implique qu'il y a crime, de la part de ces personnes, dès que la chose détournée ou dissipée leur a été remise à raison de la confiance qu'inspirent leur qualité.

Faut-il en outre, que la chose ait été reçue par l'officier public ou ministériel dans l'exercice, ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions? Au cours de la discussion de la loi de 1863, un député ayant demandé qu'il fût entendu qu'on n'appliquerait l'aggravation qu'aux abus de confiance accomplis à raison des fonctions, M. de Cordoën, commissaire du Gouvernement, répondit: « on doit ajouter que le fait ne sera considéré comme crime que lorsque l'officier public l'aura commis *à l'occasion de ses fonctions:* c'est là la pensée manifeste de la loi ». — Jugé, en ce sens, que l'abus de confiance commis par les officiers publics ou ministériels n'est punissable comme crime, d'après l'art. 408 c. pén., revisé par la loi du 13 mai 1863, qu'autant qu'il l'a été dans l'exercice de leurs fonctions; il conserve donc le caractère de délit lorsque les officiers publics ou ministériels ont agi comme simples mandataires (Colmar, 26 mai 1864) (1).

L'affirmation du commissaire du Gouvernement, et l'arrêt qu'on vient de citer dans le même sens, se concilient difficilement avec les motifs qui ont déterminé l'innovation législative de 1863 à l'égard des abus de confiance dont se rendraient coupables des officiers publics ou ministériels, et avec la généralité des termes dans lesquels elle est conçue. Le rapport nous apprend nettement que ce qui est aggravant, c'est la qualité de l'officier préposé par la loi elle-même à la confiance de tous. Le texte de la nouvelle disposition n'est pas moins décisif. Les expressions *officier public* ou *ministériel* y sont seules employées, sans addition des mots : dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions, addition qu'on rencontre dans toutes les dispositions où la loi a cru devoir faire de cette condition un élément du délit. Il n'est donc pas besoin que la personne lésée ait été victime d'une confiance obligatoire, c'est-à-dire d'un véritable fait de fonctions. Bien plus, on pourrait se demander si les faits de fonctions, loin de rentrer seuls dans les prévisions du paragraphe 2 de l'art. 408, n'en sont pas exclus, et ne restent pas, même depuis la loi de 1863, régis par les art. 169 et suiv., concernant les détournements commis par les comptables publics, articles que des arrêts de la cour de cassation, antérieurs à la loi de 1863, ont étendu aux officiers ministériels qui s'approprieraient des valeurs se trouvant dans leurs mains comme conséquence de leur mandat légal et forcé (V. *Forfaiture*). M. Blanche, *Études pratiques sur le code pénal*, t. 6, n° 262, se prononce pour l'application de l'art. 408 à tous les abus de confiance imputables aux officiers publics ou ministériels, eussent-ils le caractère d'un fait de fonctions. Quoiqu'il en soit sur ce point, on doit tenir pour constant que les détournements commis par l'une ou l'autre classe d'officiers constituent le nouveau crime d'abus de confiance, quoique la remise qui leur a été faite de la chose détournée ne se rattache pas nécessairement à leurs fonctions. Quant aux détournements qui auraient eu lieu à raison de la fonction, l'unique question qu'ils puissent soulever est celle de savoir si le législateur de 1863 a entendu les transporter de la catégorie des crimes et délits contre la chose publique dans celle des abus de confiance contre les particuliers : on peut soutenir, avec M. Blanche, *loc. cit.*, que le crime d'abus de confiance, créé relativement aux officiers publics ou ministériels, comprend même ces derniers genres de détournements.

La jurisprudence s'est fixée en ce sens. — Décidé, en effet, que, pour que l'abus de confiance commis par un officier public ou ministériel constitue un crime, il n'est pas nécessaire que les effets ou valeurs détournés ou dissipés lui aient été remis à l'occasion de l'*exercice légal et obligé de ses fonctions:* il suffit que cette remise ait été déterminée par la confiance qu'inspire sa qualité (Dijon, 29 juill. 1874, aff. G..., D. P. 75. 5. 5, et, sur pourvoi, Crim. rej. 21 août 1874, D. P. 75. 1. 41 ; Crim. cass. 31 juill. 1874, aff. B..., D. P. 75. 5. 5). — Jugé, spécialement, que c'est le paragraphe 2, et non le paragraphe 1er de l'art. 408, qui doit être appliqué au détournement, par un notaire, d'une somme à lui remise, alors que la confiance inspirée par ses fonctions a seule déterminé l'indication de son étude comme lieu de payement de cette somme, le versement qui en a été opéré dans ses mains, et le mandat à lui donné d'en faire, après l'avoir reçue, un emploi déterminé (Arrêt précité du 21 août 1874).

147. S'il n'est pas besoin, pour l'application du paragraphe 2 de l'art. 408, que l'abus de confiance porte sur des fonds ou valeurs remis à l'officier public ou ministériel dans l'exercice obligatoire de ses fonctions, est-il nécessaire, du moins, qu'il s'agisse de personnes appelées, par la nature de leurs fonctions, à recevoir des valeurs et deniers du public? La question s'est élevée à propos du détournement, par un maire, de deniers provenant d'une indemnité de guerre attribuée à la commune, et que le maire avait été chargé, par le conseil municipal, de toucher du Gouvernement et d'employer à désintéresser des créanciers de cette commune. Un arrêt de la cour de Paris a décidé que l'art. 408, § 2, ne concerne que les officiers publics ayant qualité pour recevoir des fonds, et ne doit pas, dès lors, être étendu au maire coupable de détournement de sommes appartenant à la commune, le maire auquel ces deniers ont été confiés accidentellement, en vue d'une destination déterminée, ne les ayant reçus qu'en qualité de mandataire particulier de la commune, et non en l'une de ses qualités d'officier administratif ou de l'état civil, ou de police judiciaire, fonctions qui ne comportent pas cette réception de deniers (Paris, 19 nov. 1874) (2).

148. Il résulte des arrêts ci-dessus que l'abus de confiance commis par un officier public ou ministériel devient un crime, dès que la chose détournée ou dissipée lui a été

(1) (Higelin.) — La cour ; — Attendu que le fait prévu par l'art. 408 c. pén., ne prend la qualification de crime à l'égard de domestiques, hommes de service à gages, clercs, commis, compagnons ou apprentis, qu'autant qu'il a été commis au préjudice de leurs maîtres, ou que, en d'autres termes, l'acte coupable est une violation de la confiance attachée à leur emploi ; — Que la même aggravation de peine n'a été étendue, par la loi du 13 mai 1863, aux officiers publics ou ministériels que pour le cas où ils auraient également abusé de la confiance inhérente à leur qualité, c'est-à-dire dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que l'a reconnu le commissaire du Gouvernement lors de la discussion de cette loi au Corps législatif; — Attendu que ce n'est pas comme huissier, mais comme simple mandataire de Nicolas Riotte, que Higelin a retiré du greffe de la cour d'assises la somme de 818 fr., appartenant à celui-ci, et en a détourné ou dissipé une partie ; — Que ce n'est pas non plus à titre d'officier ministériel et à raison de la nature de ses fonctions que lui ont été remis les 61 fr. 48 c., reçus du sieur Abraham Bloch et réclamés vainement jusqu'à ce jour par l'avoué Zohler; — Renvoie devant le tribunal correctionnel, etc.

Du 26 mai 1864.-C. de Colmar, ch. d'acc.-M. Pillot, pr.

(2) (Maillard.)— La cour ; — Vu les conclusions prises par Maillard devant la cour et tendant à l'incompétence de la juridiction correctionnelle ; — Considérant que le conseil municipal de la commune de Vernaucourt a donné mandat, dans le cours de l'année 1873, à Maillard, alors maire de cette commune, à l'effet de toucher la somme revenant à ladite commune sur l'indemnité de guerre accordée par le Gouvernement et d'en faire un emploi déterminé en désintéressant quelques-uns des créanciers de cette commune ; — Qu'il s'agit de rechercher si Maillard, dans cette circonstance, doit être considéré comme ayant agi en qualité d'officier public dans les termes de l'art. 408 c. pén., ce qui le rendrait justiciable de la cour d'assises et légitimerait ses conclusions d'incompétence ; — Considérant que la loi de 1863 a ajouté les « officiers publics et ministériels, » à la nomenclature des personnes qui, pour des faits d'abus de confiance, sont renvoyées devant la cour d'assises ; — Que des motifs de cette loi et de la discussion au Corps législatif, il résulte que le législateur n'a entendu désigner, par ces termes, que les personnes qui, par la nature de leurs fonctions, reçoivent des valeurs et deniers du public, et qui, à ce point de vue, commandent sa confiance pour leur conservation ou leur emploi ; — Que le terme d'officier public ainsi interprété ne peut s'appliquer aux maires, qui, dans aucune de leurs fonctions, si variées qu'elles soient, comme officiers administratifs, comme officiers de l'état civil ou officiers de police auxiliaires du procureur de la République, ne doivent jamais recevoir des valeurs ou deniers du public pour les conserver ou en faire emploi ; — Que, dès lors, Maillard, en recevant les sommes qui étaient destinées à payer des créanciers de la commune de Vernaucourt, a agi, non comme officier public, mais simplement comme mandataire particulier de la commune ; — D'où il suit qu'à raison des détournements qu'il a commis en cette qualité, il est justiciable des tribunaux correctionnels ; — Par ces motifs ; — Rejette lesdites conclusions, se déclare compétente, etc.

Du 19 nov. 1874.-C. de Paris, ch. corr.-MM. Rohault de Fleury, pr.-Benoist, av. gén.-Falateuf, av.

remise en considération de la confiance particulière qui naît de sa position privilégiée, et qu'il n'est punissable que comme délit, lorsque ce n'est pas cette qualité qui a déterminé la confiance de la personne lésée. « Il ne faut pas, dit M. Blanche, *loc. cit.*, estimer que l'infraction sera aggravée par cela seul qu'elle sera imputable à un officier public ou ministériel... Si la chose a été remise à l'officier public ou ministériel à cause des relations de famille, d'amitié, de voisinage qu'on a avec lui, l'abus de confiance, malgré la qualité de l'inculpé, ne sera qu'un délit et n'encourra que les peines correctionnelles. » — Jugé, à cet égard, qu'un huissier poursuivi pour divers abus de confiance, dont les uns constituent des détournements simples, et les autres des détournements commis en qualité d'officier ministériel, a le droit d'imputer les payements par lui faits antérieurement aux poursuites sur les dettes qu'il avait le plus d'intérêt à acquitter, c'est-à-dire sur celles nées de cette dernière qualité (Rouen, 14 mars 1866) (1).

Art. 9. — *Preuve de l'abus de confiance. — Compétence. — Peines* (*Rép.* n°s 184 à 218).

149. — I. Preuve de l'abus de confiance ; Compétence. — Les questions qui se sont le plus fréquemment élevées à propos de la preuve du délit d'abus de confiance se rattachent : 1° à la compétence du juge de répression pour statuer sur ceux des moyens de défense qui impliquent la nécessité, soit de constater l'existence de la convention dont la violation est déclarée punissable par l'art. 408, soit d'apprécier la nature de cette convention ; 2° aux modes de preuve de la même convention, lorsqu'elle est déniée.

150. — 1° *Compétence à l'égard des moyens de défense se rapportant à la convention préexistante à l'abus de confiance.* — La jurisprudence rapportée au *Rép.* n°s 185 et 187 a posé en principe, conformément à la délibération de la cour suprême du 5 nov. 1813, recueillie dans les notes du président Barris, et contrairement à plusieurs arrêts antérieurs, que lorsque la convention dont la violation constitue un abus de confiance ou tout autre fait punissable est déniée, le juge de répression est compétent pour statuer sur l'existence de cette convention, un tel moyen de défense soulevant, non pas une *question préjudicielle* à résoudre préalablement par le juge civil, mais une simple *exception* inséparable de l'appréciation du fait poursuivi, et placée, comme ce fait, dans les attributions du juge de la poursuite. Cette jurisprudence a été maintenue, depuis, par de nouveaux arrêts, soit de la cour de cassation, soit des cours d'appel, rapportés avec l'indication des auteurs qui, tous, se prononcent également dans le même sens, au *Rép.* v° *Obligations*, n° 4892. A ces arrêts et à ces auteurs *Adde:* Crim. rej. 28 janv. 1870, aff. Fitte, D. P. 70. 1. 318; Chauveau et Hélie, *Théorie du code pénal*, 5e éd., t. 5, n° 2305 ; Blanche, *Études pratiques sur le code pénal*, t. 6, n° 272.

151. Le juge de répression est également compétent pour connaître des *moyens de défense* tirés, par le prévenu, soit de ce que le contrat passé avec lui ne rentrerait pas dans l'un de ceux déterminés par l'art. 408 soit de ce que l'engagement, né d'abord de l'un de ces contrats, aurait, par l'effet d'actes ou de conventions survenus postérieurement, cessé d'avoir sa cause dans une convention de cette nature, en sorte qu'il ne trouverait plus sa sanction dans la responsabilité pénale de l'art. 408 (V. *suprà*, n°s 19 et suiv.). — Décidé, à plus forte raison, que le juge, saisi d'une poursuite en abus de confiance, est compétent, comme juge de l'action principale, pour statuer sur l'exception de compte opposée par le prévenu, quoique l'existence de l'abus de confiance soit subordonnée au résultat de ce compte, si aucune instance civile n'est pendante à cet égard, et s'il n'y a pas, dès lors, à craindre de contrariété de décisions (Crim. rej. 21 juill. 1864, aff. Hottot, D. P. 65. 1. 456). Toutefois, suivant l'observation de M. Blanche, t. 6, n° 223, si, dans certaines matières d'une nature spéciale, l'apurement du compte était réservé à une autre autorité que le tribunal correctionnel, il est clair que la question deviendrait préjudicielle, et que les tribunaux correctionnels devraient surseoir à statuer jusqu'à ce que le compte ait été réglé par l'autorité compétente. — Jugé, en ce sens, que le tribunal saisi de la poursuite d'un délit d'abus de confiance résultant du détournement de sommes reçues par l'organisateur d'une loterie, dont le compte a été soumis, par l'arrêté d'autorisation, à un apurement administratif, ne peut statuer sur la prévention qu'après cet apurement (Crim. cass. 24 sept. 1846, aff. Viennot, D. P. 46. 1. 291). Mais le juge de répression ne serait pas tenu de surseoir jusqu'à l'apurement administratif du compte, si le refus d'approbation, par l'administration, de la comptabilité du prévenu était constant. — Décidé, sur ce dernier point, que le tribunal correctionnel peut statuer sur une prévention d'abus de confiance contre un fournisseur chargé d'acheter des approvisionnements au compte de l'Etat, sans empiéter sur la règle de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, bien que ce fournisseur n'ait pas été constitué en débet par un acte administratif régulier, lorsque le ministre s'est porté partie civile, et a demandé la réparation du préjudice causé à l'Etat par ce fournisseur, cette attitude du ministre excluant l'approbation de sa comptabilité (Crim. rej. 12 déc. 1874, aff. Ferrand, D. P. 75. 1. 389).

152. — 2° *Modes de preuve de la convention préexistante à l'abus de confiance.* — La jurisprudence et les auteurs ont toujours admis, conformément à la délibération de la cour suprême citée *suprà*, n° 152, que la preuve de la convention dont la violation constitue soit le délit d'abus de confiance, soit le délit d'abus de blanc-seing, est soumise aux règles du droit civil. Cette preuve ne peut donc être faite par témoins que lorsque la loi civile autorise la preuve testimoniale. Il n'importe que la poursuite tende à la répression d'un délit, et que les délits puissent toujours être établis par témoins. On ne saurait conclure de là que le même mode de preuve doive être exceptionnellement étendu à la convention qui forme l'un des éléments constitutifs de ce délit. Il n'y a pas en effet, en ce qui concerne la preuve, de principes spéciaux aux matières criminelles, on y applique purement et simplement les règles du code civil. Si l'existence des délits peut être prouvée par témoins, c'est en vertu de la disposition du paragraphe 1er de l'art. 1348. Or cette disposition n'est qu'une conséquence du principe plus général, d'après lequel la preuve littérale n'est pas obligatoire, dès lors qu'il s'agit de faits à l'égard desquels il n'est pas possible de se procurer un acte écrit. Si donc, au nombre des éléments du délit, se trouve un *élément contractuel*, qui ne comporte pas la même impossibilité, la nécessité de recourir à la preuve littérale reprend son empire, et elle s'impose au juge de répression aussi bien qu'au juge civil, puisque les règles à suivre en ce qui concerne la preuve sont identiques, quelle que soit la juridiction saisie. Il en est ainsi, d'ailleurs, non seulement à l'égard de la partie civile, qui ne saurait évidemment recourir devant le juge criminel à un mode de preuve qu'elle n'aurait pu employer devant la juridiction civile, mais encore en ce qui concerne le ministère public, la décision à rendre sur l'action publique ne pouvant reposer sur des moyens de preuve autres que ceux ouverts à la personne lésée. On ne saurait concevoir, en effet, que la convention servant de base au délit pût être considérée comme établie en ce qui concerne le ministère public, et comme non existante, faute de preuve, à l'égard de la personne lésée. La contradiction serait flagrante si la personne

(1) (Ch...) — La cour ; — En ce qui concerne les détournements commis au préjudice de M. Levavasseur ; — Attendu qu'aux termes de l'art. 1256 c. civ., le payement peut être imputé sur la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter, lorsqu'il n'y a aucune stipulation contraire ; qu'il s'agit donc de rechercher quelle créance Ch... avait le plus d'intérêt à acquitter, de celle provenant des ventes auxquelles il avait procédé comme huissier, ou de celle à laquelle le notaire Houlier avait procédé et dont il était seulement chargé de l'encaissement ; — Qu'il ne peut y avoir de doute que Ch... avait un intérêt à acquitter le produit des ventes par lui faites et qui constituaient des faits de charge, plutôt que d'acquitter la somme encaissée par lui comme mandataire du sieur Levavasseur ; — Que, dans ces circonstances, le fait de détournement relevé contre lui, ne constitue plus qu'un simple délit d'abus de confiance ; — Par ces motifs, déclare ledit Ch... suffisamment prévenu par les art. 408 et 406 c. pén., etc.

Du 24 mars 1866. - C. de Rouen, ch. d'acc. - MM. Lebucher, pr.-Lizot, subst.

lésée s'était portée partie civile. Elle ne serait pas moins manifeste dans le cas où la victime du délit exercerait une action séparée devant la juridiction civile, surtout en présence de la jurisprudence d'après laquelle la décision intervenue sur l'action publique a, contre la partie lésée, ou à son profit, l'autorité de la chose jugée (V. *Chose jugée*).

153. Cette identité entre les modes de preuve admissibles devant la juridiction civile et devant la juridiction criminelle est signalée au *Rép.* n° 186 *in fine*, et, en outre, v^is *Dépôt*, n° 128 ; *Obligations*, n^os 4631 et 4888; *Preuve*, n° 104. Elle est posée en principe par tous les auteurs, et notamment, par ceux indiqués *loc. cit.*, auteurs auxquels on peut ajouter Chauveau et Hélie, *Théorie du code pénal*, 5^e éd., t. 5, n° 2306 ; Blanche, *Etudes pratiques sur le code pénal*, t. 6, n° 273 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 19, n° 557. Aux yeux de ce dernier auteur, la question de savoir si la preuve du contrat est de nature à varier avec la juridiction qui doit statuer sur l'existence de ce contrat n'est même pas susceptible de se poser. « Cette question, dit-il, n'a pas de sens. Le contrat est un fait civil, quelle que soit la juridiction devant laquelle on l'invoque. C'est donc d'après le code civil que la preuve doit en être administrée. » — M. Laurent aurait pu ajouter, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, que c'est aussi en vertu du code civil que la preuve des délits peut être faite par témoins.

154. Quant à la jurisprudence, elle doit être considérée comme fixée dans le même sens, malgré la résistance de quelques cours d'appel, résistance attestée par plusieurs arrêts de cassation. Les décisions d'où elle résulte ont été rendues particulièrement à propos du délit d'abus de confiance ou d'abus de blanc-seing. Il y est jugé que lorsque la valeur du contrat dont l'abus est poursuivi correctionnellement, aux termes de l'art. 408, est supérieure à 150 fr., la preuve doit, selon l'art. 1341 c. civ., en être faite par écrit, à l'exclusion de la preuve testimoniale applicable seulement au fait délictueux qui s'y rattache, et sous l'unique réserve des cas où la loi civile a autorisé ce dernier mode de preuve sans se préoccuper de la valeur de la convention. Ces décisions, pour la période antérieure à la publication du *Répertoire*, sont rapportées les unes, sous le présent mot, n^os 187 et 189, et quelques autres, v^is *Dépôt*, n° 129; *Effets de commerce*, n° 441 ; *Nantissement*, n° 81 ; *Obligations*, n° 4888. — Jugé pareillement, depuis lors : 1° que l'accusé ou prévenu d'abus de confiance peut s'opposer à la preuve par témoins du fait qui lui est imputé, lorsqu'elle tend à établir une convention dépassant 150 fr., et qu'il ne se trouve dans aucun des cas où la loi civile admet exceptionnellement cette preuve (Crim. rej. 21 juill. 1860, aff. Muraud, D. P. 61. 1. 41). — 2° Que la remise du blanc-seing, nécessaire à l'existence du délit, doit être prouvée par écrit, lorsque le contrat porté au blanc-seing excède 150 fr., ou est d'une nature indéterminée (Colmar, 21 juill. 1869, aff. Vonderscher, D. P. 69. 2. 219 ; Sol. impl., Lyon, 10 août 1881, aff. Dubief, D. P. 82. 2. 65). ... A moins qu'il ne soit d'abord établi que le signataire du blanc-seing s'est trouvé, par suite notamment des manœuvres dolosives employées à son égard, hors d'état de rapporter la preuve écrite de cette remise (Arrêt précité du 21 juill. 1869); — 3° Que l'existence d'un contrat de nantissement dont la violation est incriminée comme constituant un abus de confiance, ne peut être prouvée par témoins, dès lors que la valeur des objets donnés en gage, dont le détournement est allégué, excède 150 fr., encore bien que la somme prêtée sur gage soit inférieure à ce taux (Bruxelles, 3 juin 1876, *Pasicrisie belge*, 1876, 2. 259). V. encore dans le même sens, pour le cas d'abus :... de dépôt : Limoges, 14 nov. 1844, aff. Faure, D. P. 45. 4. 423 ; Gand, 8 août 1877, *Belgique judiciaire*, 1877, p. 1422 ;... et de mandat : Gand, 9 mai 1877, *Pasicrisie belge*, 1877, 2. 323. — Décidé, à plus forte raison, dans une instance civile que le fait de s'être approprié un objet volontairement remis par son propriétaire, à titre de dépôt ou de mandat, ne peut être prouvé par témoin, en l'absence d'un commencement de preuve par écrit du dépôt ou du mandat, un tel fait ayant le caractère, s'il était poursuivi devant le juge de répression, de l'abus de confiance prévu par l'art. 408, et non d'une soustraction frauduleuse ou d'une escroquerie (Req. 5 août 1880, aff. Turbot, D. P. 81. 1. 211).

155. Un mode particulier de preuve est exigé en ce qui concerne le gardien d'objets saisis, gardien passible des peines de l'abus de confiance, s'il détourne ces objets en tout ou en partie (V. *suprà*, n° 74). Le dépôt qui intervient entre lui et le saisissant ne peut être constaté que par la signature de ce gardien sur le procès-verbal de saisie, ou par la déclaration que fait l'huissier des causes qui empêchent le gardien de signer ; en l'absence d'une pareille signature ou déclaration, il n'y a pas de preuve écrite que le prétendu gardien ait réellement accepté la garde ou le dépôt de l'objet saisi. — Jugé, en conséquence, que l'individu qualifié gardien des objets saisis, mais non signataire du procès-verbal, ne tombe pas, en cas de détournement de ces objets, sous l'application des peines portées par l'art. 408 c. pén. (Crim. rej. 15 nov. 1844, aff. Eleuthert, D. P. 45. 1. 66 ; Lyon, 5 janv. 1881, aff. Teissier, D. P. 81. 2. 168).

156. A côté de la jurisprudence qui a ainsi consacré, en principe, la prohibition de la preuve testimoniale devant la juridiction répressive, dans tous les cas où elle serait interdite devant la juridiction civile, se placent les arrêts relatifs à des hypothèses où, même en matière civile, cette preuve serait exceptionnellement recevable, abstraction faite de la valeur de la convention qui aurait été suivie d'un abus de confiance et qu'il s'agit d'établir. La difficulté ne peut alors consister que dans le point de savoir si, au point de vue du droit civil, et, par suite, du droit pénal, on se trouve ou non dans l'exception.

157. La première des exceptions apportées par la loi civile à la prohibition de la preuve testimoniale pour toute chose excédant 150 fr. est celle que l'art. 1347 fait résulter de l'existence d'un commencement de preuve par écrit. Des décisions qui ont eu à apprécier certains actes produits à l'appui d'une prévention d'abus de confiance ou d'abus de blanc-seing comme ayant le caractère d'un commencement de preuve par écrit suffisant pour autoriser la preuve testimoniale de la convention dont il aurait été abusé, ont été rapportées au *Rép.* n^os 48, 49, 194, 202 et 203, v^is *Chose jugée*, n° 518 ; *Dépôt*, n° 132. — Jugé, depuis : 1° que la preuve testimoniale d'un fidéicommis, ou mandat de transmettre, avait pu être autorisée, à l'appui d'une poursuite pour abus de confiance, lorsque le testament rendait vraisemblable la destination donnée à la somme indûment retenue, et qu'il existait dans la cause un commencement de preuve par écrit tiré de pièces émanées du prévenu (Crim. rej. 13 août 1868, aff. Piel-Desruisseaux, D. P. 69. 1. 486). — 2° Qu'en matière d'abus de blanc-seing, l'acte incriminé lui-même peut servir de commencement de preuve par écrit, lorsque, écrit et signé par le prévenu, il rend vraisemblable le fait allégué de la remise d'un blanc-seing (Lyon, 10 août 1881, aff. Dubief, D. P. 82. 2. 65).

158. De nombreux arrêts, cités au *Rép.* v° *Obligations*, n° 4770, ont également considéré comme constituant un commencement de preuve par écrit rendant recevable la preuve testimoniale de la convention préexistante à l'abus de confiance, les réponses faites par le prévenu lors de son interrogatoire devant le juge d'instruction, lorsque cet interrogatoire est signé de lui, ou mentionne l'impossibilité où il était de signer. Et il résulte des mêmes arrêts que ces réponses ne comportent pas nécessairement, en cas pareil, l'application du principe de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire, à la différence du cas où elles sont relevées comme un aveu complet (V. *infrà*, n° 175). — Jugé, de même; depuis ces arrêts, que, dans une poursuite pour abus de confiance, à raison du détournement, par un mandataire, des fonds qui lui ont été remis pour les transmettre à un tiers, la déclaration faite par le mandataire, dans un interrogatoire signé de lui, qu'il a pris, pour le compte du mandant, l'engagement de payer à ce tiers, avec lequel il n'avait aucune relation, une somme même supérieure au montant des fonds détournés, constitue un commencement de preuve par écrit autorisant la preuve testimoniale de l'existence du mandat (Toulouse, 23 juin 1881, aff. Cabé, D. P. 82. 2. 41). — Mais, d'après les arrêts et les auteurs cités au *Rép.* v° *Obligations*, n° 4771, les réponses faites à l'audience, devant le juge saisi de la poursuite, ne sauraient avoir le caractère d'un commencement de preuve par écrit, encore qu'elles aient été constatées dans les notes sommaires du greffier, ces notes, qui ne sont ni lues ni signées par le magistrat, ni relues au prévenu, ni signées par lui, ne pouvant être assimilées aux procès-verbaux qui constatent un interrogatoire devant le juge d'instruction. M. Blanche, t. 6, n° 275, se prononce dans le même sens. « Les interrogatoires prêtés à l'audience, dit-il, n'ont pas la même garantie que ceux qui ont lieu dans l'instruction ; ils sont recueillis à la hâte, pendant la déclaration de l'inculpé ; ils ne sont soumis à aucun contrôle légal. » M. Laurent, t. 19, n° 510, ajoute, avec plus de précision : « ces déclarations restent *verbales* malgré les notes du greffier ; dès lors, il ne peut s'agir d'un commencement de preuve par écrit, puisqu'il n'y a point d'écrit faisant foi ». Il n'en serait autrement que, si, sur la réquisition expresse de la partie poursuivante, il lui était donné acte de ses déclarations, soit au moment où elles se sont produites, soit dans le jugement définitif. V. sur ce dernier point, les décisions citées au *Rép.* v° *Obligations*, n^os 4765 et 4772. — Sur les cas où les réponses du prévenu à l'audience renfermeraient un aveu susceptible de faire preuve complète de la convention, V. *infrà*, n° 171.

159. La seconde des exceptions à la prohibition de la preuve testimoniale, à raison de la valeur de l'objet du contrat, naît, aux termes de l'art. 1348 c. civ., de l'*impossibilité* où aurait été la personne qui invoque cette preuve de se procurer une *preuve écrite*. Ici s'est principalement élevée la question de savoir si le contrat en violation duquel aurait eu lieu l'abus de confiance incriminé peut être prouvé par témoins, quand il est allégué que ce contrat et la remise de valeur qui l'a suivi ont été déterminés par des moyens frauduleux. En principe, la fraude qui vicie une convention peut être établie par témoins, lorsque la convention n'est pas déniée, et qu'il s'agit seulement de statuer sur sa *validité*. C'est ce qui résulte de l'art. 1353 c. civ., où il est dit qu'un acte peut être *annulé*, pour cause de dol ou de fraude, sur de simples présomptions, le dol et la fraude rentrant dans l'exception apportée par l'art. 1348 c. civ. à la nécessité d'un écrit. Mais si la partie à laquelle on impute des manœuvres dolosives, au lieu de se borner à nier ces manœuvres et le vice de consentement qui en serait la conséquence, conteste *l'existence* même du contrat, pour échapper à la responsabilité pénale de sa violation, l'art. 1348 ne reste applicable que dans le cas où l'on alléguerait une fraude telle qu'elle n'aurait pas permis à la partie lésée de passer l'écrit exigé par la loi en matière de convention excédant 150 fr. L'impossibilité où elle était de se procurer une preuve écrite des manœuvres qui l'auraient amené à consentir une remise de valeurs, ne s'étend pas forcément à cette remise elle-même : il faut qu'il y ait, à cet égard, une articulation formelle que la preuve écrite de la convention qui lui sert de base était, en fait, devenue aussi impossible que celle de la fraude qui y a présidé.

160. Cette distinction entre la fraude qui ne fait qu'entacher le consentement et celle qui irait jusqu'à mettre obstacle à la constatation par écrit de la convention, est enseignée par les auteurs cités au *Rép.* v° *Obligations*, n° 4890. En cas de poursuite pour abus de confiance, ils soumettent à la condition d'une preuve écrite, la convention préexistante au délit, encore qu'il soit allégué qu'elle aurait été déterminée par des moyens frauduleux, la fraude articulée laissant à la partie qui allègue cette convention, pour la faire tomber sous l'application de l'art. 408, la liberté d'en faire dresser un écrit. « Celui qui est trompé, dit aussi M. Laurent, t. 19, n° 538, ne subit pas de violence ; il consent librement; donc rien ne l'empêche de demander un écrit ; il aurait dû le faire en vertu de l'art. 1341 c. civ. » Cet auteur ne s'arrête pas à la considération qui serait tirée de ce que l'auteur de la fraude aurait refusé un écrit destiné à faire preuve contre lui du contrat qu'il ne se faisait consentir que pour en abuser, car ce refus aurait précisément eu pour résultat d'ouvrir les yeux à l'autre partie. Il écarte également l'objection prise de ce que le délit remonterait au moment du contrat, la violation d'un contrat ne pouvant manifestement que le suivre et non l'accompagner, et, à plus forte raison, le précéder. M. Blanche, t. 6, n° 275, n'est pas, à la vérité, aussi affirmatif. « La question, dit-il, est fort délicate; on peut dire, avec une sorte de raison, que dans le cas même où le plaignant n'a été amené à faire la remise, conséquence du contrat, que par des artifices coupables, il n'en est pas moins vrai qu'il demeurait libre d'exiger une preuve écrite de la convention et de la remise qui en était la suite. Cependant, je reconnais, d'une part, que la jurisprudence admet que la fraude fait exception aux règles ordinaires du droit, et, d'autre part, que l'on peut dire que, le contrat n'ayant pas été volontaire, le créancier a été, jusqu'à un certain point, dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de l'obligation contractée envers lui. » La règle ainsi relevée par M. Blanche n'a pas, et ne peut pas avoir la portée absolue que cet auteur lui prête. Tout se réduit à la constatation de l'impossibilité d'avoir un écrit. Si la fraude alléguée n'a pas créé cette impossibilité, les conditions ordinaires de la preuve reprennent leur empire, parce qu'on cesse d'être dans l'exception que l'art. 1348 c. civ. y a apportée.

161. Toutefois, nous avons fait connaître au *Rép.* n° 196, les hésitations de la jurisprudence. Dans plusieurs arrêts rapportés *ibid.*, la cour de cassation a d'abord décidé que la fraude à l'aide de laquelle un individu se fait remettre, dans les termes de l'art. 408, une chose qu'il s'approprie ultérieurement, se confond avec le délit qu'elle a préparé, et est, dès lors, comme ce délit, susceptible d'être prouvé par témoins. Mais, elle n'a pas tardé à revenir aux véritables principes, en jugeant, au contraire, dans un arrêt également rapporté *loc. cit.*, qu'il n'est pas permis d'établir l'existence du contrat préexistant à l'abus de confiance, sous le prétexte qu'il n'aurait été déterminé que par l'emploi de manœuvres frauduleuses, ces manœuvres n'ayant pas pour effet de rendre impossible la constatation écrite de la convention dans le sens de l'art. 1348 c. civ.

162. Depuis, la cour de cassation n'a déclaré la preuve testimoniale admissible qu'en prenant le soin de constater que les manœuvres articulées avaient empêché la partie lésée de se faire délivrer un titre établissant la remise de la chose détournée à son préjudice. Elle confirme ainsi la distinction formulée *suprà*, n° 159. Jugé, en effet, sur ce point, que, la remise faite dans un bureau de poste, d'une somme d'argent de plus de 150 fr., pour que l'envoi en fût fait au destinataire indiqué, peut être établie par témoins, à l'effet d'établir que le directeur de ce bureau a détourné la dite somme au préjudice de l'expéditeur, dans le cas où ce dernier a été amené à n'en pas demander le récépissé par suite du simulacre d'une inscription du versement sur le registre, et de l'introduction d'un mandat dans la lettre d'envoi, laquelle, jetée à la boîte par l'expéditeur, a été immédiatement supprimée (Crim. rej. 12 nov. 1863, aff. Pergeaux, D. P. 64. 1. 150). — M. Laurent, *loc. cit.*, critique cet arrêt, en ce que l'impossibilité d'une preuve écrite qu'il relève ne serait qu'une impossibilité morale, l'expéditeur ne s'étant abstenu de réclamer un récépissé que parce qu'il avait cru, à tort, n'en avoir pas besoin en présence de l'inscription sur le registre de versement, qui avait été simulée devant lui. Mais il est à remarquer que le bulletin de dépôt que la partie lésée s'était abstenu de demander n'était pas indispensable à la preuve du dépôt contesté. Cette preuve pouvait également résulter du mandat sur la poste, que le prévenu avait frauduleusement retenu, au lieu de l'insérer dans la lettre d'envoi. Cette dernière fraude suffisait à créer l'obstacle à la représentation d'une preuve écrite, qui rendait recevable la preuve par témoins.

Jugé, de même, que la règle prohibitive de la preuve testimoniale, en matière d'abus de confiance, d'une convention dont la valeur est supérieure à 150 fr., n'est pas applicable au cas où, par ses manœuvres, le prévenu a empêché le plaignant de se procurer une preuve littérale de l'obligation, et lorsque, par exemple, il s'est fait remettre une somme d'argent sous prétexte de la compter, et a ensuite refusé de la restituer à son propriétaire, en promettant de la verser au créancier auquel celui-ci la destinait (Toulouse, 23 juin 1881, aff. Cabé, D. P. 82. 2. 41).

Un dernier arrêt relève avec moins de netteté l'empêchement mis par la fraude à la production d'une preuve écrite. Il y est décidé que, bien que le dépôt d'un objet (un testament) d'une valeur excédant 150 fr. ne puisse être prouvé par témoins, même à l'appui d'une poursuite pour abus de confiance, cette preuve doit cependant être admise, en vertu de l'exception consacrée par l'art. 1348 c. civ., lorsque la partie poursuivante demande à établir que la remise en dépôt de l'objet qui a été détourné, n'a été déterminée que par