question préjudicielle dont l'examen serait renvoyée aux juges civils "le juge de l'action est jugé de l'exception". Faisant application des règles du droit, le juge exigera en principe une preuve écrite du contrat. De même il existe un commencement de preuve par écrit (la jurisprudence considère comme telles les réponses faites par le prévenu devant le juge d'instruction. De même si le créancier a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite préconstituée laquelle a été détruite par un cas fortuit (code civil article 1348).

Il suffit qu'il y ait une impossibilité pratique ou morale de se procurer une preuve écrite ; ainsi un patron remet des fonds à son commis pour les porter à un fournisseur ou un préposé remet des fonds à son patron pour un emploi déterminé ; un encaisseur touche le montant d'une traite à lui confiée pour recouvrement.

L'aveu du prévenu dispense d'apporter une preuve écrite sauf aux juges à examiner la question de l'indivisibilité de l'aveu qui se pose comme devant la juridiction civile à déterminer la nature du contrat. La jurisprudence considère que si l'aveu est indivisible en ce qui concerne la preuve du contrat, l'indivisibilité ne s'étend pas à la preuve du détournement qui reste soumise à l'appréciation des juges du fond saisis de la poursuite pour abus de confiance (cass 3 février 1934 - S 1935 - 1 - 145 ; 17 juillet 1947 B 183 ; D 1950 page 195).

Dans certains cas la preuve du contrat va résulter des fonctions exercées par le prévenu.

Il existe souvent en effet une imbrication entre l'acte d'appréhension et l'exercice fonction. Le contrat correspond alors à celui de mandat comme en font état d'ailleurs quelques cas d'inculpation contenues dans des dossiers correctionnels, à savoir : "étant employé de telle société, ... et reçu à ce titre mandat de faire (telle opération) pour le compte de la dite société....etc". Enfin le ministère public et la partie civile doivent préciser le contrat et le caractériser sous peine de nullité.

B) Mais des points de divergence vont ressurgir entre des deux droits dans la preuve des éléments constitutifs du délit.

Il a été précisé plus haut que l'abus de confiance étant avant tout un délit intentionnel, les droits Sénégalais et Français lui reconnaissent tous deux ce caractère. Il en résulte donc dans tous les cas que la preuve de l'élément moral, élément essentiel pour la réalisation du délit, revêt en matière pénale une importance capitale ; car c'est à l'issue de celle-ci que doit intervenir soit une décision de condamnation, soit une décision de relaxe. La différence fondamentale entre les deux droits (français et Sénégalais) va se situer en premier lieu au niveau même de la charge de la preuve de l'élément morale, laquelle résulte à son tour de l'incrimination posée par chacun des deux textes. en présence.

L'article 408 du code Pénal Français parle de "détournement" et de "dissipation". Or ces deux notions traduisent à la fois des actes matériels impliquant une certaine volonté de la part de leur auteur. Leur formulation entraîne donc dans tous les cas que l'élément moral et matériel du fait incriminé sont liés.

Alors que l'article 383 du code pénal Sénégalais qui utilise l'expression "qui n'aura pas... exécuté son engagement" ne vise en fait que l'élément matériel du délit. Celui-ci consistant alors au manquement à une obligation contractuelle. En effet le texte Sénégalais dissocie les deux éléments, moral et matériel, du délit. Cette différence dans la formulation de l'incrimination va entraîner des systèmes

~~différents.~~  
En droit Français : le ministère public doit faire à la fois la preuve de l'élément matériel (la violation du contrat) et celle de l'élément moral (et que cette violation résulte d'une intention frauduleuse).

En droit Sénégalais au contraire le ministère public va limiter sa preuve à la constatation de l'élément matériel (la non exécution du contrat). L'élément moral étant alors présumé à partir de cette constatation matérielle.

Il en résulte qu'en droit Français la preuve de l'élément moral va incombrer au ministère public (en même temps d'ailleurs que celle de l'élément matériel), tandis qu'en droit Sénégalais cette preuve de l'élément intentionnel est renversée en faveur du ministère public. Dans ce cas il revient au prévenu de prouver que sa carence dans l'exécution du contrat ne résulte d'aucune intention frauduleuse de sa part. Et ceci nous conduit à voir séparément comment s'opère respectueusement en droit Français et Sénégalais le mécanisme de la preuve de l'abus de confiance.

D) La preuve de l'abus de confiance en droit Français :

Dans ce système, une fois la preuve du contrat préalable faite, le ministère public et la partie civile doivent en outre démontrer que tous les éléments constitutifs de l'abus de confiance se trouvent réunis. Par ailleurs la jurisprudence exige que les motifs des jugements aboutissant à une condamnation, visent expressément l'élément intentionnel. En effet le juge doit faire la preuve directe d'un fait de dissipation ou de détournement ce qui revient à dire que dans son jugement il doit démontrer à la fois que le prévenu a violé son engagement et que cette violation résulte d'une intention frauduleuse.

En principe tous les modes de preuve sont admis : écrites, témoignages, présomptions ; le juge peut ainsi retenir tous les faits susceptibles de former sa conviction.

2) La preuve de l'abus de confiance en droit Sénégalais

Dans le système Sénégalais, une fois la preuve du contrat, ayant déterminé la remise faite, le ministère public et la partie civile vont se borner à constater simplement l'inexécution du contrat. La preuve de celle-ci étant alors facilitée par une mise en demeure restée infructueuse. A partir de là le ministère public n'a plus rien à démontrer. La mauvaise foi étant prescrite par la loi, être à la base de l'inexécution, il appartient dès lors au prévenu qui a manqué à sa promesse de prouver par tous les moyens que sa carence est due à "la force majeure, au fait du remettant ; ou d'un tiers ou même à sa propre faute si celle - ci est involontaire" (cf faits justificatifs de l'article 385 cp).

Ainsi dans l'affaire MP et la SONAGA C/Ibrahima FALL, le tribunal a estimé qu'étant donné que le prévenu reconnaît avoir reçu la somme de 700.000 Francs au nom et pour le compte de la SONAGA, et ne justifie pas de l'usage qu'il en a fait, le délit est établi".

CONCLUSIONS : La logique du droit Sénégalais et le problème de la liberté individuelle.

Le texte Sénégalais de l'article 383 en matière d'abus de confiance constitue en fait une nouvelle source de présomption légale qui vient ainsi s'ajouter aux quelques autres cas limitativement contenus dans le code pénal (cf première partie du mémoire, autres cas de présomptions légales).

Si par suite de la nature du délit, l'obligation est faite de violer soit le principe de la légalité criminelle, soit la "présomption d'innocence", le moindre mal est sans doute de porter atteinte à cette dernière. Le préjudice subi la liberté individuelle est certain, mais il est limité dans certains cas comme dans la répression du proxénétisme (article 323 al. 3 et 4) puisqu'en précisant l'origine de ses ressources, le prévenu évitera les sanctions qu'encourt le proxénète.

En revanche les présomptions qui pèsent sur le fournisseur des armées (article 402 cp) et le gardien de prison (article 208 cp) paraissent contestables. On a l'impression que le législateur a voulu imposer un certain résultat consistant pour l'un à effectuer ses prestations, pour l'autre à empêcher l'évasion du détenu. Que l'obligation soit inexécutée et la condamnation du débiteur est encourue. Dans l'abus de confiance de l'article 383 il s'agira justement de sanctionner le simple manquement à une obligation contractuelle. Cette conception est dangereuse car elle peut conduire à reconnaître l'existence d'infractions intentionnelles dans des hypothèses où en réalité, l'élément moral fait défaut.

Faut-il alors souhaiter la disparition des présomptions légales ? ou bien leur maintien s'impose-t-il en raison de certains faits ? Il semble, selon les tenants de cette suppression, que dans toutes les hypothèses ainsi envisagées (dans notre étude des différents cas de présomption) le juge aurait pu atteindre le même résultat s'il procédait à une recherche plus approfondie.

Cette disparition des présomptions légales présenterait en outre selon eux l'immense avantage de permettre au juge de modeler sa conviction en fonction de chaque situation, ce que la technique trop rigide des présomptions interdites.

C'est ainsi qu'il a été dit que "le droit pénal repugne aux présomptions" ou "qu'en matière criminelle, il ne peut y avoir de présomptions légales".

Tel est d'ailleurs l'avis de nombreux auteurs criminalistes. En effet donner au juge "une règle fixe" comme le préconisait Montesquieu n'est plus du tout une garantie contraire l'arbitraire. Au contraire

→  
OSVP

~~Au contraire.~~ La seule exception réelle cependant peut être reconnue au texte Sénégalais de l'abus de confiance en raison à la fois de la nature complexe de ce délit et des difficultés de preuve aux quelles pourrait se heurter son application pratique (cf les difficultés d'explication de l'article 408 en droit Français).

Dans un pays où le dialogue fraternel est à la base de multiples transactions *nécess* divers contrats énumérés par l'article 383, il est sans doute apparu au législateur *une* volonté ferme d'assurer le besoin de sécurité des citoyens dans la jouissance de leurs droits de propriété, en prévoyant une répression plus efficace de leur violation.

Hormis ces considérations il semble tout de même que le droit Sénégalais obéit à une certaine logique :

Il semble normal en effet que, même sur le plan pénal, celui qui viole son engagement prouve lui-même qu'il en a été empêché par la force majeure ou par la faute d'un tiers. Tel est le principe en matière civile. En matière répressive, il est nécessaire d'admettre en outre que la responsabilité n'est pas engagée lorsque l'inexécution provient d'une faute involontaire mais encore faut-il que la preuve du caractère involontaire de la faute incombe à celui qui l'a commise. Ainsi il est souvent impossible de contrôler l'existence du vol, de la destruction ou de la perte de la chose, de faire la preuve négative que ces événements allégués par le prévenu n'ont pas eu lieu. Il est au contraire facile pour ce dernier d'établir qu'ils sont bien survenus, pourvu qu'on lui laisse toute liberté quant aux moyens de preuve.