

REPUBLIQUE DU SENEGAL

Un Peuple Un But – Une Foi



MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR

FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES



MEMOIRE

En vue de l'obtention du diplôme de Master Droit Privé

SUJET :

L'AVORTEMENT EN DROIT PENAL SENEGALAIS : Etude de jurisprudence

Présenté par :

Aïssata Oumar Ba

Sous la direction de :

Dr. THIerno AMADOU NDIogou

Maitre-Assistant

à la Faculté des Sciences Juridiques et Politique

(FSJP-UCAD)

Année Universitaire: 2017 / 2018

Avertissements

La Faculté des Sciences juridiques et Politique de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar n'entend donner aucune approbation, ni improbation dans les mémoires de recherche. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteur(e).

DEDICACE

Je dédie ce mémoire :

A ma Grand-mère maternelle Aminata Samba Ba qui m'a élevée et fait de moi une femme forte et ambitieuse. Tu es ma force, celle qui me donne envie de se battre.
A ma mère Mariam Ba qui as fait de moi ce que je suis devenu.

A mon cher père, Oumar Samboye Ba, ton amour inconditionnel me donne toujours la force d'avancer.

A mon oncle Moussa Samba Ba qui m'a toujours prêté un soutien moral et financier.

A tous mes frères et sœurs.

A toute la famille Malick yero Ba de keur Mbaye Fall.

A tous mes camarades de promotion, spécialement à ma sœur, mon amie Abibatou Ba et à mon plus que frère seny samya Coly.

A mon papa et Ami Matamoura Diagne.

A ma petite maman, amie et confidente Fatimata Momodou Ba.

A mes deux sœurs et amies de toujours Binta Bocar ly et Coumba Ndiaye.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à témoigner ma gratitude et ma reconnaissance à mon encadreur, Thierno Amadou Ndiogou pour avoir accepté de m'encadrer et pour avoir rendu possible ce travail grâce à ses conseils et ses critiques.

Je remercie toute ma famille, plus particulièrement mes deux parents Oumar Samba Ba et Mariam Ba, qui ont toujours été là pour moi. Un remerciement spécial à mon oncle et ami Moussa Sambano Ba qui m'a toujours soutenu inconditionnellement durant tout mon parcours dans les études.

Je remercie également ma maman, ma confidente Matel Sow (Madame Ba) qui m'a toujours prêté un soutien financier et moral pour mener à bien mes recherches.

Je remercie tous mes amis pour leur encouragement tout au long de ce mémoire.

Je remercie toutes les personnes rencontrées dans les différents greffes de juridictions, qui m'ont aidé et facilité le dépouillement des décisions de justice.

Je tiens aussi à remercier particulièrement mon ami, mon condisciple, mon plus que frère Seny Samya Coly qui m'a toujours épaulé tout au long de ce travail.

Enfin, j'adresse mes sincères remerciements à mes deux amis, Birane Sall et Momodou Aliou Ba, qui m'ont beaucoup aidé dans la correction du français pour leur amabilité et patience de donner leur temps dans ce mémoire.

SIGLES ET ABREVIATIONS

AFEMS : Association des femmes médecins du Sénégal

AJS : Association des juristes Sénégalaises

AL : Alinéa

ANDS : Agence nationale de la statistique et de la démographie du Sénégal

ART : Article

CDE : Code de Déontologie Médicale

CEDEF : Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

CEDH : Convention européenne des droits de l'homme

CP : Code pénal sénégalais

CPP : Code de procédure pénale sénégalais

IMG : Interruption Médicale de Grossesse

IVG : Interruption volontaire de grossesse

ONG : organisation non gouvernementale

OMS : Organisation mondiale de la santé

OSC : Organisation de la société civile

PARA : Paragraphe

SC : Société civile

TCD : Tribunal correctionnel de Dakar

TGI : Tribunal de grande instance

TRHD : Tribunal hors classe de Dakar

SOMMAIRE

INTRODUCTION

L'avortement est un sujet très actuel et sa discussion est une lutte constante entre différentes institutions. En effet, « *parmi les nombreux problèmes que pose la bioéthique ou simplement l'éthique, l'avortement est certainement l'un des plus anciens, des plus universels et où les approches, même traditionnelles, connaissent des forts divergences* »¹. Il s'agit d'un thème délicat. En effet, c'est l'un des sujets qui a toujours préoccupé les chercheurs dans toutes les branches et spécialités. Ainsi, les médecins, les légistes et les sociologues manifestent, chacun de son point de vue, un intérêt spécial à ce phénomène². D'emblée, il faut souligner que le débat sur l'avortement est nécessairement juridique car mettant en cause ou au contraire exprimant un droit. Mais, il présente des aspects faisant de lui un problème éthique de morale et même de santé publique.

Ainsi, lorsqu'une femme est enceinte, il est possible qu'elle pense interrompre sa grossesse. Or, l'avortement n'est pas toujours toléré par le droit plus précisément par le droit Sénégalais. Alors qu'on constate une tendance libéralisatrice de l'interruption volontaire de grossesse dans le monde³, l'acte reste interdit et punit par le droit pénal Sénégalais. Le code pénal sénégalais⁴, en son article 305, interdit et punit l'avortement sur soi-même et l'avortement par autrui à travers ces différents alinéas ; de même que la provocation à l'avortement à l'article 305 bis. Néanmoins, le code de déontologie médical en son article 35⁴ accorde aux femmes l'avortement thérapeutique si cette intervention est le seul moyen de sauvegarder la vie de la mère. Ce texte dispos que « *Il ne peut être procédé à un avortement thérapeutique que si cette intervention est le seul moyen susceptible de sauvegarder la vie de la mère* ». Donc, l'interruption thérapeutique de grossesse est autorisée à des indications médicales précises notamment en cas de pathologies maternelles graves ou pouvant être aggravées par la grossesse. *Mais, cette exception est encadrée par une procédure jugée « longue et couteuse »*. En effet, trois médecins doivent attester que la vie de la mère est réellement en danger et qu'elle ne peut

¹ F.M SAWADOGO, « l'avortement: Ethique et droit » disponible en ligne sur www.cerbafaso.org, consulté sur le net le 24 septembre 2019 à 17 heures 51 minutes.

² M. BUZUBAR, « l'avortement pénal : Etude de l'infraction d'avortement entre le droit français et le droit Koweïtien », disponible en ligne sur <https://www.jstor/stable/3382106>.

³ Notamment en France depuis la loi n°78-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse dite la loi Veil en référence à la Ministre de la santé de l'époque : Simone Veil. ⁴ Issu de la loi n°65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal.

⁴ Issu du décret n°67-147 du 10 février 1967 instituant le code de déontologie médicale, JORS n°25-21967, 3877 : p. 321-325.

être sauvée que par une IVG avant d'envoyer leur décision au président de l'ordre des médecins du Sénégal.

Par ailleurs, le Sénégal a signé et ratifié certains instruments juridiques de protection et de promotion des droits de la femme aussi bien au niveau international que régional ; tel que la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des Femmes (CEDEF)⁵ et le Protocole de Maputo sur le Droit des Femmes en Afrique⁶. En effet, le protocole de Maputo à son article 14 oblige les Etats Parties à protéger les droits reproductifs des femmes plus particulièrement en autorisant l'avortement médicalisé aux femmes enceintes suite à un inceste, viol ou toute autre forme d'agression sexuelle ou lorsque la santé mentale ou physique de la femme est en danger ou lorsqu'il y a risque pour la vie de la femme. De ce point de vue, il est donc clair que le code pénal sénégalais n'est pas en phase avec ces instruments juridiques précités d'autant plus qu'il punit l'avortement dans toutes les circonstances sauf dans le cas de l'article 35 du code de déontologie médicale. Or, la constitution du Sénégal⁸, en son article 98, dispose « *les traités ou accord régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Partant de là, nous pouvons dire que juridiquement il y a une contradiction qui apparaît dans la hiérarchie des normes. En effet, la constitution fait primer le protocole de Maputo sur le droit des femmes en Afrique sur les dispositions du Code pénal. Néanmoins, ces dernières qui interdisent et punissent l'avortement dans toutes les circonstances n'ont pas été harmonisées avec ledit protocole car depuis 2003, date de son avènement, elles n'ont pas fait l'objet de modification. Il est donc clair qu'en interdisant l'avortement même en cas de violences sexuelles suivies de grossesse, le législateur sénégalais n'honore pas ses engagements internationaux relatifs aux droits de la reproduction.

De surcroît, malgré cette interdiction, l'avortement se pratique depuis toujours au Sénégal. En plus, il est parmi les infractions dont le nombre est presque impossible à recenser d'une façon exacte pour des raisons liées à la nature et aux conditions de cette infraction et à la qualité de l'agresseur et de l'agressé ; d'où la nécessité de mener cette étude portant sur l'avortement en droit pénal sénégalais à travers l'étude de la jurisprudence. Notre étude se propose de voir la position du juge sénégalais dans le

⁵ Adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

⁶ Adopté le 11 juillet 2003 par l'Union Africaine en Mozambique, entrée en vigueur en novembre 2005. ⁸ Issu de la loi n°2001-03 du 22 janvier 2001 portant constitution du Sénégal, JORS n°5963, P.27.

traitement du délit d'avortement. En d'autres termes, notre thématique « l'avortement en droit pénal Sénégalais : étude de la jurisprudence » se propose de voir comment la pratique judiciaire, à travers quelques décisions rendues en la matière, traite cette infraction à caractère complexe.

Au demeurant, il faut souligner que l'avortement bien qu'interdit n'a pas fait l'objet de définition dans le Code pénal. Néanmoins, la définition donnée par l'Organisation

Mondiale de la Santé (OMS) différenciant l'avortement provoqué de celui spontané nous semble intéressante. Selon l'OMS « *l'avortement provoqué est celui qui résulte de manœuvres délibérées entreprises dans le but d'interrompre la grossesse, tous les autres avortements sont considérés comme spontanés* »⁷. Il est important de souligner cette différence entre avortement provoqué et celui spontané. Cette dichotomie permet, en effet, de mettre en avant le fait que l'avortement n'est pas nécessairement le fruit d'une action volontaire¹⁰. En effet, la perte de la grossesse peut être liée à un événement naturel (tel par exemple un problème de santé) qui prend souvent la dénomination de fausse couche. En outre, la terminologie « avortement » ne revêt pas la même signification que celle « IVG » qui renvoie automatiquement à un acte délibéré. Donc, c'est en effet l'avortement provoqué qui est réprimé par le code pénal. Ce dernier peut être défini, du point de vue juridique, comme l'expulsion prématurée et destructive du produit de la conception par l'emploi de moyens artificiels. Le code pénal donne ainsi une liste indicative de moyens pouvant occasionner un avortement. L'article 305 alinéa 01 dispose « *Quiconque par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen (...)* ». En effet, ces moyens peuvent être moraux et matériels aussi bien que physiques et immatériels. Ils doivent toutefois pouvoir occasionner la perte de la grossesse.

La jurisprudence quant à elle désigne l'ensemble des décisions de justice relatives à une question juridique donnée. Il s'agit donc de décisions précédemment rendues qui illustrent la manière dont un problème juridique a été résolu. En effet, elle est constituée d'abord par les décisions rendues par les hautes cours nationales, mais aussi avec un coup moindre de celles rendues par les juridictions inférieures. En outre, il est à noter que l'importance de la jurisprudence varie selon les systèmes juridiques. Ainsi, dans la tradition juridique

⁷ Rapport d'un groupe de travail de l'OMS, « l'avortement provoqué en tant que problème de santé publique », Helsinki 19-23 avril 1971, Copenhague : Bureau Régional de l'Europe, 1973, 64 pages. ¹⁰ On oppose l'interruption volontaire de grossesse (IVG) au fauche couche qui intervient naturellement pour des problèmes liés à la santé.

anglo-saxonne de la Common Law, la jurisprudence est une source importante du droit, en ce sens, elle lie les juges à l'avenir⁸. Par contre, dans les systèmes juridiques romano-germaniques, l'importance de respecter la jurisprudence est moindre⁹.

Par ailleurs, au Sénégal, certains auteurs¹⁰ contestent l'appartenance de la jurisprudence parmi les sources du droit. Ces derniers avancent trois arguments pour justifier cette contestation. D'abord, le premier argument est tiré de la séparation des pouvoirs développée par Montesquieu pour qui « *le pouvoir rend absolument fou* ». C'est pour cette raison qu'il faut assigner, à chaque organe, une limite à ses pouvoirs ; d'où la séparation. De ce fait, le juge doit donc se limiter à la mise en application de la loi dans le cas d'un jugement. Ensuite, le deuxième argument est tiré de l'interdiction faite au juge de rendre des arrêts de règlement. Il ne peut, en effet, dans le cadre d'un jugement, élaborer une règle qui s'applique obligatoirement en dehors du procès pour lequel celle-ci a été établie. Enfin, le troisième argument est tiré du fait que le caractère relatif de la chose jugée est inconciliable avec le caractère général et impersonnel de la règle de droit¹¹.

Dès lors, l'analyse de la jurisprudence rendue en matière d'avortement nous pousse à tourner notre réflexion sur la question centrale qui est la suivante : Quelle est l'attitude du juge sénégalais face au délit d'avortement ?

Les réponses qui seront apportées à cette interrogation ne seront pas dépourvues d'intérêts dans la mesure où le délit d'avortement en tant que tel a un caractère complexe et particulier. En sus, son traitement par le juge repose sur un certain nombre de règles qui doivent être respectées pour une bonne application de la loi, parmi celles-ci ; le principe de la légalité criminelle. Ce dernier, autrement dénommé le principe de la légalité des délits et des peines, interdit qu'un comportement soit réprimé tant qu'il n'était pas au préalable prévu et puni par un texte pénal. Ainsi, il dispose qu'on ne peut être condamné pénalement qu'en vertu d'un texte pénal précis et clair en latin (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*) c'est-à-dire « *il n'y a aucun crime, aucune peine, sans loi* »).

Historiquement, il est probablement appliqué depuis longtemps. Toutefois, il n'a été identifié et conceptualisé qu'au siècle des lumières. Ainsi, le principe de la légalité

⁸ C'est ce que traduit la règle du précédent dans les systèmes juridiques common Law.

⁹ Le Sénégal fait partie de la famille romano germanique.

¹⁰ Voir cours de Droit des affaires au Sénégal (OHADA), disponible sur le net, consulté le 12 avril 2019 à 13 heures 38 minutes.

¹¹ Néanmoins, dans certains cas le juge est obligé de créer une règle parce que la loi n'a rien prévu. La règle qu'il crée dans ce cas n'aura pas le même caractère obligatoire que la loi.

criminelle est généralement attribué à Cessare Beccaria¹² mais Montesquieu, dès 1748, avait indiqué dans l'esprit des lois¹³ que « les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ».

Par ailleurs, l'importance du principe de la légalité se justifie par le fait qu'elle figure dans de nombreux textes internationaux notamment dans la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789¹⁴ et dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1948¹⁵. En outre, au Sénégal, outre le fait que la Constitution¹⁶, dans son préambule, fait référence à ses textes internationaux précités et son article 09 qui le consacre expressément en ces termes « *Nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant l'acte commis* », ce principe est clairement affirmé dans le code pénal notamment à l'article 4 au terme duquel « *Nul crime, nul délit, nulle contravention ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prévues par la loi ou le règlement avant qu'ils fussent commis* ». Par conséquent, seule une infraction prévue et punie préalablement à la commission des faits est répréhensible.

Eu égard à cette double consécration, il faut admettre que le droit Sénégalais fait preuve d'une grande considération pour ce principe de la légalité criminelle. Il est en effet le corolaire du principe de la prévisibilité qui prévaut en droit positif de sorte que toute personne puisse avoir connaissance de ses droits mais aussi de ses interdits à peine de répression.

Il faut au préalable noter qu'aujourd'hui au Sénégal, le thème de l'avortement reste hautement polémique ; car, Il n'existe pas de consensus national ni par rapport à son interdiction ni par rapport à son autorisation. Donc, l'étude d'un tel sujet renferme des intérêts considérables.

L'avortement est un sujet socialement et politiquement sensible. Une immersion dans son univers, telles les structures sanitaires et la vie des femmes ayant vécu cette expérience

¹² V° C. BECCARIA ., *Traité des délits et des peines*, 1764, éd, Boucher, p.14.

¹³ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois, De la Constitution d'Angleterre*, livre XV, ch.VI.

¹⁴ Art.8 de la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen du 26 aout 1789 « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

¹⁵ Art 11 alinéa 2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 « nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui au moment où elles sont été commises ne constituent pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis ».

¹⁶ Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001 issu de la loi n°2001 03 du 22 janvier 2001, JORS n°5963, P.27.

ainsi que des entretiens avec quelques acteurs, a permis de constater que la manière dont l'avortement est pensé et traité dans l'espace public Sénégalais concourt à créer des « *obstacles rédhibitoires à sa constitution en problème réel de santé publique et à sa gestion efficiente* ». Delà, il est conçu socialement comme une déviance et est fortement réprouvé. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, il est difficile de réaliser des recherches objectives tant sur son abondance que sur son incidence. En d'autres termes, le caractère tabou de la pratique ne milite pas en faveur de l'objectivité des études menées sur le sujet.

Néanmoins, ce qui est incontestable c'est que le taux des avortements clandestins et des infanticides reste très élevé. Au Sénégal, selon une étude publiée par l'association des femmes médecins du Sénégal (AFEMS), en 2012, 51.500 cas d'avortements clandestins ont été répertoriés. Du fait de l'illégalité, ces avortements se font dans de mauvaises conditions de sécurité et sans assistance médicale. Ces derniers se pratiquent par des personnes qui ne possèdent pas des compétences nécessaires ; avec des méthodes dangereuses ; et dans un environnement où les conditions sanitaires minimales n'existent pas. Donc, ce sont des avortements à risque qui constituent un réel danger pour la vie des femmes. C'est pourquoi l'avortement en plus d'être un délit pénal constitue un vrai problème de santé publique. C'est en effet dans l'impossibilité d'accéder à un avortement médicalisé que certaines femmes s'adonnent à cette pratique. Mieux, après plusieurs tentatives d'avortements infructueuses, certaines femmes cachent leurs grossesses pour se débarrasser de l'enfant au moment de l'accouchement. Elles tombent alors sous le coup de l'article 285 du code pénal qui punit l'infanticide.

Il faut noter qu'au Sénégal, il y a depuis quelques années une recrudescence des cas d'infanticides. Plusieurs nourrissons sont retrouvés morts dans les décharges publiques. Selon la dernière enquête sur la situation économique et sociale du pays effectuée par l'Agence Nationale de la Statistique et de la Démographie (ANDS) en 2012, les cas d'infanticide représentaient 25% des affaires jugées aux assises (devenues entre-temps les chambres criminelles). La même année, la direction de l'administration pénitentiaire avait recensé 29 femmes détenues pour infanticides.

Les controverses ne manquent pas sur la question de l'interruption volontaire de grossesse. Elles « opposent deux familles de pensées : celle qui la refuse par respect du droit à la vie, de valeurs morales ou religieuses et celle qui l'accepte par respect de la liberté individuelle de la femme ». Ainsi, face à la multiplication des avortements clandestins et à la recrudescence des infanticides d'aucuns comme l'association des femmes juristes du Sénégal (AJS), quelques ONG, et autres organisations de la société

civile ont entamé une lutte pour la légalisation de l'IVG, le tout dans le respect des engagements de l'Etat du Sénégal relatifs au protocole de Maputo sur les droits des femmes en Afrique. C'est dans ce contexte qu'un « Taks force », un plaidoyer « pour que les femmes victimes de viol ou d'inceste puissent accéder à un avortement sécurisé, médicalisé, encadré, où elles ne risquent pas leur vie » a été mis en place. Le « Taks force » est un comité technique disciplinaire composé de la Direction de la Santé de la

Reproduction du Ministère de la santé, d'associations, de juristes, sociologues, médecins, sages-femmes, religieux et universitaires, établi pour mener un plaidoyer pour la réforme de la loi sur la santé de la reproduction. Selon le comité, l'accès à un avortement médicalisé est devenu un enjeu de la santé publique et la pénalisation de l'interruption volontaire de grossesse à des conséquences dramatiques sur la santé sexuelle et reproductive des femmes. C'est ainsi que le comité a élaboré un projet de loi sur l'avortement médicalisé. Le texte reprend l'ensemble des cas énumérés par le protocole de Maputo dans lesquels l'avortement médicalisé devrait être autorisé.

De l'autre côté, il y a un fort conservatisme des responsables musulmans et chrétiens qui estiment que cette pratique n'est pas conforme aux deux religions. En effet, au Sénégal, la religion occupe une place centrale et à tendance à régir toute la psychologie collective¹⁷.

De ce point de vue, le religieux est sans doute l'adversaire le plus loquace que les militants de l'avortement médicalisé doivent affronter. L'islam et le christianisme ; religions les plus représentatives au Sénégal bannissent l'avortement. Néanmoins, en ce qui concerne l'islam, c'est un débat d'école qui fait une distinction selon la durée de la grossesse. Certains estiment que l'avortement volontaire est considéré comme homicide à partir de la fécondation. Pour d'autres, par contre, à moins de quatre mois de grossesse on ne peut parler d'humain. Par voie de conséquence, c'est interrompre une grossesse à ce stade (à partir de quatre mois) qui est considéré comme « *haram* » illégal. L'église catholique, en outre, est plus catégorique. Ainsi, elle considère la vie comme un « *don de Dieu* », partant de là, l'enfant est un être vulnérable et innocent et doit être protégé à tous les stades. C'est dans ce contexte que le Pape Jean Paul II avait déclaré à une conférence des Evêques en France que « *l'avortement est le meurtre délibéré et direct, quelle que soit la façon dont il est effectué, d'un être humain dans la phase initiale de son existence située entre la*

¹⁷ V° P. MBOW « L'islam et la femme Sénégalaise », *Revue négro-africaine de littérature et de philosophie*, 2011, p.01 disponible en ligne sur <http://ethiopique.refer.sn>.

conception et la naissance »¹⁸. De plus, selon un spécialiste de la morale chrétienne même dans les cas les plus extrêmes d'inceste ou de viol, le droit à l'avortement n'est pas permis.

D'ailleurs, toujours selon les partisans du droit à la vie, « *la constitution à son article 07 soutient que la personne humaine est sacrée et inviolable. Donc, l'Etat a l'obligation de la protéger* ». Pour eux, il ne fait aucun doute que la constitution consacre la sacralité de la vie et de toute vie ; celle-ci dont le début est datée à partir de la conception. De ce point de vue, toute atteinte à un embryon quel que soit son âge de gestation demeure une atteinte en vers un être humain. On comprend donc, pourquoi le débat sur l'avortement au Sénégal est potentiellement explosif. Néanmoins, le combat continu même si rien n'est encore gagné à cause de ces pesanteurs socio-culturelles et religieuses. Ainsi, les organisations de femmes, les ONG, et quelques membres de la SC poursuivent la lutte en se mobilisant pour la défense des droits de la femme.

Ailleurs aussi, notamment, en France, deux conceptions philosophiques se sont littéralement opposées. D'une part, celles et ceux favorables à l'autodétermination des femmes, c'est-à-dire de leur droit à disposer de leurs corps. Pour ces derniers, il faut que la mise au monde d'un enfant soit un choix et non le résultat d'un processus biologique inéluctable. C'est dans ce contexte qu'en France, en plus de la dépénalisation de l'IVG, la liberté d'interrompre une grossesse est protégée par la sanction de l'entrave à cette opération. En effet, à travers le délit d'entrave à l'IVG,¹⁹ la loi réprime l'action des « *commandos* » anti IVG qui s'introduisent dans les hôpitaux et s'enchaînent au matériel pour empêcher les interventions d'avoir lieu. Dès lors que la loi le permet, l'IVG doit pouvoir être réalisé sans perturbation. Ainsi, selon un auteur « il ne faut pas que les troubles semés par des manifestants remettent en cause la sécurité dans laquelle une telle opération doit se dérouler ; il faut également éviter que la crainte du scandale résultant de l'action de ces commandos ne dissuade les femmes de fréquenter les établissements où une IVG est régulièrement pratiquée ».

D'autre part, les opinions des anti-IVG vont dans le sens contraire. En effet, il s'agit de celles et ceux qui mettent la vie avant toute chose. Ces derniers, pour riposter à l'argument du droit des femmes à disposer de leur corps estiment que biologiquement « *l'embryon*

¹⁸ Conférence des Evêques de France, « respecter la vie humaine et ses commencements » ; 11 octobre 2000, disponible en ligne sur <http://www.eglise.catholique.fr>.

¹⁹ Le délit d'entrave à l'IVG est créé en France par une loi en 1993 pour sanctionner le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher, une IVG en perturbant l'accès aux établissements, ou en exerçant des menaces sur le personnel ou les femmes concernées.

*n'est pas une partie de la mère, c'est un être humain à part entière ; le fait d'être abrité et nourri dans le corps de sa mère, ne fait pas de l'enfant in utero un élément du corps de la femme »*²⁰. De ce point de vue, la mère ne peut pas disposer de l'embryon ou du fœtus comme elle l'attend.

Ainsi, on se rend compte que les problématiques soulevées par le droit à l'avortement se posent sur des plans variés entre autres, le droit, l'éthique, la religion, la science, etc. En effet, son interdiction et son autorisation sont trop controversées et ne font jamais l'unanimité tant les avis sont très diversifiés.

Au-delà du Sénégal, un regard sur la législation de quelques pays d'Afrique en matière d'avortement nous pousse à affirmer que sur la question, les législations sont dans l'ensemble restrictives. De nombreux Etats interdisent l'avortement quelques soient les circonstances sauf s'il s'agit de sauver la vie de la femme à l'image du Sénégal, tel est le cas par exemple de l'Angola et la République Démocratique du Congo. Néanmoins, il faut remarquer que dans le continent, cinq pays au moins sont dotés de législations sur l'avortement relativement libérales. En effet, la Zambie l'autorise pour des raisons de santé et de nature socioéconomique tandis que l'Afrique du sud, le Cap Vert et la Tunisie l'admettent sans restriction et récemment la Mozambique qui s'est lancée dans la même mouvance en 2014. Outre ces quelques pays, la situation reste bloquée partout ailleurs malgré les chiffres dramatiques de l'OMS sur les taux de mortalité maternelle liée aux IVG clandestines en Afrique.

En outre au plan international, c'est l'embarras entre la protection du droit de l'enfant à naître et celui de la liberté de la femme de disposer librement de son corps. Ainsi donc, la question reste résolue de façon différente dans le monde selon les traditions, les coutumes, les modes de vie et la politique démographique de chaque Etat.

Par ailleurs, au Sénégal, malgré d'une part, la multiplication des avortements clandestins et la recrudescence des cas d'infanticides et d'autre part, le combat mené par certaines ONG et certains organismes de la société civile pour sa légalisation, l'avortement reste toujours un délit pénal depuis l'avènement du code pénal. En effet, on peut même aller jusqu'à dire que l'illégalité favorise la clandestinité car malgré son interdiction, l'avortement se pratique depuis toujours. En d'autres termes, la sévérité de la répression

²⁰ Voir le dossier « IVG/IMG », Disponible en ligne sur : www.genethique.org, consulté le 13 juillet 2019 à 19 h 47 minutes.

n'a pas eu comme effet de dissuader les personnes qui s'adonnent à cette pratique à abandonner ; d'où l'intérêt de s'intéresser à la jurisprudence rendue à la matière. Cette étude nous permettra en outre d'examiner la position du juge sénégalais ; de voir comment la question est traitée dans la pratique judiciaire.

De ce fait, afin d'étudier notre sujet de la manière la plus juste et la plus pertinente possible, nous baserons notre réflexion sur l'ensemble des décisions dépouillées dans certaines juridictions telles que les tribunaux de Grande Instance et Cours d'Appel des régions de Dakar, de Saint Louis, de Louga et de Tambacounda.

A travers ces différentes décisions et dans une logique de suivre le juge dans sa fonction de juger, nous verrons dans un premier temps la qualification par le juge sénégalais du délit d'avortement (**Chapitre 1**) et dans un second temps, la répression par le juge sénégalais du délit d'avortement (**Chapitre 2**).

CHAPITRE I: LA QUALIFICATION PAR LE JUGE SENEGALAIS DU DELIT D'AVORTEMENT

La question de l'application de la loi pénale se pose dès lors qu'un fait délictueux ou présumé tel a été commis. Il faut alors déterminer quel texte répressif particulier lui est

applicable en recherchant son exacte qualification pénale ²¹. En droit pénal, la qualification est l'opération intellectuelle par laquelle un juge va tenter d'établir si des faits particuliers reprochés à une personne entrent dans le domaine d'application d'une incrimination légale. Elle est soumise au principe sacro-saint de la légalité des délits et des peines. Ce dernier interdit qu'un comportement soit réprimé s'il n'entre pas dans les prévisions d'un texte pénal.

Ainsi donc, le premier devoir des magistrats qui connaissent des affaires pénales est de s'assurer que les faits qui leurs sont soumis sont qualifiables pénalement ou, en d'autres termes, qu'ils se rattachent à une définition pénale abstraite²⁵.

De ce fait, le principe de la légalité impose aux magistrats l'exacte qualification des faits poursuivis selon les incriminations légales et de faire une interprétation correcte de la loi pénale. Ainsi donc, une règle technique indiscutée et indiscutable est que « la première tâche que doit accomplir une personne appelée à constater, instruire ou juger une affaire susceptible de constituer un crime, un délit ou une contravention, consiste à qualifier les faits de l'espèce afin de s'assurer qu'ils entrent bien dans le domaine d'application d'une incrimination assortie d'une sanction pénale »²². En effet, cette opération intellectuelle par laquelle le juge confronte une situation concrète aux prévisions abstraites de la loi²³ passe nécessairement par la détermination des éléments constitutifs de l'infraction.

Ainsi, dans le cadre de notre thématique, la tâche du juge consistera de prime abord à caractériser le délit d'avortement. Cette opération passe nécessairement par la détermination des éléments constitutifs du délit d'avortement tel que l'élément matériel et l'élément moral. C'est ainsi que nous allons voir à travers les décisions de justice que nous avons eu à exploité comment les juges déterminent les éléments constitutifs du délit d'avortement prévus aux articles 305 et 305 bis²⁸ du code pénal (**section 1**).

En outre, eu égard toujours aux décisions de justice, nous examinerons aussi les cas particuliers des concours de qualifications auxquels les juges sont confrontés dans le

²¹ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16^e édition, Economica, 2009, pp.245 ²⁵

F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *op. Cit.* pp.247.

²² G. LEVASSEUR, cours de droit pénal général, Paris, 1960, disponible en ligne sur <https://ledroit.criminel.fr>.

²³ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e édition, Lexis Nexis, 2014, p.357.

²⁸ Issu de la loi n° 80-49 du 24 décembre 1980.

traitement du délit d'avortement (**section2**), notamment, lorsque les moyens abortifs causent la mort de la femme.

SECTION I : LA DETERMINATION PAR LE JUGE DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU DELIT D'AVORTEMENT

Dans les pays de tradition civiliste²⁴, l'infraction suppose la réunion impérative de trois éléments ; légal, matériel et moral. « Dire quel délit constitue le fait incriminé et par quel texte il est prévu et puni », répond à la question de la légalité des délits et des peines.

Ainsi, après avoir identifié le texte incriminant le fait de l'espèce, le juge procèdera à la détermination des autres éléments constitutifs de l'infraction telle que l'élément matériel et l'élément moral. L'élément matériel quant à lui est la concrétisation de l'infraction.

Dès lors, pour qu'une infraction soit constituée, il est indispensable que l'agent se soit manifesté par une attitude extérieure. Le simple projet délictueux ne suffit pas à caractériser l'infraction³⁰. Cela veut dire que le droit pénal ne sanctionne pas les manières de penser, mais seulement les manières d'agir³¹. En effet, « *la nécessité d'une extériorisation de la volonté coupable se justifie à la fois par la difficulté qu'il y a à prouver une donnée uniquement interne, psychologique, et par cette considération que les simples tentations criminelles, du reste abandonnée le plus souvent ne troublent pas l'ordre social* ».

Donc, l'élément matériel préfigure que le résultat²⁵ voulu ait été réalisé. L'élément intentionnel en outre suppose la volonté de commettre l'acte répréhensible.

Ainsi donc, dans le cadre de l'analyse des décisions de justice relatives aux faits d'interruption volontaire de grossesse, nous verrons d'abord comment les juges qualifient l'avortement lorsqu'il est consommé (**para.1**) c'est-à-dire lorsque le résultat est atteint, ensuite, le cas où ce dernier est simplement tenté (**para.2**).

²⁴ Le droit de tradition civiliste appelé aussi droit romano germanique ou droit romano-civiliste puise ses origines dans le droit romain et constitue un système complet de règles, habituellement codifiées, qui sont appliqués et interprétés par les juges, il est généralement opposé à la common law. ³⁰ J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^e éd., CUJAS, 2014, p.34 ³¹ Ibidem p.341.

²⁵ M.L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », D., 2005, chron. P.464 et s. Selon l'auteur le résultat est un « élément constitutif de l'infraction, une atteinte, concrète ou abstraite à un intérêt pénalement protégé qui constitue l'effet ou la conséquence des actes d'exécution de l'infraction ».

PARAGRAPHE I : LA DETERMINATION PAR RAPPORT A L'INFRACTION CONSOMMEE

L'infraction pénale est consommée lorsque toutes les composantes se sont réalisées.

Autrement dit, l'agent pénal est allé jusqu'au bout du processus criminel et a obtenu le résultat.

En effet, le délit d'avortement est une infraction de commission, un acte positif qui suppose une initiative de la part du délinquant.

Rappelons déjà que le législateur sénégalais n'a pas défini le délit d'avortement. Mais, nous pouvons convenir que celui réprimé par le code pénal est l'expulsion prématurée et destructive du produit de la conception soit intentionnellement provoquée ou procurée, soit causée par des violences exercées volontairement mais sans intention de la produire²⁶.

Force est de reconnaître que qualifier le délit d'avortement n'est pas chose aisée car cette infraction relève de l'intime et du privé. En effet, l'avortement est consommé par la destruction du produit de la conception **(A)** suite à son expulsion prématurée du sein de sa mère et, cela, en raison de manœuvres abortives. Par ailleurs, l'avortement n'est pas seulement corporel. Il est aussi psychologique. Donc, le juge doit aussi démontrer que ces manœuvres ont été posées avec intention de produire un avortement **(B)**. De ce point de vu, une précision sera faite pour l'avortement provoqué non intentionnellement lorsqu'il a été le résultat de violences exercées volontairement.

A. PRESENCE D'UNE EXPULSION PREMATUREE ET DESTRUCTIVE DU PRODUIT DE LA CONCEPTION DU FAIT DE L'EMPLOI DES MOYENS ABORTIFS

Aux termes de l'article 305 alinéa 01 du code pénal « *Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20.000 à 100.000 francs* ». L'alinéa 03 du même texte continue en ces termes « *Sera punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 20.000 à 100.000 francs, la femme qui sera procurée l'avortement à elle-même ou aura tenté de se le procurer, ou*

²⁶ Ici les juges peuvent retenir une autre qualification telle les coups et blessures volontaires.

qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet ». Il ressort de ces dispositions que le législateur réprime l'avortement sur soi-même ainsi que l'avortement par autrui. En effet, le premier est le fait de quiconque qui aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte qu'elle y ait consenti ou non et le second, quant à lui, est le fait de la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou aura tenté de se le procurer, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet.

L'avortement que la loi ne définit pas, est une interruption artificielle de la grossesse et tend à provoquer l'expulsion prématurée du produit de la conception²⁷. Dès lors, l'infraction est consommée si ce résultat est atteint. Donc, le Code pénal sénégalais requiert quatre conditions pour qu'un avortement puisse revêtir la qualification juridique d'un avortement délictuel : l'état de grossesse de la femme, l'existence de manœuvres abortives, l'intention de provoquer l'avortement et l'interruption de la grossesse. Ainsi, en toute logique, un avortement suppose que la femme ait été enceinte au moment des manœuvres. Dans la négative, il s'agirait d'une tentative impossible. C'est pourquoi, nous ne voyons pas l'intérêt pour le législateur d'utiliser les termes « l'avortement d'une femme enceinte ». C'est un pléonasme qui n'a en réalité aucun sens dans la disposition. Néanmoins, il importe de préciser que la perte de la grossesse à elle seule ne constitue pas un délit. Il en est ainsi de l'avortement spontané c'est-à-dire celui qui s'est produit sans être recherché. Il s'agit, dans ce cas, d'un avortement spontané que l'on désigne aussi sous l'appellation de fauche couche consistant à une expulsion hors de l'organisme maternel d'un embryon ou d'un fœtus de moins de 500 grammes ou âgé de moins de 22 semaines. Cet événement naturel peut être lié à un problème de santé, de génétique etc.

Eu égard à toutes ces considérations, le tribunal doit savoir si l'avortement est la conséquence de l'emploi de moyens déterminés ou non. Selon le Code pénal l'avortement doit être provoqué par « *aliments, breuvages, médicaments, violences ou par tout autre moyen* ». Ces moyens peuvent être moraux et matériels aussi bien que physiques et immatériels, ils doivent surtout pourvoir produire l'avortement. En effet, l'analyse de nombreuses décisions rendues en la matière par le tribunal de Dakar a permis de constater que tantôt les juges qualifient le délit d'avortement en indiquant les moyens employés, tantôt ils retiennent cette qualification sans préciser la nature des substances ayant occasionné l'avortement.

²⁷ R.VOUIN, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., P.260.

Ainsi, dans les développements qui suivent, nous essayerons d'analyser d'abord les décisions rendues en première instance et ensuite, celles rendues en appel par le tribunal de Dakar et quelques autres juridictions.

Des recherches menées au sein du tribunal de grande instance de Dakar ont permis de constater qu'il y a une difficulté dans la détermination des éléments constitutifs du délit d'avortement plus particulièrement de l'élément matériel.

En effet, les attendus des jugements s'ouvrent parce qu'il est convenu d'appeler « un exposé des faits ». Cet exposé est la narration des événements à l'origine du procès, tels qu'ils ressortent de l'ensemble de la procédure judiciaire²⁸. Cette narration constitue le point de départ indispensable du processus pénal. Constat a été fait que les décisions ne rapportent pas de manière précise les faits. Ce qui, d'ailleurs, ne facilite pas l'analyse juridique et bienveillante de celle-ci. Dans plusieurs de ces décisions, le juge se contente uniquement de retenir la qualification du délit d'avortement sans préciser la substance ayant occasionné la perte de la grossesse. Il en est ainsi tout d'abord de sa décision rendue le 12 septembre 2001 ministère public contre Arame Biteye et Mamadou Diarra. Selon le premier attendu de ce jugement « il résulte du dossier et des débats la preuve contre

Arame Biteye et Mamadou Diarra dit Mbassa d'avoir respectivement le 04 septembre 2001 en tout cas depuis moins de 3 ans pour la première consenti à faire usage de médicaments et dans les mêmes circonstances de temps et de lieu provoquées son avortement alors qu'elle était en état de grossesse, et d'avoir pour le deuxième consenti à faire usage des injections de synergon provoquant ainsi l'avortement de Arame Biteye alors qu'elle était enceinte de deux mois ; qu'il y a lieu de les déclarer coupables de ces chefs ». Cette décision fait partie de ses rares jugements où le juge prend le soin de déterminer avec exactitude la substance ayant occasionné la perte de la grossesse. Ici, en l'espèce, le juge a estimé qu'il résulte du dossier que la femme a consenti à faire usage des injections de synergon qui à notre connaissance sont prescrit pour un traitement symptomatique ponctuel des aménorrhées non graviques. De là, l'on peut se poser la question de savoir si ce médicament peut réellement occasionner une interruption de grossesse et à quelle condition ? Cette question mérite d'être posée d'autant plus que la perte de la grossesse à elle seule n'est pas délictuelle. Le code pénal exige qu'on lui

²⁸ E. SEVERIN, « Du judiciaire au juridique : un procès d'avortement dans les revues de jurisprudence », 1979, *Revue Persée*, pp. 51 à 65, disponible en ligne sur <https://www.persee.fr>.

apporte également la preuve des manœuvres qui ont entraîné cette interruption. Ainsi, la détermination de ces moyens constitue la preuve péremptoire de l'infraction.

En outre, la preuve qui est l'ensemble des règles applicables à la constatation d'une infraction, que cette dernière soit relative aux faits ou à la personnalité de la personne poursuivie est une pièce capitale de la procédure, car si elle n'est pas rapportée la relaxe ou l'acquittement s'impose. D'ailleurs, l'art 305 commence par une énumération de ces moyens en disposant que « *Quiconque par aliments, breuvage, médicament, manœuvres, violence, ou tout autre moyen...* ». D'après la doctrine, ces moyens peuvent être moraux et immatériels aussi bien que physiques et matériels; de toutes les manières, ils doivent pouvoir produire l'avortement.

D'autres fois, le juge se contente à l'image du législateur d'énumérer tous les moyens prévus par le texte pour enfin retenir le chef d'avortement. Il en est ainsi de sa décision du 22 décembre 2009, Ministère public contre Bina Diallo, Sorry Coulibaly et Yafaye Biaye. Dans le premier attendu, il est dit « qu'il résulte du dossier et des débats la preuve contre (...), d'avoir par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violence ou par tout autre moyen, procuré l'avortement de Mah Dieby qu'il savait enceinte faits prévus et réprimés par l'art 305 du code pénal ». Il importe de souligner que si le juge ne précise pas la substance qu'il a retenue comme pouvant occasionner l'avortement, il serait très difficile d'apprécier la preuve qu'il y a eu non expulsion prématurée et destructive du produit de la conception par l'appréciation des moyens employés ; et donc la preuve de l'élément matériel de l'infraction. En effet, nous pouvons toujours multiplier les exemples de décisions où le juge ne fait que citer l'ensembles des moyens abortifs prévus par le code pénal pour ensuite déclarer coupables les prévenus²⁹. Il en est de même de sa décision rendue entre le ministère public et Ibra Diouf le 11 Mai 2016. A la lecture de l'attendu de ce jugement, il est reproché à Fatou Gaye « *d'avoir à Dakar, courant 2016, en tout cas avant prescription de l'action publique, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres s'être procuré l'avortement* », le juge en statuant au fond déclare qu'au vu des pièces du dossier et des débats, les faits reprochés aux prévenus sont établis; sans pour autant préciser la nature du moyen ayant occasionné l'interruption de la grossesse. Ce qui en réalité ne laisse aucun moyen d'appréciation de la décision.

Par ailleurs, des recherches menées au sein du tribunal régional de Saint Louis, (l'actuel tribunal de grande instance), ont permis de constater une rareté de décisions en matière

²⁹ Voir les décisions annexés.

d'avortement au sein de cette juridiction. Donc, c'est à croire que les interruptions volontaires de grossesses ne sont pas récurrents dans cette zone ou que ces derniers se font de façon clandestine et ne sont jamais découverts. En effet, nous avons pu relever que trois décisions rendues à la matière parmi lesquelles une seule est motivée. Cette dernière rendue entre le Ministère public contre AB et OD fait état d'une jeune fille qui a absorbé des médicaments qu'il a reçu de son petit ami; « *lesquels médicaments lui ayant du reste occasionné des douleurs abdominales jusqu'à provoquer son avortement consécutivement aux saignements dont elle a fait l'objet ;* ». En effet, il est reproché au prévenu, agent sanitaire de son état, d'avoir procuré l'avortement à la femme en lui fournissant des médicaments qui ont occasionné la perte de la grossesse. Quant à la prévenue, il lui est reproché de s'être procuré l'avortement à soi-même car selon l'attendu de la décision, elle « *ne s'est pas prémunie de toutes les dispositions utiles avant de consommer les médicaments fournis par le prévenu dont elle sait n'être pas un médecin habilité pour ce faire ;* ».

En outre, les deux autres décisions rendues par le TGI de Saint Louis ne sont pas motivées. Dès lors, cette absence de motivation constitue un obstacle à l'analyse de la décision et de manière générale, à l'appréciation des éléments constitutifs du délit. En pratique, la motivation donne l'appui nécessaire pour contester de façon rationnelle une décision de justice. En effet, le Code de procédure pénale sénégalais fait de la motivation des décisions de justice une obligation. Il résulte de l'article 472 alinéas 01 dudit code que « *Tout jugement doit contenir, outre un exposé des faits et des moyens de droit des parties et du ministère public des motifs et un dispositif* ». Mieux dans la récente loi de

2014³⁰, fixant l'organisation judiciaire du Sénégal, le législateur la clairement rappeler à l'article 10 aux termes duquel « *les jugements doivent être motivés à peine de nullité* ». Ainsi, le juge doit démontrer clairement les arguments tant factuels que juridiques qui ont servi de base légale à la décision prise pour satisfaire aux prescriptions législatives³⁸.

Néanmoins, malgré cette double affirmation faite par le législateur, constat a été fait que certains jugements ne satisfont pas à cette obligation. Ce qui d'ailleurs rend l'analyse de telles décisions impossibles. On peut donner l'exemple de la décision rendue le 18 novembre 2016 entre le Ministère public et les nommées CC et ND S où il résulte de l'attendu de la décision « que suivant procès-verbal d'interrogation de flagrant délit

³⁰ Loi 2014 du 03 novembre 2014 fixant l'organisation judiciaire, JO n°6818 du 10 novembre 2016. ³⁸ CH. DIAKHOUNPA, *Traité Théorique et Pratique de procédure pénale Tome II : La phase décisive du procès pénal*, Presses Universitaires du Sahel, 2014, p.533.

n°078 du 05 février 2016, les prévenues comparaissent devant le tribunal correctionnel de céans sous la prévention d'avoir pour ND S (...), par aliments, breuvages, médicaments ou par tout autre moyen, procuré un avortement a CC faits prévus et punis par l'article 320 du code pénal ». Ici, en l'espèce, en plus de s'être trompé sur la base légale³¹, le juge utilise une formule trop générale et abstraite en énumérant l'ensemble des moyens cités par le législateur dans le Code pénal. Alors que « chaque cas d'espèce doit comporter une articulation claire par la précision des arguments qui servent de fondement à la solution retenue et tirée des spécificités du dossier, des circonstances de la commission des faits et de la personnalité du délinquant en cause ».

Un autre exemple de jugement non motivé est rendu par le TGI de Saint Louis le 10 septembre 2015 entre le Ministère public contre DG ayant trait à un avortement clandestin. En effet, il résulte de l'attendu de cette décision que « les faits d'avortements reprochés a I B et commis le 02 septembre 2015 à Saint Louis sont constants ; ».

De façon générale, force est de reconnaître que certaines décisions rendues en matière d'avortement aussi bien par le TGI de Dakar et celles du TGI de Saint Louis ne sont pas motivées ou le sont insuffisamment. Dans plusieurs décisions répertoriées, le juge ne précise pas avec exactitude la nature de la substance ayant occasionné la perte de la grossesse. Cet état de fait peut être justifié par la rareté des voies de recours en matière d'avortement. En effet, après plusieurs recherches au sein de la Cour d'Appel de Saint Louis, une seule décision a été dépouillée ; et donc une absence de contrôle de motivation par les juridictions du second degré ou supérieures. Il va sans dire que lorsqu'une décision de justice est frappée d'Appel ou de pourvoi en cassation elle sera obligatoirement motivée sous peine de nullité.

Par ailleurs, les décisions rendues par les Cours d'Appel en matière d'avortement sont plus claires du point de vue des faits et de la procédure et sont beaucoup plus motivées.

Leur analyse a ainsi permis d'avoir une idée sur comment la plupart du temps les cas d'avortement parviennent aux oreilles des autorités judiciaires. Force est de reconnaître que l'avortement demeure un acte strictement privé et clandestin que la police judiciaire est incapable de constater seule³². Sa découverte en flagrant délit étant presque

³¹ Au lieu de l'article 320 du code pénal c'est plutôt l'article 305 du code pénal qui réprime l'avortement sur soi-même et l'avortement par autrui l'article 320 du code pénal traite du viol.

³² S. VILLERS, *L'avortement et la justice Une répression illusoire ?*, *Discours normatifs et pratiques judiciaires en Belgique*, presses universitaires de Louvain : histoire, justice, société, 2009, p. 115-170.

impossible. En effet, constat a été fait que dans beaucoup d'affaires, l'ouverture d'une information judiciaire est basée sur une dénonciation des médecins ou sages-femmes qui consultent des femmes admises dans les hôpitaux ou centres de santé pour des complications post avortement. Dans l'exercice de leur fonction, les membres du corps médical par leur devoir d'assistance sont des témoins précieux dans une enquête en matière d'avortement. Appelés ainsi à soigner les femmes après une fausse couche, ils sont les premiers susceptibles de remarquer les séquelles d'un avortement clandestin ou des comportements suspects. C'est ainsi que certains se donnent la peine d'informer la police d'un cas suspect présent dans leur structure. En effet, dans la plupart des cas, les dénonciations revêtent la forme d'une déclaration verbale ou le délateur livre à vive voix ses informations à l'autorité compétente.

Il en est ainsi de la décision rendue en date du 03 février 2012 entre le Ministère public et Birane Ngom. Dans le premier considérant de cette décision il est dit « *qu'il résulte du dossier de la procédure des faits suivants : le 08 juin 2010, le commandant de la section de recherches de la Caserne Samba Diéry Diallo a été saisi téléphoniquement par la sage-femme de l'infirmierie hôpital de ladite Caserne du cas d'interruption volontaire de grossesse décelé sur une patiente venue en consultation* ». Ici en l'espèce la détermination de l'élément matériel est sans difficultés dans la mesure où le médecin qui a consulté la dame a déjà attesté de l'expulsion prématurée et destructive du produit de la conception du fait de manœuvres abortives. En outre, c'est aussi le cas de la décision rendue en date du 03 mars 2003 ministère public contre Mamadou Diarra dit basse et Arame Biteye. En effet, Selon le premier considérant de cette décision, « *il résulte des pièces du dossier que le 03 aout 2001 vers 14h, la Brigade de la gendarmerie de la zone Franche industrielle a été avisé téléphoniquement par le médecin chef du centre de santé Sicap Mbaou de la présence dans son établissement d'une femme qui présente des signes avérés d'avortement pratiqué par un non spécialiste* ». Ici en l'espèce, la preuve de l'élément matériel est établie par le médecin dénonciateur. Mieux, « *la femme a reconnu avoir effectivement demandé au nommé MD dit Mbassa d'interrompre cette grossesse de deux mois non désiré* ». En sus, on peut toujours multiplier les exemples où c'est l'homme de l'art qui signale à l'autorité la présence dans sa structure d'une femme présentant les signes d'un avortement provoqué. Il en est de même de cette décision où c'est le directeur de l'hôpital régional de Ziguinchor qui a informé les éléments du commissariat de police de Ziguinchor de la présence d'une demoiselle au niveau de son service de maternité où elle a été évacuée par le poste de santé d'Abéné à la suite d'un avortement.

Tel est toujours le cas aussi de la décision rendue par le tribunal Régional de Tambacounda. Selon les faits et la procédure, qui résulte de la décision, « les gendarmes de la brigade de gendarmerie de Bakel ont reçu un appel téléphonique du docteur Daouda Diallo, médecin chef du district sanitaire de Bakel qui les informait des soupçons d'avortement provoqué qu'il avait sur une jeune fille nommée Niouma Asta Diop qui venait d'expulser un fœtus de six semaine dans son établissement ; ». (Voir annexe n°15).

Par ailleurs, l'élément matériel dans le délit d'avortement suppose l'expulsion prématurée du produit de la conception. Le législateur sénégalais commence dans l'art 305 du code pénal par une énumération des moyens pouvant occasionner une telle expulsion. Ce texte dispose que « *Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte qu'elle ait consenti ou pas sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20.000 à 100.000* ». Toutefois, cette liste de moyens pouvant procurer l'avortement n'est pas exhaustive car le législateur termine par l'expression « ou par tout moyen ». C'est dire donc que tout moyen quelconque et interdit et sanctionné dès lors qu'il est destiné à procurer l'avortement.

En réalité, en Afrique plus particulièrement au Sénégal, on pourrait s'attendre à ce que l'avortement soit pratiqué par des méthodes basées sur la pharmacie-traditionnelle ou un savoir populaire compte tenu de cette interdiction. En effet, des méthodes à base de plantes sont utilisées sous forme de breuvages de lavements ou parfois d'ovules végétaux. C'est d'ailleurs ce que fait état la décision rendue en date du 11 juin 2013, Ministère public contre Serge Badji où la femme ayant avortée déclare que l'avorteur « *lui a fait une injection vaginale et lui a ensuite remis des médicaments traditionnels pour une infusion* ». A ces méthodes s'ajoutent des produits qui, s'ils ne sont pas réellement abortifs, laissent des séquelles importantes. Il en est ainsi des produits chimiques tels que : le détergent, le bleu à linge, l'eau de javel..., des produits acides ou alcoolisés tel que : le vin, le vinaigre l'alcool blanc le citron. En effet, cette gamme de procédés abortifs ou prétendus comme tels est étendue même si leur efficacité n'est pas prouvée et ne repose sur aucune base scientifique³³.

³³ A. GUILLAUME, « Fréquence et conditions de recours à l'avortement », 2006, p. 79, disponible en ligne sur <https://www.horizon.documentation.ird.fr>, consulté sur le net le 14 juillet 2019 à 13heures 33 minutes.

Par ailleurs, la responsabilité du délinquant suppose non seulement qu'un comportement interdit par la loi ait été matériellement adopté par une personne, mais aussi que celui-ci soit reprochable. Donc, la mentalité de l'agent correspond à l'élément moral. Ainsi, dans le traitement du délit d'avortement, le juge doit établir que l'agent pénal a voulu à la fois poser l'acte et obtenir le résultat. C'est pourquoi, en l'absence d'intention coupable chez l'avorteur, il ne peut être question de délit. Tel est le cas par exemple de l'imprudence dont l'interruption de la grossesse est la conséquence.

B. UNE INTENTION DE PROVOQUER LA PERTE DE LA GROSSESSE

A supposer établi l'élément matériel, l'infraction n'est constituée que si le prévenu a agi intentionnellement : une simple négligence est insuffisante. En d'autres termes, toute infraction suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté. Il s'agit en effet d'une volonté dirigée vers un but défini. Deux conceptions doctrinales se sont opposées au sujet de l'élément moral. D'un côté la conception objective et de l'autre, la conception subjective.

La conception objective est la plus appréciée des pénalistes notamment du célèbre Emile Garçon. En effet, selon cette théorie, l'intention renvoie à la conscience et à la volonté de l'agent de réaliser le comportement pénalement répréhensible. De ce point de vue, les mobiles sont indifférents. Ils n'ont aucune incidence sur la qualification des faits.

Vu que les faits tels qu'ils sont relatés dans les décisions rendues en première instance ne permettent pas de faire une analyse profonde, l'appréciation de l'élément moral du délit d'avortement par les juges va être analysée à travers les décisions rendues en appel.

En effet, le délit d'avortement tel qu'il est incriminé dans le Code pénal n'est pas seulement corporel, il est aussi psychologique. Il doit avoir été voulu par l'agent pénal. Il suppose donc une intentionnalité.

Ainsi, pour affirmer son existence, il ne suffit pas de déceler des traces de grossesse et de manœuvres abortives. Il faut prouver que ces manœuvres ont été posées avec l'intention de produire un avortement. Dès lors, dans le cadre du délit d'avortement l'auteur doit avoir voulu à la fois poser l'acte et obtenir le résultat. Il doit agir sciemment dans son projet de provoquer ou d'entraîner l'avortement. Il n'y aura donc pas délit d'avortement si l'agent pénal avait porté des coups et blessures sur une femme en état de grossesse, dans des conditions telles que l'accouchement avant terme aurait été la conséquence de

ces violences. Ce dernier ne serait poursuivi que pour délit de coups et blessures volontaires.

Il faut reconnaître que l'intention criminelle demeure un élément constitutif difficile à déterminer. En réalité, dans plusieurs décisions exploitées, les juges, pour déterminer l'élément moral, se basent sur les manœuvres employés par l'avorteur ou l'avortée. L'analyse des décisions a montré que les cas des avortements par soi-même ne posent pas beaucoup de difficultés quant à la détermination de l'élément moral. C'est-à-dire lorsque la femme s'est procurée l'avortement à elle-même. Dans ce cas précis, le juge se base uniquement sur les moyens employés par celle-ci. Par contre, le problème est tout autre, lorsque l'avortement est pratiqué sur la femme enceinte par autrui. Dans ces cas d'espèce, l'avorteur invoque le plus souvent l'ignorance de l'état de grossesse de la femme. Il en est ainsi de la décision rendue entre le Ministère public et Mamadou Diarra dit Mbassas où le prévenu déclare avoir fait « des injections à la femme pour l'aider à déclencher ses règles et non à faire provoquer son avortement ». Ici en l'espèce, le prévenu soutient pour sa défense, que la femme a dissimulée son état de grossesse et se plaignait d'une absence de menstrues non liées à une grossesse. En outre, toujours dans le sens de démontrer la difficulté pour les juges de déterminer l'élément intentionnel pour les avortements commis par autrui, nous pouvons donner l'exemple de la décision rendue par la Cour d'Appel de Dakar en date du 11 juin 2013, Ministère public contre Serge Badji où le prévenu a soutenu que « lorsque la femme s'est présentée devant lui en état de grossesse apparent, elle a prétendu souffrir des maux de ventre, que c'est pour soigner ces maux de ventre et non autre chose qu'il lui a remis des feuilles de bananes dénommé « docteur », et cela gratuitement ». Tout ceci atteste la difficulté à établir l'élément intentionnel lorsque l'avortement est pratiqué par autrui. Ainsi, en présence des avortements provoqués par autrui les juges se retrouvent dans des situations inconfortables quant à l'appréciation de l'intention de l'avorteur surtout lorsque ce dernier est un professionnel de la santé.

En gros, force est de reconnaître que, l'élément moral du délit d'avortement demeure un élément constitutif difficile à déterminer. Toute la complexité demeure dans le fait qu'il s'agit d'un élément psychologique, inhérent à l'état d'esprit même de l'agent. De facto il est impossible de l'établir directement. De plus, en matière de délit d'avortement, l'agent pénal peut avancer l'argument selon lequel qu'il s'agit d'un avortement naturel (fauche couche) et non une interruption volontaire de grossesse.

Par ailleurs, il arrive que l'avortement soit non intentionnel lorsqu'il est le fruit de violences exercées volontairement sans intention de la produire. En effet, il peut être soit le fait de la femme sur elle-même (Faute d'imprudence) ou soit le fait d'autrui sur la femme (coups et blessures volontaires sans intention de produire un avortement). Bien qu'il ait eu avortement, le délit n'est pas constitué parce que l'élément moral fait défaut. En d'autres termes, l'agent pénal n'a pas voulu provoquer ce résultat. C'est la raison pour laquelle lorsqu'un tel cas d'espèce se présente les juges, en bon droit, écartent la qualification du délit d'avortement. La décision rendue en appel par la Cour D'appel de Saint Louis entre le Ministère public et NG.K va dans ce sens. En effet, selon le premier considérant de cette décision « *l'enquête menée par les gendarmes, suite à la conduite de cette dernière à l'hôpital régional pour examen, a démontré que les efforts physiques répétés fournis par elle avaient fini par lui causer un avortement* ». Ici, en l'espèce, la prévenue a perdu la grossesse suite à des efforts physiques lors d'un entraînement au Taekwondo. C'est ainsi que, Condamnée en première instance par le tribunal correctionnel de Louga, la dame a été relaxée suite à l'infirmité de la décision en Appel pour défaut de l'élément moral³⁴.

En outre, il importe de souligner qu'il est rare de voir les décisions des premiers juges infirmées en appel par les juges d'appel en matière d'avortement. En effet, les nombreuses décisions dépouillées dans les Cours d'Appel sont des décisions confirmatives. De plus, dans plusieurs d'entre elles, les prévenues ne se présentent pas pour soutenir leur appel.

Par ailleurs, constat a été fait que pour les cas d'avortement, l'information judiciaire s'ouvre rarement par une plainte. Cela est dû au fait qu'une plainte émane théoriquement de la victime du délit, lésée matériellement ou moralement. Or, qui est en droit de se déclarer victime d'un avortement ? Bien évidemment, si l'avortement est commis par autrui sur la femme contre son gré, hypothèse prévu par l'alinéa premier de l'article 305 du Code pénal, la femme alors privée de sa maternité, est considérée comme victime et pourra par ailleurs porter plainte.

Toutefois, pour secourir une justice dépassée par ce « fléau », certains citoyens se font devoir de dénoncer celles et ceux qu'ils suspectent d'avortement. Il en est ainsi dans l'affaire Ministère public contre Papa Meissa Thioye où il « résulte du dossier que le 17 juillet 2001, le commissariat Urbain de Thiès a reçu une information d'une personne désirant garder son anonymat selon laquelle une jeune fille dénommée Raïssa Badiane

³⁴ Arrêt n°03 du 10 avril 2009 voir annexe n°25.

venait de subir un avortement et a été évacué au district Sanitaire de Mbour ». Il en est aussi de même dans l'affaire Ministère public contre Assane Diop où il résulte des faits et la procédure que « le 25 avril 2015, les éléments du poste de police de Grand Yoff ont interpellé Assane Diop, Alla Ngom et Deguéne Mbaye pour des faits d'interruption volontaire de grossesse. Selon le rapport des enquêteurs, une personne anonyme les a informé des faits et ils ont monté une opération pour arrêter les mis en cause, lesquels après interrogation ont reconnu les faits qui leurs sont reprochés ». Il en est toujours de même de la procédure judiciaire qui découle de la décision rendue en appel par la Cour d'Appel de Saint Louis en date du 10 avril 2009 ou « *un appel téléphonique émanant d'une dame informait les gendarmes de la Brigade mixte de Louga de la disparition mystérieuse de la grossesse que portait une dame* ».

Par ailleurs, ce n'est pas toutes les tentatives d'avortement qui aboutissent au résultat voulu par l'agent. Il peut arriver qu'elles soient infructueuses. Dans ce cas, on dit que l'avortement n'est pas consommé c'est-à-dire qu'il n'y a pas expulsion du produit de la conception malgré l'emploi de moyens abortifs par la femme. On se retrouve alors sur le terrain de la tentative d'avortement. Cette dernière est punissable car expressément prévue par l'article 305 du code pénal aux termes duquel « *Quiconque par aliments, breuvages, médicaments, violences ou par tout autre moyens aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte qu'elle ait consenti ou pas sera puni d'une peine d'emprisonnement...* ». C'est la raison pour laquelle, les tentatives d'avortements même si leurs découvertes est rare, tombent sous le coup de la loi pénale. Ainsi donc, face à cette prévision légale la répression de la tentative d'avortement s'impose aux juges. Mais, la question qui mériterait d'être posée est celle de savoir comment les juges procèdent dans la détermination des éléments constitutifs de la tentative d'avortement

PARAGRAPHE II : LA DETERMINATION PAR RAPPORT A L'INFRACTION TENTEE

Au regard des décisions exploitées, il y a tentative d'avortement lorsqu'il y'a absorption ou utilisation par la femme de manœuvres abortives **(A)** et une absence de résultat **(B)** c'est-à-dire qu'il n'y a pas expulsion du produit de la conception malgré l'emploi des moyens.

A. EXISTENCE DE MANŒUVRES ABORTIVES

D'emblée, il faut noter que le code pénal ne définit pas la tentative. Mais, on peut convenir que c'est l'activité tendant à la perpétration d'une infraction ; c'est donc l'acte accompli en vue de commettre une infraction mais qui ne produit pas le résultat voulu par son auteur. Toutefois, la loi a posée deux conditions pour pouvoir parler de la tentative ; lesquelles sont définies par l'article 02 du code pénal. Aux termes de cette disposition, la tentative d'infraction est constituée dès lors que manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Deux conditions doivent être réunies pour que la tentative d'une infraction soit punissable : un commencement d'exécution et l'absence de désistement volontaire. Néanmoins, toutes les tentatives d'infraction ne sont pas punissables. Il résulte des dispositions du code pénal que les tentatives de crime sont toujours punissables, les tentatives de délit ne sont considérées comme tel que par une disposition spéciale de la loi³⁵. C'est dans cette logique que l'article 305 alinéa 01 du code pénal punit la tentative d'avortement par l'expression du début de l'article de « Quiconque qui aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte (...) ». En effet, lorsque l'agent pénal entre dans les conditions de l'article 2 du code pénal à savoir le commencement d'exécution et l'absence d'un désistement volontaire, il tombe sous le coup de la loi pénale.

Ainsi, en matière d'avortement le commencement d'exécution renvoie à l'emploi de manœuvres abortifs par la femme. En réalité, dans la pratique, ce n'est pas toutes les tentatives d'avortement qui réussissent. Il arrive souvent que les moyens employés par la femme pour enlever la grossesse restent sans effet. De ce fait, pour retenir la qualification de la tentative d'avortement le juge doit établir que tout ce que l'agent coupable pouvait faire il la fait, il n'était pas libre d'en arrêter les suites, et si les moyens employés ont manqués leurs effets, ce n'est pas de sa faute³⁶. L'article 305 du CP énumère les aliments, breuvages, médicaments, manœuvres et violences, mais incrimine aussi l'avortement consommé ou tenté par tout autre moyen. L'acte d'avortement peut donc être de nature très variable. En effet, la loi est muette sur l'efficacité des moyens mis en œuvre. Mais, constat a été fait que la jurisprudence a écarté la théorie qui assure l'impunité du délit impossible. Il y a tentative punissable quand l'avortement est tenté avec des moyens impropres à le procurer sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'avortement sur soi-même et l'avortement sur autrui.

³⁵ Voir article 03 du code pénal sénégalais.

³⁶ S. VILLERS, *ibidem*.

Il faut d'emblée souligner que malgré les efforts de recherches effectuées au sein des différentes juridictions, il y a une rareté de décision en matière de tentative d'avortement. En effet, sur 34 décisions recensées, seulement trois décisions traitent de la tentative d'avortement. Cet état de fait peut s'expliquer par la difficulté à établir la preuve d'une tentative d'avortement.

La première décision relevée au niveau du tribunal de grande instance de Dakar³⁷ fait état d'une tentative d'avortement clandestin. Il faut tout de même reconnaître que cette décision du point de vue de sa formulation ne permet pas de faire une analyse concrète des éléments retenus par le juge car elle n'est pas suffisamment motivée. En effet, selon l'attendu de cette dernière, « Il résulte du dossier et des débats la preuve contre M.C d'avoir à Dakar courant aout 2003, en tout cas depuis temps non prescrit tenté de commettre un avortement, laquelle tentative manifestée par un commencement d'exécution n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de sa volonté ». Ici, en l'espèce, le juge n'a fait qu'énumérer les conditions de la tentative à l'image du législateur dans le Code pénal. Il emploi de notions générales de formules types qui ne renseignent en rien la caractéristique des éléments constitutif de la tentative d'avortement. En d'autres termes, la décision ne nous édifie pas en quoi l'agent coupable a commis une tentative d'avortement clandestin ni préciser la nature de la substance employée pour occasionner l'avortement.

En outre, la décision rendue par la chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar en date du 2 janvier 2003 est plus explicite du point de vue de la détermination des éléments constitutifs de la tentative d'avortement. En effet, il résulte du premier considérant de cette décision que « la nommée FF a contacté Nd. NG garçon de salle à l'hôpital de Rufisque enfin de lui enlever la grossesse qu'elle portait par un avortement ; le susnommé ayant perçu 25000 francs pour l'opération a tenté à trois reprises de provoquer cet avortement mais n'a pas réussi ». Donc les manœuvres doivent obligatoirement manquer leur effet pour que l'on puisse retenir la qualification de la tentative d'avortement.

Le juge doit, en effet, démontrer que malgré l'emploi des moyens artificiels, la grossesse est restée intact. D'où une absence de résultat.

³⁷ Ministère public/Mohamed Camara voir annexe.

B. ABSENCE DE RESULTAT

Pour retenir la qualification de la tentative d'avortement, le juge doit non seulement établir qu'il y a effectivement emploi de moyens abortifs mais aussi une absence de résultat. Cette dernière doit être indépendante de la volonté de l'agent pénal.

La décision précitée rendue le 2 janvier 2003 par la chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar démontre qu'il y a eu effectivement une tentative d'avortement par utilisation d'un appareil non approprié pour se faire. En effet, ici le résultat n'a pas été atteint car malgré trois tentatives, l'opération n'a pas réussi. Mieux, « le prévenu reconnaît en partie les faits mais soutient qu'il simulait simplement l'avortement avec un appareil qui n'est pas approprié ».

Par ailleurs, il importe de souligner que les infanticides sont souvent la suite des tentatives d'interruptions volontaires de grossesses manquées. En effet, à défaut d'être découvertes après plusieurs tentatives infructueuses, certaines femmes cachent leurs grossesses pour se débarrasser de l'enfant au moment de l'accouchement. Elles tombent alors sous le coup de l'article 285 du code pénal qui punit l'infanticide. Au Sénégal, il y a depuis quelques temps, une recrudescence des cas d'infanticides. Plusieurs nourrissons sont retrouvés morts dans les décharges publiques. Selon un article publié dans le journal *Le monde Afrique*, en février 2017, un corps d'un bébé a été retrouvé sous un camion dans le parking du stade Léopold Sédar Senghor, à Dakar. Le commissaire Mandjibou Leye, alors en poste au quartier des parcelles-Assainies interrogé soutient que « Le corps avait été placé dans un sachet plastique puis déposé sous un camion. Agé de trois jours, le nouveau-né était mort par suffocation ». Selon toujours le journal, le même mois, une découverte tout aussi macabre a été faite à la gare des maraichers de Pikine, en banlieue dakaroise. Et depuis deux ans, quatorze cas similaires ont été recensés dans les décharges d'ordures de mbeubeuss selon Elhage Malick Diallo, alors président de l'association des récupérateurs. Selon ce dernier, ces chiffres sont l'arbre qui cache la forêt car certains corps sont rapidement dévorés par les chiens³⁸. En fait, les femmes qui commettent les infanticides passent généralement par des tentatives d'avortement. C'est seulement lorsque celles-ci ne réussissent pas qu'elles songent à jeter les nouveau-nés après leurs accouchements ; l'objectif étant tout compte fait de se débarrasser de ces derniers.

³⁸ Par MARAME COUMBA SECK (contributeur *Le monde Afrique*, Dakar) publié le 1 septembre 2017 à 18h 15 minutes- mis à jour le 18 septembre 2017 à 6h 41 consulté sur le net le 19 août 2019 à 22h 45 mn sur <https://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/09>.

En effet, le délit d'avortement et le crime d'infanticide sont deux infractions qui sont liées de par leur objectif. Néanmoins, la loi semble être beaucoup plus sévère par rapport à l'infanticide qu'il qualifie de « meurtre d'un nouveau-né ».

En outre, selon la dernière enquête sur la situation économique et sociale du pays effectuée par l'agence nationale de la statistique et de la démographie (ANDS) en 2012, les cas d'infanticides représentaient 25% des affaires jugées aux assises (devenu entretemps les chambres criminelles). La même année, la direction de l'administration pénitentiaire avait recensé 29 femmes détenues pour infanticide.

Par ailleurs, les motivations évoquées par les femmes qui prennent la décision de mettre à terme la vie de leur progéniture sont principalement les souffrances liées au viol, à l'inceste et des relations difficiles avec le conjoint. En outre, les mariages non consenties, la pauvreté, l'ignorance ou la négligence des méthodes contraceptives renforcent la tentation de l'avortement et l'infanticide avec, comme catalyseurs communs, la pression sociale et le refus de la honte. En effet, ces grossesses non désirées surviennent dans un contexte d'hostilité morale et religieuse plongeant les femmes dans l'isolement, abandonnées, elles se retrouvent fragilisées. Ainsi dans un inconfort psychologique fortement lié à la stigmatisation et à l'isolement, les femmes se débarrassent de leur bébé à sa naissance après plusieurs tentatives d'avortement. L'infanticide est ainsi la plus part des cas l'aboutissement d'un avortement manqué.

Par ailleurs, dans le traitement du délit d'avortement, les juges sont parfois confrontés à des cas particuliers de concours de qualifications ou concours idéal d'infraction qu'il importe d'étudier.

SECTION 2 : LES CAS PARTICULIERS DES CONCOURS IDEALS DE QUALIFICATION

Les recherches menées au sein des différentes juridictions ont permis de constater que dans le cadre du traitement du délit d'avortement, les juges sont parfois confrontés à des hypothèses de cumul de qualification, c'est notamment le cas lorsque les moyens abortifs entraînent la mort de la femme (**Para1**) mais il importe de souligner certaines incohérences relevées dans le traitement de ce cas spécifique par les juges (**para2**).

PARAGRAPHE I : LES AVORTEMENTS AYANT CAUSE LA MORT DE LA FEMME

Il arrive parfois que les moyens employés pour pratiquer l'avortement du fait de leur dangerosité, causent la mort de la femme. Les juges, dans la phase de qualification des faits, doivent déterminer qu'il y a eu effectivement emploi de moyens abortifs **(A)**, et que cet emploi a eu comme conséquence de provoquer non ou en plus de l'avortement, la mort de la femme **(B)**.

A. EXISTENCES DE MANŒUVRES ABORTIVES

La qualification, comme nous l'avons souligné précédemment, est l'opération intellectuelle par laquelle le juge fait entrer des éléments de fait dans des catégories juridiques préétablies afin de leur appliquer un régime juridique déterminé. En matière pénale, le principe de la légalité encadre strictement cette opération puisque si le comportement n'entre pas dans les prévisions d'un texte pénal, il ne pourra être poursuivi ni sanctionné. Or, il existe d'autres hypothèses où un fait matériel unique est susceptible de revêtir plusieurs qualifications pénales. C'est l'hypothèse des concours de qualification.

Dans le cadre du délit d'avortement, un concours de qualification se présente devant le juge pour les faits d'avortements mortels. En d'autres termes, lorsque les moyens employés pour procurer un avortement causent la mort de la femme. Dans ce cas, deux qualifications distinctes s'imposent au juge. D'une part, le délit d'avortement et d'autre part, un homicide involontaire. Ici en effet, l'homicide est le résultat de l'emploi de moyens qui étaient destinés à un avortement. Donc, l'agent pénal n'a pas voulu obtenir ce résultat. La volonté coupable était dirigée non vers un homicide mais plutôt vers une interruption de la grossesse.

De prime abord, il importe de souligner que les cas des avortements qui causent la mort de la femme sont rares en jurisprudence. En effet, les recherches menées au sein des différentes juridictions n'ont permis de relever que deux décisions rendues en ce sens.

De plus, les décisions dépouillées et qui font état des avortements mortels ne sont pas suffisamment motivées³⁹. Dès lors, elles ne peuvent pas faire l'objet d'une appréciation

³⁹ V° annexe (17 et 18).

profonde de leurs éléments constitutifs. En effet, il résulte de l'attendu de la première décision, que « l'enquête a permis de découvrir que la jeune fille est morte suite à l'avortement que la prévenue lui a fait subir ». Ici, dans cette espèce, le juge ne fait mention aucunement des moyens employés pour pratiquer l'avortement et qui par conséquent ont occasionné la mort de la jeune fille. La décision ne précise non plus les conditions dans lesquelles l'opération s'est déroulée.

En outre, dans une autre décision, la chambre Correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar a fait de même. Selon la Cour, la jeune fille est morte suite à l'opération de l'avortement que la prévenue a pratiqué sur elle.

En dépit de l'interdiction de l'avortement, les femmes s'adonnent à cette pratique avec des méthodes mettant en péril leurs vies. En effet, les conséquences mortelles des avortements clandestins constituent un véritable danger pour les femmes et les jeunes filles. Ainsi, du fait de l'interdiction de l'avortement médicalisé au Sénégal, certaines femmes en situations de détresses désirant se débarrasser d'une grossesse non désirée, font recours à des pratiques dangereuses. C'est en effet des méthodes traditionnelles qui sont utilisées. Ces dernières, reposent sur des procédés basés sur des connaissances et des savoirs populaires. Elles sont très variées et incluent l'utilisation de produit chimique, d'objets perçants et de plantes etc.

L'avortement clandestin est un fléau dans le monde entier, plus particulièrement en Afrique où il constitue un marché lucratif pour les tradipraticiens qui exposent les patientes à des complications mortelles. En effet, des études ont montré que dans la majorité des pays africains où il est interdit, l'avortement est rarement pratiqué en milieu médical. Il est le plus souvent fait par des personnes qui n'ont aucune formation médicale, et qui n'utilisent ni des instruments indiqués et stérilisés, ni des locaux propres et confortables. C'est pourtant malheureusement à eux que s'adresse la grande majorité des femmes qui cherchent un avortement et ne disposant pas des moyens pour aller dans une clinique. La clandestinité favorise donc des risques sanitaires et l'absence de soins adéquats après l'opération. Ce type d'avortement reste toujours dangereux et les femmes qui y recourent le savent bien. Mais dans leur désespoir, elles acceptent de courir le risque tout en espérant que les conséquences ne seront pas graves.

Ainsi donc, lorsque l'opération d'avortement, indépendamment du résultat voulu, cause la mort de la femme, on se retrouve avec deux chefs : le délit d'avortement et l'homicide

involontaire. Néanmoins, le juge doit établir que ce dernier est la conséquence de l'emploi des moyens abortifs.

B. LA MORT DE LA FEMME COMME CONSEQUENCE DES MOYENS ABORTIFS

Lorsqu'on est en présence des avortements mortels, le juge doit démontrer que les moyens abortifs ont bien causé la mort de la femme. Toutefois, dans les deux décisions dépouillées et annexées, le juge ne prend pas la peine d'argumenter mais conclut que les deux jeunes filles sont décédées des suites des opérations d'avortement. (V° les annexes n°17 et n°18).

De prime abord, il faut souligner que la conséquence mortelle de l'avortement n'est pas envisagée par l'article 305 du code pénal sénégalais. Or, un tel fait peut se présenter devant le juge. En d'autres termes, le code pénal n'a pas prévu une infraction autonome de l'avortement ayant entraîné la mort de la femme. Néanmoins, le délit d'avortement peut être un « crime » contre cette dernière lorsqu'il provoque son décès. Cette absence de prévision par le législateur d'une infraction autonome de l'avortement ayant entraîné la mort de la femme a pour conséquence d'obliger le juge à retenir un double qualification, lorsqu'un tel fait se présente. Il retient dès lors deux qualifications distinctes.

Ainsi, la première décision relevée qui traite de cet état de fait est rendue en appel par la chambre correctionnelle de la cour d'appel de Dakar en date du 29 avril 2011 entre le Ministère public et la prévenue YG. En effet, selon l'attendu de cette décision « il résulte des éléments du dossier les faits suivants infirmés : le 12 avril 2010 que le corps d'une fille décédée le 08 courant de !!Suspecte était en observation à la morgue de l'hôpital Régional, les éléments de poste de police de Yamatogne y effectuent une décente ;

L'enquête ouverte a permis de découvrir que la jeune fille du nom d' Amy Sow est morte suite à un avortement que la dame Yacine Goudiaby lui a fait subir moyennant paiement de 55000F ; ». Ici, en l'espèce, la décision atteste que la jeune fille est décédée suite à un avortement que la prévenue a effectué sur elle. Les premiers juges ont retenu la qualification d'avortement d'une part et coups mortels d'autre part ⁴⁰; ce qui correspond à l'hypothèse d'un cumul de qualification.

⁴⁰ On fait référence aux premiers juges parce que ceux d'Appel ont déclaré l'action publique éteinte suite au décès de la prévenue et de ce fait n'ont retenue aucune qualification.

En effet, un seul fait matériel, une seule faute qui correspond ici à l'emploi de manœuvres abortifs en plus du délit d'avortement, a occasionné une autre infraction autonome, l'homicide involontaire. Le juge pour sa part a retenu les coups mortels. En principe, selon la doctrine et la jurisprudence notamment française⁴¹, lorsque de pareils cas se présentent le juge ne doit retenir qu'une seule qualification c'est-à-dire l'infraction la plus sévèrement punie et ne pourra prononcer que les peines encourues pour cette infraction. Mais, lorsque le fait matériel commis a provoqué une atteinte à plusieurs valeurs sociales protégées, le juge devra retenir autant de qualifications qu'il y a de valeurs sociales protégées. Ici, en l'espèce, on peut dire que la prévenue a porté atteinte à deux valeurs sociales protégées d'une part le droit à la vie du fœtus d'autre part le droit à la vie de la mère. Donc, pour retenir la qualification d'avortement et de coups mortels, le juge doit démontrer que les manœuvres abortifs ont non seulement occasionné l'expulsion du fœtus, mais aussi, ont entraîné la mort de la femme.

La seconde décision relevée qui fait état d'un cas de cumul de qualifications a été rendue par la même cour d'appel en date du 29 avril 2015 entre le Ministère public et les prévenues FS, MCD, A MB. En l'espèce, selon le premier considérant de cette décision, il résulte du dossier de la procédure « que courant juin 2013 RD souhaitant se débarrasser de sa grossesse indésirable s'en est ouverte à sa grande sœur MCD, laquelle avait sollicité sa copine AM pour qu'elle les mettent en rapport avec celle qui l'avait fait avorter ; cette dernière conduisit les sœurs chez la dame FS infirmière à la clinique Yaye Marie de Keur Massar, qui moyennant la somme de 80.000 faisait avorter RD qui succombera quelques jours après des suites de l'opération ». Les premiers juges ont retenues la qualification d'homicide involontaire d'avortement. Cette dernière a été confirmée par la chambre correctionnelle de la Cour d'appel. Ici, en réalité, le juge n'a pas procédé à un cumul de qualification comme dans la première décision, mais a plutôt érigé la mort de la femme à une infraction autonome « l'homicide involontaire d'avortement. Or une telle infraction n'est pas prévue par le Code pénal. L'article 305 du code pénal qui réprime l'avortement n'a nullement prévu l'homicide involontaire d'avortement. Néanmoins, il faut souligner que cette infraction de conséquence « homicide involontaire d'avortement » ici retenue par le juge ne pourrait s'appliquer que lorsque l'avortement est commis par autrui sur la

⁴¹ Bordeaux 05 mars 1992 Dalloz.1994

femme. Par contre, lorsque la femme se procure à elle-même l'avortement et décède des suites de l'opération, l'action publique sera éteinte pour cause de décès⁴².

Donc, il est bien clair, au regard de ces deux décisions présentées que la dangerosité des moyens utilisés par les femmes qui s'adonnent à des avortements clandestins peut conduire à la mort. En effet, ces derniers qui sont pratiqués dans de mauvaises conditions sanitaires constituent un réel danger pour la vie des femmes.

En effet, selon une étude, environ 08 à 13 des décès maternels au Sénégal sont causés par des avortements clandestins⁴³.

Par ailleurs, comme nous l'avons souligné précédemment, le législateur sénégalais dans l'article 305 du code pénal, n'a pas prévu la conséquence mortelle de l'avortement. Ce qui d'ailleurs rend difficile la qualification des avortements mortels.

PARAGRAPHE II : LES DIFFICULTES LIEES A LA QUALIFICATION DES FAITS D'AVORTEMENTS MORTELS

La conséquence mortelle de l'avortement n'est pas envisagée par l'article 305 du CP qui réprime le délit d'avortement. Cette absence de prévision constitue un obstacle dans la qualification par le juge des avortements mortels **(A)** car cette dernière recèle beaucoup d'incohérences **(B)**.

A. L'ABSENCE DE PREVISION DE LA CONSEQUENCE MORTELLE DE L'AVORTEMENT, UN OBSTACLE A LA QUALIFICATION DES AVORTEMENTS MORTELS

L'art 305 du CP dispose que « Quiconque par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, ou violences, ou par tout autre moyen, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte, qu'elle y ait consenti ou non sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20.000 à 100.000 francs ». En

⁴² Article 06 alinéa 01 du code de procédure pénale dispose que « l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée ».

⁴³ FADEL DIADHIOU, E. O. FAYE et al. « Mortalité et Morbidité » liées aux avortements provoqués clandestins dans quatre sites de références Dakarois au Sénégal, UCAD/CGO/CHU Le Dantec et OMS/HRP 1995, 50. p.7, cité par(FIDH) Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme.

d'autres termes, ce qui est réprimé par le code pénal c'est l'avortement. Ce dernier consistant juridiquement à une expulsion prématurée et destructive du produit de la conception du fait de l'emploi de moyens abortifs. Par contre, la conséquence mortelle des moyens employés pour procurer l'avortement n'est pas envisagée par le code pénal.

Cette absence de prévision, met le juge dans une position inconfortable et l'oblige à procéder à des cumuls de qualifications. Tantôt, il qualifie les faits en retenant l'infraction de blessures et coups mortels, tantôt il retient l'homicide involontaire d'avortement.

En effet, une définition complète et précise de l'infraction d'avortement aurait facilité le juge dans son exercice de qualification.

Au nom du célèbre principe de séparation de pouvoir, « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leurs sont soumises »⁴⁴. Cela signifie que le juge ne peut décréter la loi, créer le droit. Il doit en effet se contenter d'appliquer la loi issue du pouvoir législatif.

Toutefois, malgré une absence de texte, le juge est obligé de juger sous peine de se rendre coupable du déni de justice. Bien que le pouvoir judiciaire ait pour mission d'appliquer la loi, il arrive des cas où le fait soumis au juge, ne soit pas toujours précisément prévu par les textes. Dès lors, le juge confronté à une règle de droit obscure ou inexistante peut se référer à la motivation des décisions rendues antérieurement par ses collègues. Ainsi, il y a donc une difficile articulation entre d'une part cette interdiction faite au juge de procéder par voie de disposition générale ou de créer une règle de droit et d'autre part, l'impossibilité pour le législateur de tout prévoir.

En effet, ces situations font qu'il est difficile de contester le rôle créateur de droit du juge. Bref, il y a aucun moyen d'empêcher le juge d'être, selon l'expression du Doyen Ripert, « le législateur des cas particuliers ». Il faut toutefois que ce rôle soit strictement limité au cas particulier dont il est soumis.

En outre, dans une perspective de proposition, le législateur doit songer à modifier les articles 305 et 305 bis du CP afin de prendre en compte la conséquence mortelle de

⁴⁴ Art.05 du code civil français.

l'avortement. Ce qui d'ailleurs évitera au juge certaines incohérences qui sont relevées dans la qualification des avortements mortels.

B. LES INCOHERENCES RELEVÉES DANS LA QUALIFICATION DES AVORTEMENTS MORTELS

La décision de la Chambre Correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar du 29 avril 2011 statuant contre la décision du tribunal correctionnel de Ziguinchor recèle à notre sens des incohérences dans la qualification des faits. Dans cette décision, le premier juge avait procédé à un cumul de qualification en retenant contre la prévenue les chefs d'avortement d'une part et coups mortels d'autre part. Cette dernière a été confirmée en appel. En effet, il résulte des faits de la décision que la jeune fille du nom d'AS est morte suite à un avortement que la prévenue YG lui a fait subir. Ainsi, bien que la décision ne le précise de façon claire, le juge semble confirmer que les manœuvres abortifs, en plus de provoquer l'avortement, ont occasionné la mort de la jeune fille. C'est donc la raison pour laquelle, il a retenu deux chefs d'accusations autonomes, car la conséquence mortelle des moyens abortifs n'est pas prévue. Néanmoins, il nous semble qu'en retenant la qualification de coups mortels, le juge a fait erreur dans le choix de la disposition légale.

En effet, l'art 294 du code pénal auquel le juge fait référence dispose « Tout individu qui, volontairement, aura fait des blessures ou porté des coups ou commis tout autre violence ou voie de fait, s'il est résulté de ces sortes de violences une maladie ou incapacité totale de travail personnel pendant plus de vingt jours, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20.000 à 250.000 francs ; le coupable pourra en outre être privé des droits mentionnés à l'article 34 pendant cinq ans au moins et dix ans au plus ». Autrement dit, l'article 294 s'applique « s'il est résulté de ces sortes de violence une maladie ou une incapacité totale de travail personnel pendant plus de vingt jours ». L'article 294 n'envisage pas la conséquence mortelle des violences. Alors qu'ici en l'espèce, il résulte des faits que les manœuvres pratiquées sur la jeune fille ont entraîné sa mort. Le juge devrait-il retenir la qualification d'homicide involontaire ? Ou, au contraire, les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner ? Pour répondre à cette interrogation encore faudrait-il connaître le contenu de ces deux infractions. En effet, l'homicide involontaire est une infraction par laquelle l'auteur a causé la mort de la victime sans avoir l'intention de la tuer ou de la blesser. Cette mort doit en principe résulter d'une maladresse, d'une imprudence, d'une inattention, d'une négligence ou d'un

manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement⁴⁵.

Les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, par contre, constituent une infraction désignant la situation dans laquelle l'auteur a eu l'intention de blesser la victime sans, toutefois, vouloir la tuer, les résultats des violences ayant dépassé son souhait. Donc ici dans les deux cas, le coupable n'a pas intention de tuer la victime. Mais, contrairement à l'auteur des violences, l'auteur de l'homicide involontaire n'avait pas l'intention de blesser la victime.

Si on revient dans notre cas d'espèce où les manœuvres abortifs ont causé la mort de la femme, on peut dire que la qualification d'homicide involontaire et des violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner est inappropriée dans la mesure où l'intention de la prévenue n'était ni de blesser ni de tuer la victime mais de lui procurer un avortement. Il est donc clair que qualifier les avortements ayant causé la mort de la femme n'est pas chose aisée ; ceci du fait que la loi n'a nullement prévu la conséquence mortelle de l'avortement.

En outre, dans une autre décision qui traite un cas similaire d'un avortement ayant causé la mort de la femme rendue par la même Cour d'Appel, le juge a retenu la qualification d'homicide involontaire d'avortement⁴⁶ ; infraction qui, à notre avis, n'est pas prévu par le Code pénal.

Par ailleurs, lorsque tous les éléments constitutifs du délit sont réunis et que le juge reconnaît coupable le prévenu, il faut appliquer une sanction pénale conformément à la loi et toujours dans le respect du principe de la légalité criminelle.

⁴⁵ L'exemple le plus fréquent d'homicide involontaire est l'accident de la route ayant entraîné la mort de la victime accidentée.

⁴⁶ Arrêt n°544 annexé, chambre correctionnelle de la CA de Dakar 14 avril 2015.

CHAPITRE II : LA REPRESSION JURISPRUDENTIELLE DU DELIT D'AVORTEMENT AU SENEGAL

Dans le cadre d'un jugement, lorsque toutes les composantes de l'infraction sont réunies, le juge doit prononcer une sanction pénale qui, selon le cas, peut être : une peine d'emprisonnement, une peine d'amende ou une mesure de sureté. En effet, par respect au principe de la légalité criminelle, la sanction figure généralement dans la disposition de l'incrimination. Le juge doit choisir entre les fourchettes des minimums et des maximums qui sont prévus par le législateur.

Les peines prévues à l'encontre des prévenus reconnus coupables des faits d'avortement sont l'emprisonnement à temps et l'amende avec une possibilité de l'application d'une circonstance aggravante consistant à une peine complémentaire qui est une suspension pendant cinq ans de l'exercice d'une profession médicale à l'encontre des professionnels de la santé.

Il sera ainsi question de voir d'abord les peines qui sont généralement retenues par les juges (**section 1**) dans le traitement du délit d'avortement avant de constater qu'il y a une efficacité relative de la sanction jurisprudentielle du délit d'avortement (**section 2**).

SECTION I : LES PEINES GENERALEMENT RETENUES PAR LES JUGES

Rappelons d'ores et déjà que le délit d'avortement peut être soit le fait de la femme elle-même ou soit le fait d'un tiers d'après le code pénal. Ainsi de la sorte que la loi sanctionne le délit consommé et le délit tenté, en jurisprudence aussi, la sanction pénale varie selon que l'avortement est consommé (**para 1**) ou simplement tenté (**para 2**).

PARAGRAPHE I : PAR RAPPORT AU DELIT D'AVORTEMENT CONSOMME

L'analyse des différentes décisions a permis de constater que la sanction jurisprudentielle varie selon que l'avortement est commis par la femme elle-même (**A**) ou par autrui (**B**) sur la femme.

A. LA SANCTION DE L'AVORTEMENT SUR SOI-MEME

La sanction pénale est celle infligée à une personne qui a commis une infraction. Elle est généralement définie dans le jugement de condamnation de cette personne par la

juridiction de jugement. Il peut s'agir en effet d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine d'amende ou des deux à la fois. En effet, la sanction pénale obéissant au principe de la légalité des délits et des peines est généralement fixée dans les dispositions qui prévoient l'incrimination. C'est ainsi que l'article 305 alinéas 3 du code pénal dispose « sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 20.000 à 100.000 francs, la femme qui se sera procurée l'avortement à elle-même ou aura tenté de se le procurer, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet ». Autrement dit, l'avortement que la femme effectue sur elle-même est puni d'une peine d'emprisonnement allant de six mois à deux ans et d'une peine d'amende allant de 20.000 à 100.000 francs. Cependant, l'analyse des décisions de justice en matière d'avortement sur soi-même démontre que tantôt les juges prononcent des peines d'emprisonnement allant d'un mois à trois mois, tantôt ils font le choix sur le minimum légal.

Tout d'abord, nous allons constater les peines d'emprisonnement d'un an à trois mois.

Décision numéro une : Ministère Public contre Ibra Diouf et Fatou Gueye

Selon le premier attendu de cette décision, il est résulté des débats la preuve que la prévenue a fait usage d'aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, et s'est procuré l'avortement. Je juge retient la peine d'emprisonnement d'un mois ferme⁴⁷.

Décision numéro : 2 Ministre Public contre Amedou oro Bah

Selon le premier attendu de cette décision, « il résulte du dossier et des débats la preuve contre Amedou yoro Bah d'avoir (...) fait usage de médicaments et dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, provoqué son avortement alors qu'elle était enceinte. Qu'il échet de la déclarer coupable et de la condamner à trois mois d'emprisonnement ferme »⁴⁸.

Décision n°3 : Ministère Public contre Arame Biteye et Mamadou Diarra

« Attendu qu'il résulte du dossier et des débats, la preuve contre Arame Biteye d'avoir consenti à faire usage des médicaments et dans les mêmes circonstances de temps et de

⁴⁷ Décision n°2760, audience du 11 mai 2016 voir annexe n° une.

⁴⁸ Décision n°107/07 du 08 janvier 2007 voir annexe n°2.

lieu provoqué son avortement alors qu'elle était en état de grossesse ; qu'il eût de la déclarer coupable et de la condamner à une peine d'emprisonnement d'un mois ferme »⁴⁹.

Décision n°4 : Ministère Public contre Arame Biteye et Mamadou Diarra

La chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar statuant en appel contre la décision du tribunal de grande instance de Dakar qui avait condamné la prévenue à une peine d'emprisonnement d'un mois pour s'être procurée l'avortement à elle-même par absorption de médicaments à elle indiqués, a confirmé la décision en toutes ces dispositions⁵⁰.

Décision numéro 5 : Ministère public contre Coumba Cissé et Ndeye Seye

« Attendu que la prévenue Coumba Cissé comparait sous la prévention de s'être à Saint Louis procuré l'avortement ;

Attendu que la matérialité des faits ne souffre aucun doute, il eût de la déclarer coupable et de la condamner à un mois d'emprisonnement »⁵¹.

Décision numéro 6 : Ministère public contre Fatima Large et autres

« Attendu que suivant procès-verbal d'interrogatoire de flagrant délit N°28 du 12 juin 2016, la prévenue comparait pour avoir à Dakar courant 2016, en tout cas avant la prescription de l'action publique procurée l'avortement à elle-même ou avoir consentie à faire usage des moyens à elle indiqué ou administré ;

Attendu que les faits reprochés à cette dernière sont établis, qu'il eût de l'en déclarer coupable et la condamner à une peine d'emprisonnement de trois mois assortis de sursis »⁵².

Ces différentes décisions sont notées et annexées pour illustrer la fourchette des peines d'un à trois mois prononcées par les juges contre les avortements sur soi-même aussi bien en appel qu'en première instance. Force est de reconnaître que dans ces différents cas d'espèce, le juge descend très en dessous du minimum légal qui est de six mois. De

⁴⁹ Décision n°6693 du 12 septembre 2001 voir annexe n°3.

⁵⁰ Décision n°149, du mars 2003, voir annexe n°5.

⁵¹ Décision n°143/16 voir annexe n° 5.

⁵² Décision n° 4984/16 du 24 août 2016 voir annexe n° 10.

manière générale, les juges font montre d'une certaine indulgence et clémence à l'égard de la femme qui se procure l'avortement à elle-même.

En outre, dans plusieurs autres décisions, les juges portent leurs choix sur le minimum légal.

Décision numéro une : Ministère public contre Adama Ba et Oumou Diop

« Attendu que les faits reprochés aux prévenus ne souffrent aucune contestation, la dame Oumou Diop déclarant avec force avoir absorbé des médicaments que lui a fournis Adama Ba ; lesquels médicaments lui ayant du reste occasionné des douleurs abdominales jusqu'à provoquer son avortement consécutivement aux saignements dont elle a fait l'objet ; qu'il s'y ajoute que la prévenue ne s'est pas prémunie de toutes les dispositions utiles avant de consommer les médicaments fournis par Adama Ba dont elle sait n'être pas un médecin habilité pour ce faire, qu'il y a lieu de la condamner à 06 mois d'emprisonnement ferme en application des dispositions de l'art 305 alinéa 3 du code pénal ; »⁵³.

Décision numéro 2 : Ministre public contre Mamadou Sall et Mame Coumba Seck

Dans cette décision, la chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar a confirmé la décision du tribunal de grande instance de Dakar qui avait condamné la prévenue à 6 mois d'emprisonnement pour avoir consenti à faire usage des injections de spasfon qui ont occasionné son avortement⁵⁴.

Décision Numéro 3 : Ministère public contre Khady Badiane et Maimouna Diemé

« Attendu que la prévenue comparait devant le tribunal correctionnel sous la prévention d'avortement ; qu'il résulte du dossier et des débats la preuve contre Khady Badiane de s'être à Dakar, le 13 mars 2009 en tout cas depuis temps non prescrit, par aliment, breuvage, médicament ou par tout autre moyen procuré l'avortement ;

⁵³ Décision n° 846 du 24 novembre 2016 voir annexe n°6.

⁵⁴ Arrêt n°655, du 5 mai 2015 voir annexe n°7.

Attendu que ces faits sont prévus et punis par les articles 305 alinéa 3 du code pénal ; qu'il echet de la déclarer coupable de ce chef et de la condamner à six mois avec sursis »⁵⁵.

Décision numéro 4 : Ministère public contre Thérèse sylla et Diaw gaye

« Attendu qu'il résulte du dossier et des débats la preuve que Thérèse sylla a commis les faits à elle reprochés il echet de la déclarer coupable et de la condamner à une peine d'emprisonnement de six mois ferme »⁶⁴.

Décision n° 5 : Ministère public contre Dieynaba Thiam et autres

« Attendu que suivant procès-verbal d'interrogation de flagrant délit du 27/01/16 le procureur de République a attrait la nommée Dieynaba Thiam sous la prévention de s'être à Dakar, courant 2017, en tout cas avant la prescription de l'action publique, procuré elle-même l'avortement ;

Attendu qu'il ressort du dossier et des débats d'audience que les faits reprochés à la prévenue sont établis ;

Qu'il y a lieu de la déclarer coupable, et de la condamner à une peine d'emprisonnement de six mois, dont un mois ferme ; »⁵⁶.

Décision numéro 6 : Ministère public contre Serge Badji

Dans cet arrêt, la chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar statuant en appel contre la décision du Tribunal correctionnel de Ziguinchor ayant condamné à six mois d'emprisonnement ferme la prévenue Aramata Mané qui a reconnu s'être procuré l'avortement au moyen d'une injonction et des infusions, soutient que cette peine est légalement justifiée et confirme la décision en toutes ces dispositions⁶⁶.

Décision numéro 7 : Ministère public contre Diariétou gaye

⁵⁵ Décision n° 1300/09 du 03 avril 2009 voir annexe N°8. ⁶⁴

Décision n°2550/2017 voir annexe n°9.

⁵⁶ Décision n° 604/2017, du 02 février 2017 voir annexe n°11. ⁶⁶
Arrêt n°909 du 11 juin 2013 voir annexe n°12.

« Attendu que les faits reprochés à Diariétou gaye et commis le 02 septembre 2015 à Saint louis sont constants ;

Qu'il echet de l'en déclarer coupable, de condamner à six mois d'emprisonnement ferme »⁵⁷.

Décision numéro 8 : Ministère public contre Oumou Hawa Diallo

La chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar statuant en appel contre la décision du tribunal correctionnel de Dakar ayant condamné la prévenue Oumou Hawa Diallo à six mois d'emprisonnement ferme ; a confirmé la décision en toutes ces dispositions⁶⁸.

Décision numéro 9 : Ministère public contre Niouma Astou Diop et autre

« Attendu que la prévenue a été déclarée coupable de s'être procurée l'avortement à elle-même ;

Qu'ainsi au regard de sa santé fragile et de la nécessité de continuer sa cure postavortement, il y a lieu de la condamner à six mois de prison assortis du sursis et à 20.000 francs d'amende avec sursis ; »⁵⁸.

Décision numéro 10 : Ministère public contre Diadia Danfakha

Le jugement du tribunal Régional hors classe de Dakar a condamné la prévenue à six mois d'emprisonnement ferme pour avoir procuré l'avortement à une jeune dame qu'elle savait enceinte⁵⁹.

B. LA SANCTION DE L'AVORTEMENT COMMIS PAR AUTRUI SUR LA FEMME

⁵⁷ Décision n°653/15 du 10 septembre 2015 voir annexe n°13. ⁶⁸

Arrêt n°554 du 15 avril 2013 voir annexe n°14.

⁵⁸ Décision n°207/19 du 22 mai 2019 voir annexe n°15.

⁵⁹ Décision ° 5794/09 du 22 décembre 2009 voir annexe n°19.

Constat a été fait que dans le traitement du délit d'avortement commis par autrui, la sanction varie selon que l'avortement est commis par une personne non qualifiée par un professionnel de la santé.

Tout d'abord, l'avortement commis par autrui sur la femme. C'est la première hypothèse de l'article 305 du code pénal. Ce dernier texte en son alinéa 1 dispose « Quiconque par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte, qu'elle y ait consenti ou non sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20.000 à 100.000 francs ». l'alinéa 3 de ce même texte dispose « les médecins, les pharmaciens et toute personne exerçant une profession médicale, paramédicale ainsi que les étudiants en médecine, les étudiants ou employés en pharmacie, herboristes, ban-gagistes, marchands d'instruments de chirurgie, qui auront indiqué, favorisé ou pratiqué les moyens de procurer l'avortement, seront condamnés aux peines prévues aux alinéas premier et second du présent article ». À la lecture de ces deux différents alinéas, il est clair que le législateur fait la différence entre autrui non qualifié qui pratique l'avortement sur la femme et autrui qui est professionnel de la santé. Mieux, l'alinéa 5 du même texte dispose que les professionnels de la santé reconnus coupables peuvent être frappés d'une

« suspension pendant cinq ans au moins ou l'incapacité absolue de l'exercice de leur profession ». Ainsi l'analyse des décisions de justice nous a permis de constater que le juge, fidèle au législateur, fait varier la sanction selon que l'avortement est pratiqué par une personne non qualifiée ou un professionnel de la santé.

En effet, dans un contexte où l'avortement est interdit, les femmes désirant se débarrasser d'une grossesse non désirée font recours à des personnes non qualifiées ou inexpérimentées qui pratiquent l'opération dans un environnement non conforme à un minimum de normes médicales. C'est ce qui pose l'inquiétant problème des avortements à risque. Ce sont principalement des femmes sans ressources qui font recours à ces personnes non qualifiées qui utilisent des méthodes dangereuses. Les opérations se réalisent en cachette avec des méthodes pouvant entraîner des effets secondaires néfastes. Ainsi, suite à un avortement non sécurisé, les femmes risquent de présenter un ensemble de troubles affectant leur qualité de vie et leur bien-être et certaines d'entre elles des complications potentiellement mortelles. A cela s'ajoutent les risques des hémorragies, des infections, des lésions de l'appareil génital ou des organes internes. De plus, malgré toutes ces complications post-avortement, les femmes prennent rarement le risque de se

présenter dans les structures de santé pour les soins qu'il faut, car, il semble qu'il y a une obligation juridique qui pèse sur les médecins et les autres professionnels soignant de notifier les cas des femmes ayant subi un avortement suspect.

En effet, ces personnes non qualifiées qui pratiquent l'avortement clandestinement, soit par un exercice illégal de la médecine ou par des moyens traditionnels, s'ils font l'objet de poursuites judiciaires risquent des peines d'emprisonnement allant d'un an à cinq ans et d'une peine d'amende allant de 20.000 à 100.000 francs ou bien encourent les mêmes peines que les femmes qu'elle font avortées. Ainsi, l'analyse des différentes décisions annexées ont permis de constater que la plus part des avortements sont pratiqués par des personnes non expérimentées et sont réprimés comme tel par les juges.

La décision de la chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar statuant contre la décision du tribunal correctionnel de Dakar va dans ce sens. En effet, ce dernier avait condamné un prévenu à un an d'emprisonnement ferme pour les chefs d'avortement et exercice illégal d'une fonction légalement réglementée. Les faits qui en résultent attestent que la dame désirant se débarrasser de sa grossesse a fait recours aux services du prévenu moyennant la somme de 75.000 francs. Ce dernier lui a fait deux injections et lui a prescrit une ordonnance. Ce n'est que « trois jours après avoir pris ce traitement qu'elle a été victime d'un saignement abondant accompagné de vives douleurs ; ce qui l'a obligé à se rendre au centre de santé ». La Cour d'Appel a ainsi confirmé la décision du premier juge en toutes ses dispositions (voir annexe n°7).

En outre, la même chambre correctionnelle a confirmé en appel la décision du tribunal correctionnel de Ziguinchor ayant condamné le prévenu à deux ans d'emprisonnement ferme pour exercice illégal de la médecine et à six mois ferme pour avortement. En effet, dans cette décision, il résulte des faits que le prévenu « militaire à son état » à accepter de faire avorter la femme moyennant la somme de 10.000 francs. Ainsi, pour procéder à l'expulsion du fœtus, ce dernier a fait une injection vaginale à la femme et lui a remis par la suite des médicaments traditionnels pour une infusion. Du fait de cette opération, la dame a senti des douleurs atroces qui ont justifié son évacuation au poste de santé d'Abéné puis à l'hôpital régional de Ziguinchor. (Voir annexe n°12).

Toujours dans l'inventaire des cas d'avortements commis par une personne non qualifiée, nous pouvons faire appel à la décision rendue par la cour d'Appel de Dakar en date du 08 juin 2012. Le prévenu, pour procéder à l'opération, a fait à la femme douze injections

de « spasfon » ainsi qu'une compresse par voie vaginale. Les premiers juges avaient retenu la peine d'emprisonnement de six mois ferme ; cette dernière a été confirmée par le juge d'Appel. (Voir annexe n°16).

En sus, nos recherches ont fait état de deux cas d'avortements qui ont causé la mort de la femme. Ainsi, le juge, en procédant à un cumul de qualification avec comme chefs avortement, d'une part et coups mortels ou homicide involontaire d'avortement, d'autre part, prononce des sanctions différentes pour chaque chef et ordonne par la suite une confusion des peines conformément à la loi.

La première décision qui va dans ce sens a été rendue par la chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar qui statuait contre la décision du tribunal correctionnel de Ziguinchor. Dans cette décision, il résulte des faits que la jeune fille du nom d'Amy sow est morte suite à un avortement que la dame Yacine Goudiaby lui a fait subir. Les premiers juges ont ainsi retenu deux chefs, l'avortement pour une peine d'emprisonnement d'un an ferme ; des coups mortels pour une peine d'emprisonnement de deux ans. Qualification et peine qui ont été confirmées en appel mais l'action publique a été déclarée éteinte suite au décès de la prévenue. (Voir annexe n°17).

La seconde décision, à titre illustratif, a été rendue par la même Cour d'Appel qui statuait contre la décision du tribunal correctionnel de Dakar. Dans cet arrêt, le juge a confirmé la décision contestée qui avait condamné les deux prévenues ; chacune à un an de prison ferme pour homicide involontaire d'avortement. (Voir annexe n°18).

Ces différentes décisions présentées et annexées font état des avortements clandestins pratiqués par des personnes non qualifiées. En effet, l'analyse de ces différentes sanctions nous a permis de constater une diversité d'approches des juges face au cas qui leur sont soumis. Si parfois, on note une sévérité du juge, d'autrefois c'est une parfaite indulgence qui est remarquée pour des faits presque identiques.

Qu'en est-il de l'intervention des médecins dans la commission du délit d'avortement ?

L'article 305 du code pénal qui réprime l'avortement, punit des mêmes peines d'emprisonnement les médecins, les pharmaciens, et toute personne exerçant une profession médicale que la femme et les personnes non qualifiées. Néanmoins, l'alinéa 5 de ce même texte consacre une peine complémentaire qui est une suspension pendant cinq ans au moins ou l'incapacité absolue de l'exercice de leur profession pour ces

professionnels de la santé. Mieux, l'alinéa 7 du texte leur interdit le bénéfice du sursis. A la lecture de ces différents alinéas, il est clair que le législateur est beaucoup plus sévère pour les professionnels de la santé qui auraient pratiqué un avortement sur autrui. Donc, la participation de « l'homme de l'art » est considérée par la loi comme une circonstance aggravante. Par une telle disposition, la loi considère qu'un professionnel de la santé, en commettant un avortement sur autrui n'a pas respecté les devoirs de sa profession, laquelle doit être de sauvegarder la vie et la santé et non de les détruire. En procédant ainsi, « Il a mis de la sorte ses connaissances médicales au service du mal ».

D'ailleurs, même si l'avortement médicalisé est moins risqué car pratiqué par des personnes qualifiées tels les médecins, infirmiers ou sage-femmes vu qu'il est illégal dans pratiquement tous les cas, ces derniers opèrent clandestinement dans des conditions qui compromettent parfois la sûreté de la procédure. En effet, les cas des avortements perpétrés par les professionnels de la santé sont très fréquents en jurisprudence et sont punis sévèrement conformément à la loi.

C'est ainsi que la chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar statuant contre la décision du tribunal correctionnel de Thiès qui avait condamné le prévenu papa Meissa Thioye, infirmier de son état à un an d'emprisonnement ferme pour avoir procuré l'avortement à une jeune fille, a réformé le jugement en ce qui concerne la peine et la ramène à six mois mais prononce corollairement une amende de trente mille francs et une interdiction d'exercer pendant cinq ans les activités d'infirmiers à son encontre. (Voir annexe n°20).

Dans une autre décision, la même Cour d'Appel a confirmé en toutes ces dispositions la décision du tribunal correctionnel de Dakar qui avait retenu contre le prévenu A. Diop infirmier à son état, reconnu coupable du chef de procuration d'avortement, une peine d'emprisonnement de six mois avec une suspension pendant cinq (5) ans de sa profession. (Voir annexe n°21).

L'analyse juridique de ces différentes décisions montre que les juges font preuve d'une certaine légèreté en ce qui concerne la peine d'emprisonnement mais prononce à chaque fois la peine de suspension de l'exercice de la profession prévue à l'alinéa 5 de l'article 305 du code pénal.

Dans une autre décision, le juge du tribunal hors classe de Dakar a condamné le prévenu Ibra Diouf, agent de santé, à 02 ans d'emprisonnement dont six mois ferme pour les chefs de procuration d'avortement et d'exercice illégal de la médecine, sans être titulaire d'un diplôme en ce sens ou d'une autorisation administrative ; de s'être immixé dans des fonctions publiques. Ici, le juge a prononcé le sursis⁶⁰ ; or l'art 305 alinéa 5⁶¹ semble interdire l'octroi d'un sursis lorsque l'avortement est perpétré par un agent de santé. (Voir annexe n°1).

Par ailleurs, constat a été fait que la plupart des avortements sont fait par absorption de médicaments pharmaceutiques. Ainsi donc, les pharmaciens occupent une place importante dans la commission des faits d'avortements. Leur rôle n'est pas à négliger. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur en citant les professionnels de la santé les place au centre.

Une décision du tribunal de Grande instance de Tambacounda fait état d'un cas similaire où un aide pharmacien qui moyennant la somme de 20.000 francs a accepté de livrer dix comprimés dénommés « SEARLE 1421 » destinés à procurer un avortement. Selon toujours les faits de ce jugement, « Les gendarmes se sont transportées à la pharmacie du docteur Badiane pour connaître les caractéristiques du comprimé « SEARLE 1421 » et il leur a été révélé que ce comprimé très nocif est extrêmement efficace pour procurer l'avortement dans de délais très courts ; ». C'est ainsi que le juge a condamné le pharmacien à une peine d'emprisonnement de six mois ferme et à 50.000 francs d'amende. (Voir annexe n°15).

De ce fait, l'absorption des médicaments considérée comme la méthode la plus discrète pour procurer un avortement est la plus fréquente.

Par ailleurs, la tentative et la complicité sont également punissables en matière d'avortement, et cela dans les conditions du droit commun.

⁶⁰ Article 704 du CPP « sauf disposition législative contraire, en cas de condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende, si le condamné n'a pas fait l'objet de condamnation antérieure à l'emprisonnement pour crime ou délit de droit commun, les cours et tribunaux peuvent ordonner, par le même jugement et par décision motivée, qu'il sera sursis à l'exécution de la peine principale ».

⁶¹ L'article 305 alinéa 7 du CP « il ne pourra être prononcé le sursis à l'exécution de la peine lorsque le coupable sera l'une des personnes énoncées à l'alinéa 4 ». En effet les personnes visées à l'alinéa 4 sont les médecins, les pharmaciens et toute personne exerçant une profession médicale, paramédicale etc.

PARAGRAPHE II : LA REPRESSION DE LA TENTATIVE ET DE LA COMPLICITÉ

L'efficacité textuelle de la réponse pénale face au délit d'avortement se justifie par la sanction de la tentative et de la complicité. Selon le Code pénal, la tentative d'avortement est punissable et le complice du délit d'avortement est puni des mêmes peines que les auteurs mêmes du délit. La jurisprudence rendue à la matière sanctionne elle aussi la tentative **(A)** ainsi que le complice **(B)**, mais pas toujours conformément aux peines prévues par la loi.

A. LA SANCTION DE LA TENTATIVE

La tentative d'avortement est punie car elle est expressément prévue par la loi⁶². Il résulte ainsi de l'article 2 du CP que la personne qui a tenté de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit est considéré comme auteur de l'infraction. En effet, cela signifie que l'auteur d'une tentative encourt les mêmes peines que l'auteur d'une infraction consommée. Néanmoins, force est de reconnaître que les juges ont tendance à prononcer des peines moins sévères lorsque l'infraction n'a été que tentée est que le résultat n'a pas été atteint.

De prime abord, il faut souligner que les cas de tentatives d'avortement sont très rares en jurisprudence. En effet, malgré les efforts de recherches menées au sein des quelques juridictions du Sénégal⁶³, nous n'avons pu relever que trois décisions qui traitent de ce cas particulier de la tentative d'avortement. Ainsi, l'analyse de ces différentes décisions ont permis de constater que les juges répriment la tentative comme le délit lui-même dès lors que les conditions prévues par le droit commun sont réunies⁶⁴. C'est ainsi que dans sa décision du 08 octobre 2003, Ministère Public et K. Diarra contre M. Camara, le Tribunal Hors Class Séant de Dakar a condamné le prévenu reconnu coupable d'une tentative d'avortement clandestin à trois mois d'emprisonnement ferme. En effet, selon l'attendu de ce jugement, « il résulte du dossier et des débats la preuve contre Mohammed Camara d'avoir à Dakar (...), tenté de commettre un avortement laquelle tentative manifestée par un commencement d'exécution, n'a manqué son effet que par des

⁶² Article 305 alinéa 1 « Quiconque qui aura procuré ou tenté de procurer (...).

⁶³ Palais de justice de Dakar, tribunal de grande instance et la Cour d'Appel de Saint louis et Tribunal Grande Instance de Louga.

⁶⁴ Lesquelles sont : le commencement d'exécution et l'absence de désistement volontaire. ⁷⁶ Décision numéro 5609 du 08 octobre 2003 voir annexe n°22.

circonstances indépendantes de sa volonté »⁶⁵. En outre, dans une autre décision, la Cour d'Appel de Dakar, statuant contre la décision du Tribunal correctionnel de Dakar qui avait condamné un prévenu reconnu coupable d'une tentative d'avortement à six mois d'emprisonnement ferme à réformer la peine en retenant trois mois d'emprisonnement ferme. En effet, dans cette décision, le juge d'Appel a fait bénéficier le prévenu des circonstances atténuantes car selon les faits, le prévenu pour procéder à l'avortement avait usé d'un appareil non approprié pour occasionner la perte de la grossesse⁶⁵.

En outre, la troisième décision relevée en matière de tentative d'avortement est rendue par la même Cour d'Appel. En effet, statuant contre la décision du TGI de Dakar qui avait condamné le prévenu reconnu coupable d'une tentative d'avortement sur une mineure à six mois d'emprisonnement ferme elle a confirmé le jugement entrepris en toutes ces dispositions⁶⁶. Dans cette décision, le père de la jeune fille s'est constitué partie civile⁶⁷ et est reçu comme telle par le juge dans les conditions de l'article 02 alinéas 01 du CPP⁶⁸. Force est de reconnaître que la constitution de parties civiles est très rare en jurisprudence pour des faits d'avortement. Cet état de fait peut-être dû au fait que le plus souvent, la femme porteuse de la grossesse donne son consentement dans la commission des faits d'avortement. De ce point de vue, elle est considérée comme auteur ou coauteur de ce délit. Donc, le délit d'avortement peut se commettre sans victime par voie de conséquence, il n'y aura pas de partie civile.

En outre, dans cette décision, nous avons constaté la prise en compte de la minorité. En effet, il résulte des faits que la jeune fille a consenti à faire usage de breuvage concocté par le prévenu. Donc, en application de l'article 305 du code pénal, elle est coauteur des faits reprochés au prévenu mais n'a pas été reconnu comme tel par le juge. Néanmoins cette indulgence du juge peut être due au fait que la jeune fille est victime en même temps d'un détournement de mineur ; délit qui est retenu contre le prévenu.

Par ailleurs, l'analyse juridique de ces trois décisions ont permis de constater qu'il y a un dédoublement qui atteint la notion de la tentative lorsqu'elle est appliquée aux faits d'avortement. Ainsi, d'une part, il y a tentative punissable quand les manœuvres

⁶⁵ Arrêt n°13 du 27 janvier 2003 voir annexe n°23.

⁶⁶ Arrêt n°585 du 21 avril 2015 voir annexe n°24.s.

⁶⁷ Une partie civile est une personne qui demande au juge chargé de la répression d'une infraction la réparation du préjudice que cette infraction lui a causé.

⁶⁸ Article 2 alinéa 01 du CPP « l'action civile en réparation de dommage causé par toute infraction appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ».

effectivement pratiquées n'aboutissent pas au résultat désiré. Donc, ici le juge retient la culpabilité de l'agent pénal malgré l'impossibilité tenant à l'objet. (Voir annexe n°23). D'autre part, il y a encore tentative punissable quand les manœuvres effectivement délictueuses, sur le point d'être pratiquées, mais non encore commencées, sont rendues impossibles par une circonstance indépendante de la volonté de l'agent. (Voir annexe n°22).

Par ailleurs, la jurisprudence a aussi tendance à réprimer la complicité d'avortement conformément à la loi.

B. LA SANCTION DU COMPLICE

Selon les dispositions de l'article 45 du CP « les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs même de ce crime ou délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement ». Dans ce même ordre d'idées, l'article 46 du même code intervient pour donner les différentes formes de complicité. Ainsi, les alinéas 02 et 03 de cette disposition disposent respectivement, seront punis comme complice d'une action qualifiée crime ou délit « ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action sachant qu'ils devraient y servir ». « Ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront préparé ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée (...). Dès lors, deux séries de conditions doivent être remplies pour que la complicité soit punissable. D'une part, il faut un fait principal punissable⁶⁹ et d'autre part une participation intentionnelle⁸² du complice à l'acte délictueux. En effet, le complice est la personne qui fournit une aide ou une assistance facilitant la préparation ou la consommation du délit mais aussi celui qui par don, menace, promesse donne des instructions pour commettre une infraction.

C'est dans ce contexte que les juges qui statuent les affaires d'avortements répriment la complicité d'avortement conformément aux conditions prévues par le droit commun.

Dès lors, en combinant les articles 45, 46, et 305 du code pénal, seront coupables de complicité d'avortement tous ceux qui, par fourniture de moyens ou avec connaissance,

⁶⁹ Le fait principal punissable dont l'individu se rend complice doit tomber sous le coup de la loi pénale c'est à dire qu'il doit s'agir d'une infraction. Il doit simplement être « punissable » et non pas forcément « puni » car l'auteur principal peut ne pas être puni, soit parce qu'il est introuvable, soit parce qu'il est mort.

⁸² La complicité doit résulter d'un acte de commission. Une omission ne peut caractériser la complicité. Le simple « spectateur » d'une infraction qui n'est pas intervenu pour empêcher n'est pas complice. Aussi, le complice doit être conscient qu'il aide à la commission d'une infraction pénale.

auront aidé ou assisté le ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront préparé ou facilité ou dans ceux qui l'auront consommé l'avortement d'une femme enceinte. De ce point de vue, l'analyse des quelques décisions qui font état de complicité d'avortement, nous ont permis de constater que les juges répriment la complicité par aide ou assistance en connaissance de cause, et la complicité par fourniture en connaissances de cause de moyen pouvant procurer l'avortement. En effet, l'élément intentionnel est ici très important. Il faut que l'aide et l'assistance aient été apportés par le complice en connaissances de cause ou que le complice fournisse les moyens dans le but de l'aider à se procurer l'avortement. En effet, les actes accomplis par le complice prennent une qualification pénale par référence à l'infraction commise par l'auteur. Ainsi, « il tombe sous le coup des mêmes qualifications que l'auteur, et encourt les mêmes peines ». Néanmoins, il faut préciser que la tentative de complicité n'existe pas même si on peut être complice d'une tentative d'infraction.

De prime abord, il importe de souligner que les cas de complicité d'avortement sont très fréquents en jurisprudence. Autrement dit, il est rare qu'il y ait interruption volontaire de grossesse sans complice. Parmi les nombreuses décisions analysées et annexées au document, moins sont celles où les faits sont commis sans complicité. En principe il est presque impossible d'avoir une interruption volontaire de grossesse sans complice. Dans la plupart des cas, la femme est aidée soit par ses amies, membres de sa famille ou même l'auteur de la grossesse qu'elle souhaite interrompre. Ces derniers, soit par indication de personnes réputées par la rumeur publique avorteuses soit par fournitures des moyens surtout les médicaments présumé abortifs, se rendent coupables d'une complicité des faits d'avortement et tombent sous le coup de la loi pénale si de tels faits font l'objet de poursuites judiciaires.

C'est ainsi que le Tribunal Régional Hors Classe Séant de Dakar a condamné la prévenue reconnu coupable de complicité d'avortement à six mois d'emprisonnement ferme, la même peine a été prononcée contre l'auteur principal. (Voir annexe n°08). En effet, la décision ne précise pas avec exactitude en quoi a consisté les faits de complicité d'avortement de ce fait elle ne prête pas à analyse. Selon son attendu, il est résulté des débats et du dossier que la prévenue a aidé ou assisté l'auteur dans la commission des faits d'avortements.

Toujours dans le traitement de complicité d'avortement et par une application bienveillante de la loi, le TGI de Dakar a condamné deux prévenus reconnus coupables

des faits de complicité d'avortement à six mois d'emprisonnement dont un mois de sursis au même titre que la femme qui s'est procurer l'avortement, laquelle ils sont aidé ou assisté.(Voir annexe n°11).

Dans le même contexte, le Tribunal de Grande Instance de Tambacounda a condamné trois prévenus reconnus coupable des faits de complicité d'avortement à une peine d'emprisonnement de six mois ferme chacun et d'une amende de 50.000 francs ferme. En effet, dans cette décision les faits de complicité ont consisté d'abord pour le premier à donner à l'auteur principal le nom d'un aide pharmacien qui s'adonnait à des avortements d'après une rumeur publique. Donc, « ce renseignement donné a permis à l'auteur de chercher le numéro de l'avorteur présumé et de le contacter pour qu'il mette fin à la grossesse indésirable de sa petite amie ».il va sans dire que c'est une complicité par aide ou assistance en connaissance de cause. Ensuite pour le second d'avoir remis à l'auteur « dix comprimés SEARLE 1421 moyennant la somme de 20.000 francs et lui a indiqué la posologie et le mode d'emploi qu'il fallait suivre pour faire avorter sa copine ». Donc ce dernier est coupable de complicité par fourniture en connaissance de cause de moyen pouvant procurer l'avortement et enfin pour le troisième d'avoir fourni les comprimés en question destiner à procurer un avortement au second complice. En plus, le juge a prononcé une peine complémentaire de suspension de l'exercice des fonctions contre les deux derniers complice qui sont respectivement aide pharmacien et aide infirmier conformément à l'article 305 alinéa 5 du CP. (Voir annexe n°15).

Par ailleurs, constat a été fait que dans certains cas le juge a tendance à prononcer contre le complice des peines plus sévères que celles retenues contre l'auteur principal, alors que selon les dispositions de l'article 46 du CP, les complices d'un crime ou d'un délit seront punies des mêmes peines que les auteurs mêmes de ce crime ou délit. A titre illustratif de cet état de fait on peut faire appel à la décision rendue par Tribunal de Grande Instance Hors Classe Séant à Dakar entre le Ministère public et deux prévenues. En effet, dans cette décision, le juge a prononcé contre le complice une peine d'emprisonnement d'un an ferme, et contre l'auteur principal une peine d'emprisonnement de six mois. De plus, la décision ne fait état d'aucune circonstance aggravante qui frappait le complice. Toujours dans la perspective d'illustrer la tendance des juges à réprimer le complice des peines plus sévères que celles prononcées contre l'auteur principal nous pouvons invoquer la décision de la Cour d'Appel de Dakar statuant contre une décision rendue par le Tribunal Correctionnel de Diourbel. En effet, dans cette décision, le juge a retenu contre le prévenu reconnu coupable des faits de complicité d'avortement pour avoir « payer les frais de l'opération à la femme », à une peine d'emprisonnement de 02 ans dont

1 an ferme, alors que l'auteur principal qui a procurer l'avortement à la jeune fille est condamnée à une peine d'emprisonnement de deux mois ferme. La peine du complice est ici⁷⁰ beaucoup plus sévère que celle retenue contre l'auteur principal.

De plus nous avons constaté une prise en compte de la minorité, car bien qu'ayant consenti à l'opération, la jeune fille n'a pas été condamnée pour ce chef par le juge. (Voir annexe n°26). Cette prise en compte de la minorité a aussi était notée dans une décision rendue par la Cour d'Appel de Dakar. En effet, le prévenu est reconnu coupable de détournement de mineure et une tentative d'avortement sur une mineure de moins de dixhuit ans. De ce fait le juge le condamne à six mois d'emprisonnement ferme. Mais, il résulte des faits que la décision d'interrompre la grossesse avait été consentie par la jeune fille. Selon les faits, « de cette relation, elle s'en est tirée avec une grossesse qu'ils sont tentés de faire disparaître par l'administration de potion à base de graines trempées que le prévenu lui a remis » mais le juge ne la déclare pas coupable du chef d'avortement sur soi-même. On constate alors une certaine subjectivité du juge dans le traitement de ce délit vis-à-vis de la femme qui s'est procuré l'avortement. (Voir annexe n°29). Cependant, il va sans dire que, même si la responsabilité de l'auteur principal n'est pas retenue, le complice peut malgré tout rester responsable pénalement de ces actes.

Autrement dit, dans les faits d'avortements, l'auteur du délit peut être déclaré irresponsable et ne pas être condamné, tandis que son complice lui est condamnée.

Par ailleurs, il importe de souligner que dans les faits d'avortement il est souvent difficile de distinguer le complice et le coauteur. Mais selon la jurisprudence notamment française, « l'intention du complice est de faire commettre l'infraction par une autre personne tandis que le coauteur s'implique pleinement dans l'infraction. De ce point de vu, celui qui fournit des médicaments en vue de procurer l'avortement à une femme doit-il être considéré comme complice ou coauteur ? Cette question mérite d'être posée d'autant plus que les médicaments en question sont directement destinés à commettre l'infraction. Donc, la personne en question est-elle complice par fourniture de moyens ou est-elle coupable du délit d'avortement par procuration ?

Après avoir présenté le traitement jurisprudentiel du délit d'avortement, nous allons voir qu'il y a une efficacité relative de la sanction jurisprudentielle.

⁷⁰ C'est donc en violation des dispositions de l'article 46 du CP qui voudrait que les complices soient punies des mêmes peines que les auteurs principales.

SECTION II : UNE EFFICACITE RELATIVE DE LA SANCTION JURISPRUDENTIELLE DU DELIT D'AVORTEMENT

Cette efficacité relative de la sanction jurisprudentielle se manifeste tout d'abord par un non-respect par les juges du minimum de la peine fixée par la loi (**para 1**), mais aussi par une rareté de la peine d'amende et de constitution de partie civile (**para 2**).

PARAGRAPHE I. UN NON-RESPECT PAR LES JUGES DU MINIMUM DE LA PEINE FIXE PAR LA LOI

Les peines d'emprisonnement pour le délit d'avortement sont clairement fixées dans les dispositions qui comportent les incriminations. Elles varient de six mois à deux ans pour la femme qui se sera procurée ou tentée de procurer l'avortement à elle-même ou qui fera usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, et d'un an à cinq ans pour autrui qui pratique l'avortement sur la femme. Néanmoins, constat a été fait qu'il y a une fréquence des peines d'emprisonnement d'un à trois mois (**A**). En effet, les juges descendent très en dessous du minimum de la peine et sans justifier de l'existence des circonstances atténuantes (**B**).

A. LA FREQUENCE DES PEINES D'EMPRISONNEMENT D'UN A TROIS MOIS

Décision numéro une : Ministère Public contre Ibra Diouf et Fatou Gueye

Selon le premier attendu de cette décision, il est résulté des débats la preuve que la prévenue a fait usage d'aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, et s'est procuré l'avortement. Le juge retient la peine d'emprisonnement d'un mois ferme.

Décision numéro : 2 Ministre Public contre Amedou oro Bah

Selon le premier attendu de cette décision, « il résulte du dossier et des débats la preuve contre Amedou yoro Bah d'avoir (...) fait usage de médicaments et dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, provoqué son avortement alors qu'elle était enceinte.

Qu'il échet de la déclarer coupable et de la condamner à trois mois d'emprisonnement ferme ».

Décision n°3 : Ministère Public contre Arame Biteye et Mamadou Diarra

« Attendu qu'il résulte du dossier et des débats, la preuve contre Arame Biteye d'avoir consenti à faire usage des médicaments et dans les mêmes circonstances de temps et de lieu provoqué son avortement alors qu'elle était en état de grossesse ; qu'il eût de la déclarer coupable et de la condamner à une peine d'emprisonnement d'un mois ferme ».

Décision n°4 : Ministère Public contre Arame Biteye et Mamadou Diarra

La chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar statuant en appel contre la décision du tribunal de grande instance de Dakar qui avait condamné la prévenue à une peine d'emprisonnement d'un mois pour s'être procurée l'avortement à elle-même par absorption de médicaments à elle indiqués, a confirmé la décision en toutes ces dispositions.

Décision numéro 5 : Ministère public contre Coumba Cissé et Ndeye Seye

« Attendu que la prévenue Coumba Cissé comparait sous la prévention de s'être à Saint Louis procuré l'avortement ;

Attendu que la matérialité des faits ne souffre aucun doute, il eût de la déclarer coupable et de la condamner à un mois d'emprisonnement ».

Décision numéro 6 : Ministère public contre Fatima Large et autres

« Attendu que suivant procès-verbal d'interrogatoire de flagrant délit N°28 du 12 juin 2016, la prévenue comparé pour avoir à Dakar courant 2016, en tout cas avant la prescription de l'action public procurée l'avortement à elle-même ou avoir consenti à faire usage des moyens à elle indiqué ou administré ;

Attendu que les faits reprochés à cette dernière sont établis, qu'il eût de l'en déclarer coupable et la condamner à une peine d'emprisonnement de trois mois assortis de sursis ».

L'analyse des décisions présentées et annexées au document ont permis de constater que les juges ont tendance à prononcer des peines inférieures au minimum fixé par la loi.

Pourtant dans les décisions, ces derniers ne mentionnent nullement l'existence de circonstances atténuantes.

En effet, les magistrats ont le droit d'arbitrer les peines c'est-à-dire de choisir dans chaque affaire la sanction la plus adaptée aux exigences du cas. Ainsi, ils doivent évaluer cas par cas la gravité des faits et la culpabilité précise de leur auteur. De ce fait, le juge est libre dans la détermination de la peine mais aussi de façon plus large dans le choix de la sanction⁷¹. Donc, la fixation de la peine en cas de condamnation est une question de fait laissée au pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond. Ces derniers appliquent la peine prévue par la loi en tenant compte de la personnalité du délinquant et des circonstances de cause. En effet « l'auteur d'une infraction se voit infliger une peine qui doit être proportionnelle, non seulement à la gravité de l'acte punissable et des circonstances qui l'entourent, mais aussi du degré de la responsabilité morale de son auteur »⁷². Néanmoins, il existe une fourchette des maximums et de minimums légaux des peines sur lesquelles s'appuie le juge pour prononcer la peine, même si des circonstances atténuantes permettent de descendre en dessous du minimum. Ainsi, selon l'article 433 du code pénal, sauf disposition contraire de la loi, les peines prononcées contre les prévenus reconnus coupables en faveur de qui il a été déclaré exister des circonstances atténuantes peuvent être modifiées toujours dans les dispositions de la loi. Ces circonstances atténuantes ne sont pas définies par le législateur, donc le juge à un pouvoir d'appréciation souverain qui lui permet d'abaisser la peine en tenant compte de certaines considérations. En effet donc, on peut dire que les peines prévues par le législateur pour chaque infraction ne sont qu'à titre indicatif et sont fixés dans un souci de se conformer au principe sacro-saint de la légalité des peines.

Le Code pénal, en son article 305, réprime d'abord l'avortement commis par autrui sur la femme d'une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20.000 à 100.000 francs, ensuite l'avortement sur soi-même d'une peine d'emprisonnement de six mois à deux ans et une amende de 20.000 à 100.000 francs. Les professionnels de la santé et personnes assimilées en plus de ces peines sont frappés de la suspension pendant cinq ans au moins ou l'incapacité absolue d'exercer leurs professions. En effet, ces peines fixées au préalable dans l'incrimination ne s'appliquent pas de manière automatique si

⁷¹ Le juge peut prononcer une mesure de sureté. C'est ainsi que le TRT qui avait déclaré coupable une mineure de 14 ans qui avait consenti à faire usage des moyens abortifs, mais l'a confié à sa mère sous le régime de la liberté surveillée de L'A.E.M.O (Action Education en Milieu Ouvert).

⁷² CH. DIAKHOUMPA, *Traité théorique et pratique de procédure pénale*, tome II : *La phase décisive du procès pénal*, p.156.

l'infraction venait de se commettre. Le juge peut ainsi descendre au-dessous du minimum mais encore faudrait-il justifier de l'existence de circonstances atténuantes. Ce qui d'ailleurs n'est pas le cas dans plusieurs décisions.

B. ABSENCE DE CIRCONSTANCES ATTENUANTES

Constat a été fait que dans de nombreuses décisions, le juge descend en dessous du minimum mais ne fait point état de l'existence des circonstances atténuantes dont bénéficie le prévenu reconnu coupable des faits d'avortement. Un tel état de fait a été constaté dans la décision rendue par le TGI de Dakar en date du 11 mai 2016. En effet, reconnu coupable de s'être procuré l'avortement, la jeune femme a été condamnée à 1 mois d'emprisonnement ferme. (Voir annexe n°1). Dans une autre décision, la chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Dakar a confirmé le jugement du TCD qui avait condamné les prévenus reconnus coupables pour la première de s'être procurée l'avortement et pour le second, de procurer l'avortement à autrui respectivement à des peines d'emprisonnement d'un mois ferme et de deux mois fermes. (Voir annexe n°4).

C'est encore le cas de la décision rendue par le TRHD en date du 08 janvier 2007. (Voir annexe n°3). On peut encore multiplier les exemples des décisions où le juge prononce des peines sans se conformer au minimum légal et sans se retrouver dans les dispositions de l'article 433 du code pénal. (Voir les annexes n°2 et 3). La seule décision qui fait état de l'existence de circonstances atténuantes est rendue en matière de tentative d'avortement. Dans cette décision, le prévenu « reconnaît les faits mais soutient qu'il simulait simplement l'avortement avec un appareil qui n'est pas approprié », de ce fait, le juge lui fait bénéficier des circonstances atténuantes et le condamne à une peine d'emprisonnement de trois mois fermes. (Voir annexe n°29).

Au regard de ces jugements, nous pouvons noter que la loi sur l'avortement n'est pas appliquée dans toute sa sévérité par les juges. Ceux-ci font ainsi preuve d'une certaine indulgence surtout lorsque l'avortement est commis par la femme elle-même. Ce nonrespect du minimum de la peine dans la sanction du délit d'avortement surtout par les juges de la première instance justifie les nombreux appels⁷³ incidents du Ministère public qui sont notés dans plusieurs décisions. En effet, dans de nombreux cas où le juge prononce une peine en dessous du minimum légal, le Ministère public n'hésite pas à interjeter appel contre cette décision. Ainsi, lorsque le prévenu lui interjette appel contre

⁷³ L'appel qui est une voie de contestation et de réformation des décisions rendues en premier ressort.

la décision de condamnation, le Ministère public lui souhaite que la sanction initialement prononcée soit aggravée conformément à la loi. (Voir annexe n°4). Mais, c'est sans compter sur les juges d'Appels parce qu'à chaque fois les décisions des premiers juges finissent par être confirmées en toutes leurs dispositions. (Voir annexe n°7). En effet, parmi les décisions analysées, il est très rare de voir un jugement de première instance réformer en appel pour aggraver la peine. Ainsi, la clémence du juge s'avère fréquente dans le traitement du délit d'avortement. Ce qui risque d'enlever à la loi sur l'avortement toute sa rigueur. C'est peut-être parce que les juges ont compris que les sanctions pénales ne dissuadent pas cette pratique dont le nombre est toujours resté stable. Par contre, l'interdit impose la clandestinité et augmente les risques d'une telle intervention au plan médical.

Par ailleurs, cette clémence du juge par rapport à la peine d'emprisonnement cumulée avec la rareté de l'application de la peine d'amende rend la sanction jurisprudentielle relative à l'IVG inefficace.

PARAGRAPHE II : LA RARETE DE LA PEINE D'AMENDE ET DE CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE

L'analyse des décisions de justice, nous a permis de constater une rareté de l'application de la peine d'amende par le juge **(A)** d'une part, mais aussi d'une rareté de constitution de partie civile d'autre part **(B)**.

A. UNE RARETE DE L'APPLICATION DE LA PEINE D'AMENDE PAR LE JUGE

Selon l'article 9 du CP, les peines en matière correctionnelle sont : l'emprisonnement à temps dans un lieu de correction, l'interdiction à temps de certains droits civiques, civils ou de famille et l'amende. En effet, cette dernière sanction est une pénalité pécuniaire qui consiste dans l'obligation de verser au trésor public une somme d'argent prononcée par la juridiction répressive. L'amende peut ainsi être cumulée à une peine d'emprisonnement. C'est dans ce contexte que l'article 305 du code pénal réprime des peines d'amende, l'avortement sur soi-même et l'avortement par autrui. Cette amende est fixée entre 20.000 à 100.000 francs ou 50.000 à 500.000 francs en cas de circonstances aggravantes autrement dit lorsqu'il est établi que le coupable s'est livré habituellement aux faits d'avortement. En outre, le montant de l'amende est fixé par le juge au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité de l'auteur ainsi que ses revenus et

charges. Mais, malgré cette prévision d'une peine d'amende, constat a été fait que le juge le prononce rarement contre les prévenus reconnus coupables des faits d'avortement. Parmi les nombreuses décisions recensées et annexées au document, il n'y a que trois d'entre elles où le juge a prononcé une peine d'amende. En plus, cette peine d'amende n'est prononcée qu'en cas d'avortement par autrui lorsque le coupable est un professionnel de la santé. En effet, dans une décision du 22 mai 2019, le TGI de Tambacounda a prononcé contre deux prévenus reconnus coupables des faits d'avortement dont l'un est un aide infirmier et l'autre un aide pharmacien à une amende de 50.000 francs ferme chacun. (Voir annexe n°15). D'ailleurs, cette application d'une peine d'amende en plus de la peine d'emprisonnement et de mesure de l'interdiction d'exercice de leur profession justifie cette sévérité des juges en vers les professionnels de la santé. Ensuite, dans une autre décision, la Cour d'Appel de Dakar statuant contre la décision du Tribunal correctionnel de Ziguinchor a confirmé la décision quant à la culpabilité mais a réformé la peine et retient contre le prévenu une peine d'amende de 20.000 francs. (Voir annexe n°30). Enfin, la même Cour d'Appel, à l'encontre d'un jugement du tribunal correctionnel de Thiès, a réformé celui-ci quant à la peine statuant à nouveau, elle prononce contre le prévenu en plus de la peine d'emprisonnement, une amende ferme de 30.000 francs. (Voir annexe n°20). En effet, outre ces trois décisions, dans toutes les autres, le juge ne prononce que la peine d'emprisonnement. Cette rareté de la peine d'amende démontre une absence de rigueur dans l'application de la loi sur l'interruption volontaire de la grossesse.

Par ailleurs, outre la rareté de la peine d'amende, nous avons aussi noté une rareté de constitution de partie civile⁷⁴.

B. UNE RARETE DE LA CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE

Aux termes de l'article 02 du CPP « l'action civile en réparation du dommage causé par toute infraction appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». Il ressort de ce texte que l'action civile permet d'obtenir la réparation du préjudice subi par l'infraction mais aussi, seules les personnes qui ont personnellement et directement souffert du dommage peuvent se constituer partie civile. C'est en application de cette disposition qu'une constitution de partie civile d'un oncle d'une jeune fille décédée, suite à un avortement pratiqué sur elle, a été reçue par la

⁷⁴ La constitution de partie civile est une démarche permettant de devenir partie à un procès pénal pour obtenir la réparation du préjudice subi en tant que victime.

chambre correctionnelle de la Cour d' Appel de Dakar. En effet, le juge a condamné l'auteur des faits à lui verser la somme de 1.000.000 de francs CFA. Selon le juge d'Appel, cette somme « allouée à la partie civile est largement justifiée eu égard aux factures d'hospitalisation, ordonnances et autres pièces justificatives versées au débats ; ». (Voir annexe n°16). En outre, une autre constitution de partie civile a été reçue par le tribunal correctionnel de Ziguinchor qui a condamné les deux prévenues reconnues coupable d'un avortement aggravé et homicide involontaire et complicité de ces faits solidairement à verser à la partie civile la somme de 4.000.000 francs de dommageintérêts.(Voir annexe n°30). Au-delà de ces deux décisions, aucune autre constitution de partie civile n'a été notée dans le traitement du délit d'avortement par le juge. Cet état de fait peut se justifier par le fait que le plus souvent l'avortement est commis avec consentement de la femme. Dès lors, il est très difficile d'avoir une victime surtout lorsque la femme est majeure.

CONCLUSION

L'étude de la jurisprudence rendue en matière du délit d'avortement au Sénégal fait remarquer de prime abord que la pénalisation de l'IVG n'a jamais fait cesser ou reculer sa pratique. En d'autres termes, son incrimination par le code pénal ne dissuade nullement les personnes qui s'adonnent à cet acte. En effet, les nombreuses décisions dépouillées au sein des différentes juridictions des régions prouvent sa pratique récurrente. A cela s'ajoute le nombre alarmant des avortements clandestins non découverts par les autorités judiciaires. De ce point de vue, on peut dire sans risque de nous tromper que les sanctions pénales n'ont jamais dissuadé le recours à l'IVG. En revanche, son interdiction impose la clandestinité et augmente les risques d'une telle intervention sur le plan médical.

En outre, l'analyse des décisions de justice a permis de constater quelques difficultés ou manquements dans le traitement du délit d'avortement par le juge. En effet, dans plusieurs décisions, le juge ne précise pas la nature de la substance ayant occasionné la perte de la grossesse alors que celle-ci constitue la preuve péremptoire de l'infraction. De surcroît, nombres de décisions n'ont pas fait l'objet de motivation. Par conséquent, elles ne peuvent prêter à l'analyse. C'est, en effet, cette motivation qui allait permettre d'apprécier les arguments de fait et de droit qui ont permis au juge de retenir telle ou telle autre qualification. Cette dernière qui a pour objet non seulement d'apprécier le caractère répréhensible des faits mais également de déterminer le régime juridique qui leur est applicable. En plus, toujours dans la phase de qualification des faits d'avortement, nous avons remarqué que les juges sont confrontés souvent à des problèmes de concours de qualification. En effet, la dangerosité des moyens employés pour pratiquer l'avortement conduit souvent à la mort de la femme ; or, la conséquence mortelle de l'avortement n'est pas envisagée par l'article 305 du code pénal. Cet état de fait oblige le juge à retenir tantôt la qualification d'avortement et coups mortels tantôt la qualification d'homicide involontaire d'avortement.

En outre, l'analyse des décisions a permis aussi d'avoir une idée sur comment les cas d'avortements parviennent aux oreilles des autorités judiciaires, étant entendu qu'il demeure un acte strictement privé et clandestin. En effet, la dénonciation par le personnel de la santé notamment les médecins et les sages-femmes, et la rumeur publique constituent les moyens les plus fréquents. Néanmoins, il a été constaté que l'aide apportée à la justice provienne aussi souvent de l'entourage social même des acteurs d'un avortement.

Aussi, il importe de souligner que le régime répressif du délit d'avortement du point de vue textuel est efficace. En effet, l'assimilation de l'infraction tentée à l'infraction commise en ce qui concerne l'ensemble des réponses pénales à savoir les peines et la complicité s'inscrit dans un mouvement de renforcement de la répression. Néanmoins, dans l'analyse des décisions rendues en matière d'avortement, constat a été fait que le juge a tendance à prononcer des peines beaucoup moins sévères que le minimum prévu par la loi. C'est d'ailleurs ce qui nous conduit à dire que l'efficacité de la répression jurisprudentielle de l'avortement est relative.

En outre, l'immersion dans l'univers de l'avortement nous a fait remarquer que le sujet reste encore très sensible et tabou au Sénégal. Ainsi, pour des raisons sociales, ils n'existent pas de discussions publiques profondes sur la question.

Par ailleurs, nos recherches dans les différentes juridictions du Sénégal n'ont pas permis de dépouiller des cas d'avortement pour cause de viol ou d'inceste. Donc, nous pouvons affirmer qu'il y a une rareté en jurisprudence des avortements pour cause d'abus sexuel. Or, c'est dans ces deux derniers cas que le protocole de Maputo recommande aux Etats signataires d'autoriser l'avortement. En effet, pour le cas qui porte sur la santé de la mère le problème ne se pose pas.

Ainsi, la crainte de transgresser les interdits religieux ont conduit jusqu'à présent les acteurs en faveur de la réforme pour un avortement médicalisé à limiter leur plaidoyer aux cas envisagés dans le Protocole de Maputo. De notre point de vue, sur la nécessité d'adopter une loi favorable à l'avortement médicalisé en cas de viol ou inceste suivi de grossesse, nous estimons que son application dans la pratique va rencontrer des difficultés. En effet, derrière ces deux situations particulières (viol ou inceste suivi de grossesse), il y a toujours une infraction et c'est à la justice de constater celle-ci.

Autrement dit, lorsque qu'un abus sexuel est présumé avoir été commis, c'est à la justice de dire que de tels faits constituent un viol ou un inceste. Donc, il faut une décision de justice pour prouver les faits de viol ou d'inceste. Or, les preuves des violences sexuelles étant généralement difficiles à rapporter, en tout état de cause, la justice ne peut pas, toute procédure confondue, statuer dans les délais normaux pour pratiquer l'avortement. De ce point de vue, l'intérêt n'est pas seulement d'adopter une loi favorable à l'avortement médicalisé en cas d'abus sexuel suivi de grossesse mais il faut au préalable apprécier son applicabilité dans la pratique. C'est dire qu'une loi favorable à l'avortement médicalisé

en cas d'abus sexuel suivi de grossesse aura toujours des difficultés à être appliquée car les délais des procédures judiciaires ne cadrent pas avec ceux de l'avortement.

Il faut faire remarquer en outre que l'avortement non sécurisé représente un défi national qui entraîne chaque année le décès de plusieurs femmes. C'est pourquoi, il constitue un problème réel de santé publique qui doit mobiliser les efforts de toutes les parties prenantes.

Nos recherches ont aussi permis de noter qu'au Sénégal, des groupes religieux conservateurs opposent des objections morales et religieuses particulièrement vigoureuses à l'avortement et constituent un obstacle majeur à la libéralisation de la législation. Malgré les efforts de lutte des organisations de femme et des membres de la société civile, la question sur la légalisation de l'avortement dans les termes du protocole de Maputo, est restée toujours à l'état.

Néanmoins, l'Etat du Sénégal doit lever les contradictions qui existent entre le dit protocole sur les droits des femmes en Afrique afin de d'honorer ses engagements internationaux sur le droit à l'avortement.

Cependant, à défaut d'une législation favorable à l'avortement médicalisé en cas d'abus sexuel, nous préconisons un renforcement de la répression de la législation sur le viol et l'inceste.

En effet, il faut que l'Etat pose une véritable politique criminelle avec plus de sévérité envers les auteurs de ces crimes afin de les dissuader à s'adonner à de tels comportements. Ces violences sexuelles sont de plus en plus récurrentes au Sénégal. De plus en plus, nous nous rendons compte de la réalité selon laquelle les cas de viol et d'inceste, comme faits divers, occupent une bonne place dans les quotidiens sénégalais malgré leur incrimination par le code pénal.

Par ailleurs, toujours aux termes des propositions de solutions en vue de régler la problématique des avortements, nous préconisons une sensibilisation des jeunes filles et femmes sur les inconvénients des avortements clandestins et en les encourageant à la pratique du planning familial pour éviter les grossesses non désirées. Il faut également inciter les jeunes filles à contrôler leur sexualité par l'abstinence. Aussi, inciter les femmes à pratiquer la méthode contraceptive. Ainsi, à travers la technique contraceptive, les femmes acquièrent en théorie la possibilité de contrôler la fonction reproductive de

leurs corps. C'est pourquoi, elle peut être une solution efficace pour réduire le nombre des IVG. Cependant, l'Etat, les associations de femmes, les organisations de la société civile, doivent renforcer les actions pour l'utilisation de la méthode contraceptive.

L'Etat doit aussi promouvoir l'éducation des filles car constat a été fait que la plupart des cas d'infanticides et des avortements clandestins proviennent en général des milieux défavorisés. Ce sont en effet les femmes analphabètes, issues de milieux pauvres, n'ayant pas accès à la bonne éducation préventive qui s'adonnent à ces pratiques. Donc, la scolarisation, l'éducation, l'amélioration des conditions de vies des femmes et filles constituent des facteurs déterminants pouvant contribuer à faire évoluer la situation et à faire accepter à la société toute entière les bienfaits du planning familial. Enfin, nous préconisons aussi la création par l'Etat des centres d'accueils et de suivis pour suivre les femmes qui ont subi des abus sexuels suivis de grossesses et pour ensuite récupérer les enfants issus de ses unions et les placer sous la tutelle de l'Etat.

BIBLIOGRAPHIE

Les ouvrages généraux

BECCARIA CESARE, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991, 187 pages.

DESPORTES FREDERIC, FRANCIS LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16^e édition, Economica, 2009, 1248 pages.

DIAKHOUMPA CHEIKH, *Traité théorique et pratique de procédure pénale*, Tome II : *La phase décisive du procès pénal*, 1^e édition, presses Universitaires du Sahel, 2014, 405 pages.

PRADEL JEAN, *Droit pénal général*, CUJAS 21^e édition, Paris 2016, 781pages

PRADEL JEAN, JUAN DANTI MICHEL, *Droit pénal spécial*, cuzas 6^{ème} édition, 788 pages.

GUINCHAR SERGE, BUISSON JACQUE, *Procédure pénale*, 10^e édition, 1510 pages.

VALERIE MALABAT, *Droit pénal spécial*, 5^{ème} édition DALLOZ 2011, 565 pages.

Les ouvrages spéciaux

CORRINE RENAULT, BRAHINSKY, *Droit de la contraception et de l'interruption de grossesse*, guarlino Paris, 1998, 113 pages.

DOURLIN ROLLIER, ANNE MARIE, *L'avortement autorisé ou défendu*, Bouchet/Chastel Paris 1965, 191 pages.

VILLERS STEPHANIE, *L'avortement et la justice, une répression illusoire*, Presses Universitaires de Louvain, 2009, 268 pages, disponible en ligne sur <http://www.openedition.org/6540>.

Thèse

QUEDRAGO RAMATOU, « *l'avortement, ses pratiques et soins* » *une anthropologie des jeunes au prisme des normes sociales et des politiques publiques de santé au Burkina Faso*, thèse, Université de Bordeaux, 05 mars 2015, 437 pages.

Les articles de doctrine

BOURCIER DANIELE, « Du judiciaire au juridique : un procès d'avortement dans les revues de jurisprudence », 1979, *Revue Persée*, pp 51-65.

NDIAYE LAMINE, « Avortement clandestin et culture négro-africaines. La femme Sénégalaise face à la pratique abortive », *Ethiopique* n°87 Littérature, philosophie et art 2ème semestre 2011 disponible sur <http://ethiopiennes.refer.sn>.

NIANG BABACAR, « Le principe de la légalité de la répression au Sénégal », 32 pages, disponible en ligne sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr>.

MBOW PENDA, « L'islam et la femme Sénégalaise », *Revue négro-africaine de littérature et de philosophie*, 1^{er} 2ème semestre 2001, article disponible sur <http://ethiopique.refer.sn>.

Rapports, études d'avis

Rapport de recherche juin 2016 : *L'expérience de femmes ayant subi une grossesse non désirée au Sénégal* : étude qualitative, par Fatou Bintou Mbow, Nafissatou Diop, Awa Diop Dabo, Awa Tounkara cissé, Seynabou Ba Diakhaté, consulté sur le net le 13 septembre 2019 à 16 h 14 mn.

Jurisprudences

Tribunal de Grande instance de Dakar

Tribunal Régional Hors Class de Dakar, jugement n°5794/09 du 22 décembre 2009, Ministère Public/et Diadia Danfankha contre Bina Diallo, Sorry Coulibaly et Yafaye Biaye.

Tribunal de Grande Instance de Dakar, jugement n°2550/2017 du 16 mai 2017, Ministère Public contre Thérèse Sylla et Diaw Gaye.

Tribunal de Grande Instance Hors Class Séant à Dakar, jugement n°2760 du 11 mai 2016, Ministère Public contre Ibra Diouf et Fatou Gueye.

Tribunal Régional Hors Class séant de Dakar, jugement n°107/07 du 08 janvier 2007, Ministère Public contre Amadou yero Bah et Mamadou Tonou Diallo.

Tribunal Régional Hors class séant à Dakar, jugement n°1300/09 du 03 avril 2009, Ministère Public contre Khady Badiane et Maimouna Diémé.

Tribunal de Grande Instance Hors Class de Dakar, jugement n°4984/16 du 24 aout 2016, Ministère Public contre Fatimétou Large et autres.

Tribunal Régional de Dakar, jugement n°5609 du 08 octobre 2003, Ministère Public et Kadia Diarra contre Mohamed Camara.

Tribunal de Grande Instance Hors Class de Dakar, jugement n°684/2017 du 02 février 2017, Ministère Public contre Dieynaba Thiam et autres.

Tribunal Régional Hors Class de Dakar, jugement n°6693 du 12 septembre 200, Ministère Public contre Arame Biteye et Mamadou diarra.

Tribunal de Grande Instance de Saint Louis

Tribunal de Grande Instance de Saint Louis, jugement n°653/15 du 10 septembre 2015, Ministère Public contre Diariétou Gaye.

Tribunal de Grande Instance de Saint Louis, jugement n°143/16 du 18 février 2016, Ministère Public contre Coumba Cisse et Ndeye Seye.

Tribunal de Grande Instance de Saint Louis, jugement n°840 du 24 novembre 2016, Ministère Public contre Adama Ba et oumou Aliou Diop.

Tribunal de Grande instance de Tambacounda

Tribunal de Grande Instance de Tambacounda, jugement n°207/19 du 22 mai 2019, Ministère Public contre Niouma asta Diop et autres.

Cour d'Appel de Dakar

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°585 du 21 avril 2015, Ministère Public contre Pape Malick Scène.

Cour d'Appel de Dakar, arret n°611 du 08 juin 2012, Ministre public contre Yafaye Biaye.

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°95 du 11 février 2002 Ministère Public contre Pape Meissa Thioye.

Cour d'Appel de Dakar arrêt n°544 du 14 avril 2015, Ministère public contre Fatou sow et autres.

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°466 du 29 avril 2011, Ministère Public contre Yacine Goudiaby.

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n° 554 du 15 avril 2013, Ministre Public contre Oumou Hawa Diallo.

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°909 du 11 juin 2013 Ministre Public contre Serge Badji

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°149 du 03 mars 2003, Ministère Public C/ Mamadou Diarra etArame Biteye.

cour D'Appel de Dakar, arrêt n°655 du 05 mai 2015, Ministère Public contre Boubou Sall et Mame Coumba Seck.

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°150 du 12 mars 2018, Ministère Public contre Assane Diop et autres.

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°691 du 29 octobre 2003, Ministère Public contre Ibrahima Sow

cour d'Appel de Dakar, arrêt n°511 du 21 aout 2003, Ministre Public contre Khadidiatou Sow.

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°996 du 04 aout 2014, Ministère Public contre Mamadou Niass.

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°132 du 03 2012 ? Ministère Public contre Birane Ngom.

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°13 du 27 janvier 2003, Ministère Public contre Ndiapaly Ngom.

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°585 du 21 avril 2015, Ministère Public contre Pape Malick sene.

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°561 du 28 avril 2014, Ministère Public contre Mamadou Diouf et autres.

Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°371 du 21 mai 2001, Ministre Public et Pierre Goudiaby Diatta contre Ngone Diop et Lobe Ndiaye.

Cour d'Appel de Saint Louis

Cour d'Appel de Saint Louis, arrêt n°03 du 10 avril 2009, Ministère Public contre Ngoné Kounta.

ANNEXE

TABLE DES MATIERES

DEDICACE	II
REMERCIEMENTS	III
SIGLES ET ABREVIATIONS	IV
SOMMAIRE	V
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I: LA QUALIFICATION PAR LE JUGE SENEGALAIS DU DELIT D'AVORTEMENT	11
SECTION I : LA DETERMINATION PAR LE JUGE DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU DELIT D'AVORTEMENT	12
PARAGRAPHE I : LA DETERMINATION PAR RAPPORT A L'INFRACTION CONSOMMEE	13
A. PRESENCE D'UNE EXPULSION PREMATUREE ET DESTRUCTIVE DU PRODUIT DE LA CONCEPTION DU FAIT DE L'EMPLOI DES MOYENS ABORTIFS	13
B. UNE INTENTION DE PROVOQUER LA PERTE DE LA GROSSESSE	21
PARAGRAPHE II : LA DETERMINATION PAR RAPPORT A L'INFRACTION TENTEE	25

A. EXISTENCE DE MANŒUVRES ABORTIVES	25
B. ABSENCE DE RESULTAT	27
SECTION 2 : LES CAS PARTICULIERS DES CONCOURS IDEALS DE QUALIFICATION	29
PARAGRAPHE I : LES AVORTEMENTS AYANT CAUSE LA MORT DE LA FEMME	29
A. EXISTENCES DE MANŒUVRES ABORTIVES	29
B. LA MORT DE LA FEMME COMME CONSEQUENCE DES MOYENS ABORTIFS	31
PARAGRAPHE II : LES DIFFICULTES LIEES A LA QUALIFICATION DES FAITS D'AVORTEMENTS MORTELS	33
A. L'ABSENCE DE PREVISION DE LA CONSEQUENCE MORTELLE DE L'AVORTEMENT, UN OBSTACLE A LA QUALIFICATION DES AVORTEMENTS MORTELS	34
B. LES INCOHERENCES RELEVES DANS LA QUALIFICATION DES AVORTEMENTS MORTELS	35
CHAPITRE II : LA REPRESSION JURISPRUDENTIELLE DU DELIT D'AVORTEMENT AU SENEGAL	38
SECTION I : LES PEINES GENERALEMENT RETENUES PAR LES JUGES	38
PARAGRAPHE I : PAR RAPPORT AU DELIT D'AVORTEMENT CONSOMME	38
A. LA SANCTION DE L'AVORTEMENT SUR SOI-MEME	38
En outre, dans plusieurs autres décisions, les juges portent leurs choix sur le minimum légal	40
B. LA SANCTION DE L'AVORTEMENT COMMIS PAR AUTRUI SUR LA	

FEMME	43
PARAGRAPHE II : LA REPRESSION DE LA TENTATIVE ET DE LA COMPLICITE	48
A. LA SANCTION DE LA TENTATIVE	48
B. LA SANCTION DU COMPLICE	50
SECTION II : UNE EFFICACITE RELATIVE DE LA SANCTION JURISPRUDENTIELLE DU DELIT D'AVORTEMENT	55
PARAGRAPHE I. UN NON-RESPECT PAR LES JUGES DU MINIMUM DE LA PEINE FIXE PAR LA LOI	55
A. LA FREQUENCE DES PEINES D'EMPRISONNEMENT D'UN A TROIS MOIS	55
B. ABSENCE DE CIRCONSTANCES ATTENUANTES	58
PARAGRAPHE II : LA RARETE DE LA PEINE D'AMENDE ET DE CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE	59
A. UNE RARETE DE L'APPLICATION DE LA PEINE D'AMENDE PAR LE JUGE	59
B. UNE RARETE DE LA CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE	60
BIBLIOGRAPHIE	65
ANNEXE	70
TABLE DES MATIERES	70