

# LA THEORIE DE L'AVORTEMENT D'UNE FEMME NON ENCEINTE A L'EPREUVE DU DROIT PENAL MALIEN

**Dr Pierre TOGO**, prof de droit à l'Institut Universitaire de Gestion (IUG) de l'Université des Sciences Sociales et de Gestion de Bamako (USSGB), chargé de cours à l'ESGIC et agréé par l'INTEC de Paris dans les UE 111 (intro au droit) et 112 (droit des sociétés) pour la formation des experts-comptables. [pierretogo74@yahoo.fr](mailto:pierretogo74@yahoo.fr)

## RESUME

La réflexion sur l'article intitulé : « la théorie de l'avortement d'une femme non enceinte à l'épreuve du droit pénal malien » se veut d'une étude ayant pour objectif la pénalisation des infractions impossibles en général et celle de la tentative de l'avortement en particulier.

L'étude met l'accent non seulement sur la mentalité consistant à croire que sans résultat, il n'y a pas d'infraction ou de sanction, mais aussi et surtout sur la politique criminelle malienne tendant à classer la tentative d'avortement parmi les délits.

L'étude fait ressortir que l'impunité n'intervient que pour deux raisons : la sauvegarde de la vie de la femme et le motif thérapeutique. Le droit pénal malien ne donne pas une durée de la supposée grossesse.

**Mots clés :** L'avortement, femme non enceinte, droit pénal malien, infraction, tentative.

## ABSTRACT

Reflection on the article titled : « the theory of the abortion of a non-pregnant woman put to the test of malian criminal law » is intended to be a study aimed at penalizing impossible offenses in general and that of attempted abortion in particular.

The study emphasizes not only the mentality consisting in believing that without result, there will be no offense or sanction, but also and especially on the malian criminal policy tending to classify the attempted abortion among offenses.

The study shows that impunity occurs for only two reasons : the safeguard of the life of the woman and the therapeutic motive. Malian criminal law does not give a duration of the supposed pregnancy.

**Key words:** abortion, no pregnant woman, malian criminal law, offense, attempt.

## INTRODUCTION

Le phénomène criminel est autant vieux le monde et il est important de préciser que l'infraction est un phénomène social, voire une maladie, qui, à la différence des autres dites biologiques, naît dans la société, mais ne disparaît jamais tant que ladite société vit. Par analogie, l'avortement ou sa tentative, même en l'absence du fœtus est une véritable maladie du corps social.

Historiquement, l'avortement ne date pas d'aujourd'hui. Il est pratiqué soit intentionnellement, soit non intentionnellement sur la femme. Si ladite femme était enceinte, l'avortement est considéré comme une infraction consommée, mais en l'absence de tout embryon, cette pratique serait qualifiée de tentative d'avortement sur une femme non enceinte. Il s'agit d'analyser cette théorie à l'égard du droit pénal malien à travers l'auteur ayant tenté volontairement tout ignorant l'absence du fœtus. Même si la pratique est intentionnelle, il y aura impossibilité de réalisation du résultat voulu.

Pour une meilleure compréhension de cette théorie, il serait opportun de définir les termes clés.

Le droit pénal malien est l'ensemble des règles de droit ayant pour objet la définition des infractions ainsi que des sanctions qui leur sont applicables sur le territoire malien. La tentative d'avortement est l'une des infractions définies et sanctionnées par le droit pénal malien.

L'infraction est une action ou une omission violant une norme de conduite strictement définie par un texte d'incrimination entraînant la responsabilité pénale de son auteur. Elle peut être constitutive d'un crime (les infractions les plus graves), d'un délit (les infractions moyennement graves) ou d'une contravention (les infractions de faibles gravités).

La tentative peut se définir comme une activité tendant à la perpétration d'une infraction caractérisée par un commencement d'exécution et non suspendue par un désistement volontaire. Donc, cette théorie répond nettement aux conditions de la tentative car il y a dans cette théorie un commencement d'exécution, mais l'absence du résultat voulu est assimilable à une interruption involontaire.

La tentative d'avortement est considérée comme un délit en droit pénal malien. Les peines sont en fonction de la gravité des infractions<sup>1</sup>. Le législateur pénal tient compte de ces différences et frappe avec une inégale sévérité les auteurs de ces actes antisociaux<sup>2</sup>.

L'avortement est le fait de procurer ou de tenter de procurer l'interruption de la grossesse d'autrui, avec ou sans le consentement de l'intéressée. Qualifié dans le code pénal français ainsi que dans son code de la santé publique « d'interruption illégale de grossesse », ce fait est puni de peines correctionnelles, mais il est justifié lorsque l'interruption est pratiquée, soit avant la fin de la douzième semaine de grossesse, soit pour un motif médical<sup>3</sup>. Mais si l'avortement ou sa tentative intervient dans un état de nécessité qui est un fait justificatif (une infraction commise pour éviter un péril imminent ou permise par la loi), la sanction pénale n'interviendra pas<sup>4</sup>.

Femme non enceinte est celle qui ne porte en elle aucune grossesse. Mais dans cette théorie, l'auteur ignore l'absence du fœtus.

L'intérêt de cette étude est à la fois théorique et pratique :

Théorique, car, à l'instar du droit pénal français, le droit pénal malien, dans ses dispositions législatives et réglementaires prévoit et sanctionne la tentative ou l'interruption illégale de grossesse ; mais le nôtre

---

<sup>1</sup> Lexique des termes juridiques, 24<sup>ème</sup> édition, Paris, DALLOZ 2017, 1163 pages, p. 585.

<sup>2</sup> G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC : droit pénal général, 18<sup>e</sup> édition, édition DALLOZ, Paris 2003, 682 pages, p. 3.

<sup>3</sup> Lexique des termes juridiques, op.cit. p. 121.

<sup>4</sup> J. LARGUIER : droit pénal général et procédure pénale, 7<sup>e</sup> édition, édition DALLOZ, Paris 1977, 222 pages, p. 30.

étend la sanction à toutes les pratiques entraînant ou tentant à entraîner cette interruption même en l'absence du fœtus sauf pour sauver la vie de la femme ou pour un motif thérapeutique<sup>5</sup> ;

Pratique, car, puisqu'il est juridiquement interdit de pratiquer l'avortement (même sur une femme non enceinte) au Mali, il se fait clandestinement et l'étude se voit dans l'obligation d'analyser son degré de gravité devant les juridictions compétentes.

Pour mener cette étude, nous avons adopté une méthodologie. Les objectifs à atteindre nous recommandent une collecte des données pour une analyse juridique assez pertinente.

En ce qui concerne la collecte de données, nous avons procédé à des recherches documentaires, la recherche a visé essentiellement les ouvrages généraux, les ouvrages spécialisés sans oublier les textes législatifs et réglementaires et quelques jurisprudences. Dans le cadre des recherches documentaires, ont été également utilisées les possibilités offertes par les nouvelles technologies de l'information et de la communication, particulièrement l'internet (la webographie). Les interviews ont aussi contribué à réaliser ce travail.

En ce qui concerne l'analyse des données obtenues suite aux différentes recherches documentaires, nous avons mis à profit l'approche comparative en tenant compte des circonstances dans lesquelles est compris le système juridique malien. Sur ce plan, nous avons fait appel au droit comparé en faisant recours au droit français afin de comprendre pourquoi l'avortement d'une femme non enceinte est sanctionné au même titre que celui de la femme enceinte malgré l'absence du fœtus.

L'avortement a comme conditions essentielles, l'existence préalable d'une grossesse ou d'un fœtus et ensuite son interruption ; mais, dans cette étude, ladite grossesse ou ledit fœtus n'existe pas, mais cette absence est ignorée de l'auteur de la tentative d'interruption volontaire.

Si selon le droit civil, le fœtus est déjà une personne et il doit naître vivant et viable, en droit pénal, l'embryon conçu n'est pas considéré comme une personne ; sinon pourquoi, il ne qualifie pas l'avortement d'un meurtre ?

Alors, selon le législateur malien, quelles sont les conditions constitutives de la théorie de l'avortement d'une femme non enceinte ?

Quelle est sa qualification juridique prévue par le droit pénal malien face au champ répressif ?

Nos recherches nous conduisent à étudier tout d'abord les conditions de la tentative d'avortement d'une femme non enceinte en droit malien (I), avant d'analyser sa nature ou qualification juridique et le champ répressif malien (II).

## **I. LES CONDITIONS DE LA THÉORIE DE L'AVORTEMENT D'UNE FEMME NON ENCEINTE EN DROIT PÉNAL MALIEN.**

Comme toute infraction, l'avortement d'une femme en général et de la tentative d'avortement d'une femme non enceinte en particulier, requiert certaines conditions de forme (A) et de fond (B).

---

<sup>5</sup> Loi n°01-079 du 20 août 2001 portant code pénal en République du Mali :

Article 211, alinéa 1 : « Il est interdit tout avortement qui consiste dans l'emploi de moyens ou de substances en vue de provoquer l'expulsion prématurée du fœtus, quel que soit le moment de la grossesse où cette expulsion est pratiquée pour tout motif autre que la sauvegarde de la vie de la femme ».

Alinéa 2 : « Hormis les cas pratiqués pour motif thérapeutique, l'avortement ci-dessus caractérisé volontairement tenté ou obtenu de quelque manière que ce soit, soit par la femme, soit par un tiers même avec son consentement, sera puni de un à cinq ans d'emprisonnement et facultativement de 20 000 à 1 000 000 de francs d'amende et de un à dix ans d'interdiction de séjour ».

## A. Conditions de forme

La répression de l'avortement d'une femme non enceinte est une des formes de la tentative punissable, donc, cette infraction nécessite l'existence préalable de dispositions pénales (1) et de leur violation (2).

### 1. L'EXISTENCE DES DISPOSITIONS EN DROIT PÉNAL MALIEN

La loi est un relais nécessaire en droit pénal et il ne saurait y avoir de crimes ou de délits sans une définition préalable en ce sens, les éléments constitutifs comme les peines y sont prévues.

« Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege » : nul crime sans loi, nulle peine sans loi. Là est toute la richesse du principe de la légalité des crimes et délits et des peines applicables. On parle ici de l'élément légal de l'infraction. Mais, bien qu'affirmée à plus d'un titre, pour correspondre à une donnée fondatrice du droit pénal moderne (les cas jurisprudentiels), il faut bien admettre que la règle est aujourd'hui en déclin et que ladite qu'elle n'est plus un principe sacro-saint dans la pratique<sup>6</sup>.

L'élément légal permet davantage la définition d'une infraction car, il est considéré comme le texte d'incrimination. Il émane du législateur et non du juge ou de l'auteur des faits incriminés. Il est nécessairement antérieur au fait incriminé ; il constitue donc son enveloppe. Relevant d'une logique formelle, il ne saurait être placé au même niveau que le comportement en question<sup>7</sup>. L'élément légal est donc le texte prévoyant le fait et sa sanction.

L'arsenal juridique malien n'échappe pas à cette logique car, la loi n°01-079/du 20 aout 2001 portant code pénal au Mali, en ses articles 211, 212 et 213 prévoit et sanctionne l'avortement ainsi que sa tentative même si le résultat n'a pas été obtenu par l'auteur.

Le premier article qui incrimine l'avortement dans le code pénal malien est l'article 211, selon ses dispositions, toute administration de substances à une femme pour expulser le fœtus ou interrompre la grossesse est formellement interdite. Mais, cette interdiction connaît des assouplissements, parce que l'avortement pratiqué dans le cadre de la sauvegarde de la vie de la femme et le motif thérapeutique entraînent l'impunité<sup>8</sup>.

Dans la même logique de la répression de l'avortement, l'article 212 (alinéa 1 et 2 du même code) prévoit des circonstances aggravantes s'agissant des agents de santé, les peines sont plus lourdes, ils encourent même l'incapacité absolue d'exercice de leur profession. Lesdites peines sont identiques, qu'ils soient auteurs, co-auteurs ou complices<sup>9</sup>.

Le droit pénal malien étend l'aggravation de la répression ou la responsabilité à toute personne qui aurait administré des substances même avec l'accord de ladite femme si cela entraîne une maladie ou une

<sup>6</sup> Y. MAYAUD : droit pénal général, 1<sup>ère</sup> édition, édition PUF, Paris 2004, 531 pages, p. 21.

<sup>7</sup> E. DREYER : manuel de droit pénal général, 3<sup>ème</sup> édition, édition LEXISNEXIS, Paris 2014, 1325 pages, p. 159.

<sup>8</sup> Loi N°01-079/du 20 aout 2001, portant code pénal, article 211, alinéas 1 et 2 dispose que : « Il est interdit tout avortement qui consiste dans l'emploi de moyens ou de substances en vue de provoquer l'expulsion prématurée du fœtus, quel que soit le moment de la grossesse où cette expulsion est pratiquée pour tout motif autre que la sauvegarde de la vie de la femme. Hormis les cas pratiqués pour motif thérapeutique, l'avortement ci-dessus caractérisé volontairement tenté ou obtenu de quelque manière que ce soit, soit par la femme, soit par un tiers même avec son comportement, sera puni de un à cinq ans d'emprisonnement et facultativement de 20 000 à 1 000 000 de francs d'amende et de un à dix ans d'interdiction de séjour ».

<sup>9</sup> Code pénal malien, op.cit. Article 212, alinéas 1 et 2 dispose que : « Les médecins, officiers de santé, sages-femmes, chirurgiens, dentistes, pharmaciens, ainsi que les étudiants ou employés en pharmacie, herboristes bandagistes, marchands d'instruments de chirurgie, infirmiers, masseurs, qui auront indiqué, favorisé ou pratiqué les moyens de procurer l'avortement ainsi défini à l'article précédent, seront condamnés aux peines prévues à l'article 213. La suspension pendant cinq ans au moins ou l'incapacité absolue de l'exercice de leur profession pourra être, en outre prononcée contre les coupables. Quiconque contrevient à l'interdiction d'exercer sa profession prononcée en vertu de l'alinéa précédent sera puni d'un emprisonnement de six mois au moins de deux ans au plus et d'une amende de 20 000 francs au moins et 1 200 000 francs au plus ou de l'une de ces deux peines seulement ».

incapacité permanente ou même la mort de la femme, victime de l'avortement. Le fondement légal de cette répression est l'article 213 du code pénal malien<sup>10</sup>.

La seule existence des dispositions légales ne suffit pas pour entraîner des sanctions pénales, pour que ces dernières interviennent, il faut nécessairement une violation desdites dispositions.

## 2. LA VIOLATION DES DISPOSITIONS PÉNALES MALIENNES

La loi constitue le garde-fou des membres d'une société, sans elle, cette dernière serait invivable et toute société sans norme de conduite perd ses repères et est vouée à l'échec. L'absence de règles de conduite dans une société entraîne l'anarchie, voire le chaos : c'est la règle de la jungle ou la raison du plus fort et aucune société moderne ne l'est ou ne doit l'être. Dans un sens plus large, général ou matériel, la loi est la règle de droit édictée, qu'elle soit d'origine parlementaire ou réglementaire.

Au sens strict ou formel, la loi est une règle de droit écrite, générale et permanente, adoptée par le parlement ou le pouvoir législatif selon la procédure législative et dans le domaine de compétence établis par la constitution. Elle est donc une valeur normative et est l'expression de la volonté générale.

La loi est faite pour être appliquée, exécutée ou respectée, si elle ne l'est pas, elle sera dépourvue de sens. Elle est l'émanation du pouvoir législatif et non du juge ou du délinquant. En droit pénal, l'application de la loi est stricte et ne donne pas lieu à une interprétation par les juges du fond.

Force doit rester à la loi et le code pénal malien du 20 août 2001, plus précisément ses articles 211, 212 et 213 qui prévoient et sanctionnent l'avortement ainsi que sa tentative, doivent être respectés par tous ceux qui sont sur le territoire malien. Leur violation entraîne une responsabilité pénale.

Violer une disposition légale, revient à commettre une infraction. D'où, ce comportement est toujours imputable à son auteur. Dans ce cas d'espèce, cette violation est toujours volontaire ou intentionnelle ; donc la tentative qu'est l'avortement d'une femme non enceinte ou enceinte est toujours intentionnelle pour confirmer la thèse de Conte et Maistre DU CHAMBON, p. 73 selon laquelle : « Le verbe tenter impliquant lui-même la volonté de commettre l'acte incriminé, les infractions non intentionnelles sont par définition incompatibles avec la théorie de la tentative, qui suppose l'intention de commettre l'infraction ».

Le principe est que tout ce qui n'est pas interdit par la loi est permis par la loi, donc, c'est la violation d'une loi en vigueur qui entraîne la responsabilité du délinquant et par voie de conséquence la sanction pénale.

En plus des conditions de forme qui sont l'expression de la volonté du législateur, celles de forme permettent de réaliser ladite infraction.

### B. Conditions de fond

Dans la théorie de l'avortement d'une femme non enceinte, il y a une impossibilité d'atteindre le résultat voulu. En effet dans l'infraction impossible, l'élément matériel de l'infraction recherchée par l'agent ne peut être obtenu par suite d'une impossibilité ignorée par l'agent. L'infraction échoue par la suite pour des raisons purement matérielles ignorées par l'agent. Il s'agit en réalité d'une des hypothèses de tentative inachevée, lorsqu'un agent n'a pas réussi à atteindre le résultat bien qu'un commencement d'exécution ait été qualifié<sup>11</sup>. Pour qu'une tentative d'avortement sur une femme non enceinte soit considérée comme

<sup>10</sup> Code pénal malien, op. cit. Article 213, alinéas 1, 2 et 3 dispose que : « Quiconque, sans intention coupable, aura administré volontairement à une personne des substances ou se verra livré sur elle, même avec son consentement, à des pratiques ou manœuvres qui auront déterminé ou auraient pu déterminer une maladie ou une incapacité de travail, sera puni de six mois à trois ans d'emprisonnement et facultativement de 20 000 francs d'amende et de un à dix ans d'interdiction de séjour.

S'il en résulte une maladie ou une incapacité permanente, la peine sera de cinq à dix ans de réclusion. L'interdiction de séjour de cinq à dix pourra être prononcée.

Si la mort s'en est suivie, la peine sera de cinq à vingt ans de réclusion et facultativement de un à vingt ans d'interdiction de séjour ».

<sup>11</sup> <https://www.cabinetaci-com/infractionimpossible> : « infraction impossible et infraction manquée », consulté le 08-01-2021 à 16 heures 28 minutes.

infraction, deux principales conditions doivent être retenues : celle de l'absence préalable d'une grossesse (1) et l'impossibilité d'obtenir un résultat par l'auteur malgré l'administration de substances pour l'interruption d'une supposée grossesse (2).

## 1. LA MÉCONNAISSANCE DE L'ABSENCE PRÉALABLE D'UNE GROSSESSE

Dans cette infraction, l'élément moral joue un rôle déterminant car toutes les étapes de l'iter criminis ont été exécutées mais, il y a défaut de résultat. Donc la ferme volonté de l'agent de commettre l'infraction ne fait aucun défaut. Il le fait en connaissance de cause. Cet élément moral est défini comme la conscience de l'agent d'avoir accompli un fait répréhensible, sauf dans les cas de délits non intentionnels, d'imprudence ou de négligence.

Le projet infractionnel n'a pas produit le résultat attendu malgré le fait que l'agent ait mené son projet à terme, il y a donc là, une tentative car l'infraction n'est pas parfaitement consommée.

Certaines circonstances particulières aggravent la responsabilité de l'agent à cause de son statut professionnel, lesdites circonstances sont dites aggravantes. Il s'agit des médecins, des officiers de santé, des sages-femmes, des chirurgiens, des dentistes, des pharmaciens, des étudiants ou employés de pharmacie, des herboristes bandagistes, des marchands d'instruments de chirurgie, des infirmiers et des masseurs<sup>12</sup>.

La doctrine, longtemps hostile à la répression de l'infraction impossible qui est un cas particulier d'infraction manquée qui ne pouvait pas réussir, réprime désormais l'avortement d'une femme non enceinte sur le fondement de l'élément moral. La loi a encouragé ce mouvement. Le postulat est très simple car, on ne peut faire de degrés dans l'impossibilité et il n'est pas indispensable que les éléments légal, moral et matériel soient nécessairement réunis pour que l'infraction soit réprimée, donc ce principe connaît des exceptions.

Le résultat serait atteint si la victime était enceinte, mais le statut de la femme non enceinte est ignoré de l'auteur de l'infraction, donc la non réalisation du résultat est indépendante de la volonté de l'auteur.

Cette forme de tentative révèle dans tous les cas, la même puissance de la volonté de nuire et l'absence du résultat n'est pas un motif d'excuse devant les juridictions compétentes.

## 2. L'IMPOSSIBILITÉ DE RÉALISATION DE RÉSULTAT MALGRÉ L'ADMINISTRATION DE SUBSTANCES SUSCEPTIBLES D'ENTRAÎNER L'INTERRUPTION D'UNE GROSSESSE.

De nombreux débats foisonnent en doctrine concernant le comportement tendant à la commission d'une infraction qui ne se réalisera pas par défaut de résultat. Il s'agit de l'impossibilité fondée sur le défaut d'objet ou l'impossibilité absolue. Comme cette étude, c'est aussi le cas de meurtre d'une personne déjà morte (arrêt *Perdereau*) ou la tentative de vol dans un coffre-fort vide qui constituent des impossibilités absolues car l'entreprise criminelle est vouée à l'échec en toutes circonstances. Ces comportements sont aussi qualifiés d'impossibilités de droit.

Selon l'article 211 du code pénal malien, l'avortement ou sa tentative consiste dans l'emploi de moyens ou de substances en vue de provoquer l'expulsion prématurée du fœtus sans tenir compte du moment ou la durée de la grossesse ou de la supposée grossesse<sup>13</sup>. Il se distingue de l'infanticide, en ce sens qu'il concerne un fœtus ou un supposé fœtus ou enfant qui n'a pas encore vu le jour, tandis que l'infanticide consiste dans le meurtre ou l'assassinat d'un nouveau-né. L'avortement est donc la tentative d'expulsion ou l'expulsion du fœtus, c'est-à-dire accomplir des actes afin d'obtenir ou tenter d'obtenir un résultat.

Les moyens mis en œuvre pour tendre au résultat sont essentiels et les termes de la loi pénale sont aussi larges que possibles : aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou tout autre moyen etc.

Cette infraction, par sa nature est toujours volontaire, c'est-à-dire que l'intention doit être coupable. La

<sup>12</sup> Loi n°01-079/du 20 aout 2001, op. cit. Article 212, alinéa 1.

<sup>13</sup> Loi n°016079/DU 20 AOUT 2001 ? OP. CIT. Article 211.

tentative et sa complicité sont punissables dès l'administration desdites substances.

En matière d'avortement, il y a simple tentative quand le résultat visé n'est pas obtenu, mais cette tentative demeure toujours punissable. L'administration des substances par autrui à une femme ou par elle-même est également punissable qu'elle soit enceinte ou supposée enceinte<sup>14</sup>.

L'accomplissement ou la réunion des conditions de forme et de fond permet aux juges du fond de déterminer ou de qualifier ledit avortement qui doit tomber sous le coup du champ répressif (II).

## **II. LA DÉTERMINATION DE LA NATURE OU QUALIFICATION JURIDIQUE DE L'AVORTEMENT D'UNE FEMME NON ENCEINTE FACE AU CHAMP RÉPRESSIF EN DROIT MALIEN**

La politique criminelle malienne classe principalement l'avortement dans la catégorie des délits (A) puisque les peines sont en principe correctionnelles (B) sauf en présence des circonstances aggravantes.

### **A. Le principe : le délit d'avortement d'une femme non enceinte en droit malien**

Certes, l'impossibilité absolue pose avec acuité le problème de résultat, mais l'incrimination se justifie comme le moyen de protéger les valeurs sociales. Dans cette logique, l'étude des textes d'incrimination permettrait de déterminer le résultat de l'infraction, c'est-à-dire la valeur affectée ou menacée par le comportement dangereux<sup>15</sup>.

L'indifférence du législateur malien face au résultat se justifie car, il assimile la tentative d'avortement d'une femme non enceinte à l'avortement consommé (1) et les sanctions pénales applicables sont celles d'ordre correctionnel (2).

### **1. LA TENTATIVE, ASSIMILABLE À L'AVORTEMENT CONSOMMÉ**

La répression de cette infraction n'est pas liée à l'existence d'un résultat et les juges font fi de toute connotation de la nature de l'impossibilité ; c'est-à-dire que l'impossibilité, qu'elle soit absolue ou relative, de fait ou de droit. La répression intervient sans tenir compte des multiples controverses doctrinales.

La jurisprudence assimile l'avortement impossible à celui déjà consommé car le degré de dangerosité de l'auteur est toujours le même, même si le résultat souhaité n'a pas été atteint. Donc, les deux hypothèses tombent toutes, sous le coup de la loi pénale malienne.

Contrairement à l'hypothèse de l'avortement consommé où le résultat est atteint, celle dans laquelle la femme est non enceinte, malgré l'accomplissement de tous les actes, le résultat n'a pas été atteint uniquement en raison des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. C'est ainsi que, condamnée pour tentative d'homicide volontaire la personne qui tire sur une personne déjà morte ou qui tente de faire avorter une femme non enceinte.

Il y a avortement consommé dès que le résultat est atteint, peu importe que l'acte ait lieu au début ou vers à la fin de la grossesse.

Dans l'histoire du droit pénal français, il y avait eu des controverses doctrinales sur la classification des impossibilités comme s'il y avait de degrés dans l'impossibilité. On opposait l'impossibilité de droit à l'impossibilité de fait et l'impossibilité relative à l'impossibilité absolue. Dans le commencement d'exécution de la tentative, on opposait la conception objective à celle dite subjective.

Le droit positif malien quant à lui se positionne sur la conception subjective pour sanctionner

<sup>14</sup> J. PRADEL, A. VITU : les grands arrêts du droit criminel, tome 1, les sources du droit pénal, l'infraction, 3<sup>ème</sup> édition, édition SIREY, Paris 1992, 502 pages, p. 350.

<sup>15</sup> J. LEROY : manuel de droit pénal général, édition LGDJ Montchrestien, Paris 2003, 532 pages, p. 221.

systématiquement l'avortement tenté ou obtenu. La loi 01-079/du 20 aout 2001, article 211, alinéa 2 dispose que : « Hormis les cas pratiqués pour motif thérapeutique, l'avortement ci-dessus caractérisé volontairement tenté ou obtenu de quelque manière que ce soit, soit par la femme, soit par un tiers même avec son consentement, sera puni de un à cinq ans d'emprisonnement et facultativement de 20 000 à 1 000 000 de francs d'amende et de un à dix d'interdiction de séjour ». Si le principe de l'équation de l'avortement tenté égal à l'avortement obtenu ou consommé est établi, les dispositions pénales maliennes, contrairement à celles dites françaises, sans fixer une durée de la supposée grossesse, classent principalement l'avortement comme étant un délit et non un crime. Pourtant dans le même code pénal malien, la tentative de donner la mort ou le fait de donner la mort à une personne est un crime et non un délit. Puisque les peines déterminent la gravité de l'infraction, l'avortement ou sa tentative sans circonstances aggravantes est considéré comme une infraction moyennement grave en droit pénal malien. Donc, les peines correctionnelles sont applicables à la place des peines criminelles pour justifier la nature délictueuse de la tentative d'avortement.

## **2. LES PEINES CORRECTIONNELLES APPLICABLES EN L'ABSENCE DE CIRCONSTANCES AGGRAVANTES**

Dès que la preuve de l'accomplissement du comportement fautif est établie, le juge a l'obligation de prononcer des peines.

La peine est la réponse la plus usuelle face à la responsabilité pénale établie. Il faut préciser que les conditions mises à sa dispense sont très strictes et qu'elles correspondent à des hypothèses qui rejoignent facilement le principe de la répression systématique de la tentative d'avortement d'une femme non enceinte ; c'est pourquoi, le parti de la sanction pénale reste la solution dominante. Telle est la règle en matière pénale et toute peine se doit de passer par un prononcé explicite du juge. Les conséquences de l'obligation du prononcé sont surtout sensibles sur les catégories de peines : les peines principales, les peines accessoires et les peines complémentaires, les peines criminelles, les peines correctionnelles et les peines de simple police.

Si l'on fait un rapprochement entre le meurtre (homicide volontaire ou involontaire), l'assassinat (toujours prémédité ou volontaire), l'avortement d'une femme enceinte ou sa tentative sur une femme non enceinte, l'équation est connue et tous ces comportements tendent à donner ou à vouloir donner la mort à une personne. Le meurtre ainsi que sa tentative sont des actes criminels, mais pourtant le droit pénal malien prévoit principalement des sanctions ou peines correctionnelles pour réprimer l'avortement ou sa tentative.

Selon l'article 211 du code pénal malien : « Il est interdit tout avortement qui consiste dans l'emploi de moyens ou de substances en vue de provoquer l'expulsion prématurée du fœtus, quel que soit le moment de la grossesse où cette expulsion est pratiquée pour tout motif autre que la sauvegarde de la vie de la femme.

Hormis les cas pratiques pour motif thérapeutique, l'avortement ci-dessus caractérisé volontairement tenté ou obtenu de quelque manière que ce soit, soit par la femme, soit par un tiers même avec son consentement, sera puni de un à cinq ans d'emprisonnement et facultativement de 20 000 à 1 000 000 de francs d'amende et de un à dix ans d'interdiction de séjour »<sup>16</sup>.

Mais, face aux circonstances aggravantes, le juge se verra dans l'obligation de prononcer des peines criminelles compte tenu des statuts des professionnels. Donc, lesdites circonstances entraînent le prononcé, l'application et l'exécution des peines plus graves que celles dites correctionnelles<sup>17</sup>.

Selon l'article 212 du code pénal malien de 2001 : « Les médecins, officiers de santé, sages-femmes, chirurgiens, dentistes, pharmaciens, ainsi que les étudiants ou employés en pharmacie, herboristes, bandagistes, marchands d'instruments de chirurgie, infirmiers, masseurs, qui auront indiqué, favorisé ou pratiqué les moyens de procurer l'avortement ainsi défini à l'article précédent, seront condamnés aux peines

<sup>16</sup> Loi n°01-079/du 20 aout 2001, op. cit. Article 211, alinéas 1 et 2.

<sup>17</sup> Loi n°01679/du 20 aout 2001, op. cit. 328 articles et 84 pages.

prévues à l'article 213. La suspension pendant cinq ans au moins ou l'incapacité absolue de l'exercice de leur profession pourra être, en outre prononcée contre les coupables.

Quiconque contrevient à l'interdiction d'exercer sa profession prononcée en vertu de l'alinéa précédent sera puni d'un emprisonnement de six mois au moins de deux ans au plus et d'une amende de 20 000 francs au moins et 1 200 000 francs au plus ou l'une de ces deux peines seulement ».

Selon l'article 213 du même code : « Quiconque, sans intention coupable, aura administré volontairement à une personne des substances ou se sera livré sur elle, même avec son comportement, à des pratiques ou manœuvres qui auront déterminé ou auraient pu déterminer une maladie ou une incapacité de travail, sera puni de six mois à trois ans d'emprisonnement et facultativement de 20 000 à 200 000 francs d'amende et de un à dix ans d'interdiction de séjour.

S'il en résulte une maladie ou une incapacité permanente, la peine sera de cinq à dix ans de réclusion. L'interdiction de séjour de cinq à dix ans pourra être prononcée.

Si la mort s'en est suivie, la peine sera de cinq à vingt ans de réclusion et facultativement de un à vingt ans d'interdiction de séjour ».

De nos jours, la répression est systématique pour les infractions impossibles comme pour celles dites manquées car elles sont toutes deux des formes de tentatives punissables.

Aux motivations de cette thèse, il y a la défense de l'ordre public, puisque, c'est la dangerosité de l'auteur qui conduit à la répression de ce type d'infraction<sup>18</sup>.

Le législateur malien ne réprime plus exclusivement l'acte de l'auteur, mais plutôt sa dangerosité. Compte tenu de certains facteurs, cette répression connaît des modérations qui sont considérées comme des exceptions (**B**) au principe.

## **B. Les exceptions : les motifs de son exclusion du champ répressif dans certains cas**

En droit pénal malien, l'état embryonnaire de la supposée grossesse est loin d'être une cause de l'impunité, il retient comme motifs d'exclusion du champ répressif, la sauvegarde de la vie de la femme (1) et le motif thérapeutique (2).

### **1. LA SAUVEGARDE DE LA VIE DE LA FEMME, UN ÉTAT DE NÉCESSITÉ**

Il y a état de nécessité quand la commission de l'infraction est le seul moyen d'éviter un dommage plus grave que celui qui risque d'être causé par cette infraction<sup>19</sup>. Dans la société, le principe est d'éviter la commission de l'infraction dans la mesure du possible, mais si une infraction grave et celle dite moins grave se présentent, le choix de la société se porterait sur celle qui est moins grave. Si l'avortement s'avère nécessaire pour sauver la vie de la femme, la loi à l'obligation de la protéger.

Il ne faut pas confondre l'état de nécessité avec la légitime défense, mais, ils se ressemblent en ce que, dans les deux cas, il s'agit d'éviter un mal plus grand que celui qu'on cause. Mais ils diffèrent en ce que l'état de nécessité consiste à se défendre, non contre l'agression d'une autre personne, mais contre un mal provenant des circonstances extérieures. Le médecin accoucheur qui sacrifie l'enfant pour sauver la mère se livre à son activité professionnelle et agit avec l'autorisation de la loi.

Le droit pénal retient dorénavant l'état de nécessité comme fait justificatif, par conséquent, n'est pas personnellement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même

---

<sup>18</sup> <https://www.cabinetaci-com/infractionimpossible> : « infraction impossible et infraction manquée », consulté le 10 février 2021 à 08 heures 21 minutes.

<sup>19</sup> J. LEROY, op. cit. p. 158

ou autrui, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.

Selon la constitution du Mali du 25 février 1992, dans son article premier : « La personne humaine est sacrée.

Tout individu a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne ». C'est l'une des consécutions des principes fondamentaux de la déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen.

L'article 2 de la constitution dispose que : « Tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, le sexe, la religion et l'opinion politique est prohibée ». C'est la consécution du principe sacro-saint de Jean Jacques Rousseau soutenu dans son ouvrage intitulé « Le contrat social ».

La loi malienne, par l'intermédiaire des autorités a le devoir et l'obligation de protéger la vie de toute personne qui se trouve au Mali. C'est l'une des missions régaliennes de l'Etat. La femme et l'enfant viennent au premier plan dans cette protection et surtout la femme enceinte ou supposée être enceinte. Dans cette protection de la femme, si la loi a l'obligation de faire un choix ou que l'avortement serait inévitable pour sauver sa vie, ledit avortement n'est pas constitutif d'infraction.

Dans ce cas d'espèce, puisque la grossesse est absente, la preuve du motif du sacrifice du fœtus pour sauver la mère n'est pas facile à apporter.

Dans ce motif retenu par la loi, que le fœtus existe ou non, le professionnel qui ignore son absence administre des substances qui provoqueraient l'avortement si la femme était enceinte. Cette tentative d'avortement devait avoir comme conséquence la sauvegarde de la femme. Cette dernière n'est pas le seul motif d'exclusion de la répression ou de la non responsabilité, le second motif est d'ordre thérapeutique.

## 2. LE MOTIF THÉRAPEUTIQUE, UN ÉTAT DE NÉCESSITÉ

La thérapie est avant tout une méthode curative. Elle est un moyen de prévenir, traiter, soigner ou soulager une maladie. La thérapie est une partie de la médecine ayant pour but d'enseigner la manière de soigner les maladies. Il existe un grand nombre de thérapies. Certaines agissent uniquement sur le psychisme à l'exemple des psychothérapies. Certaines médecines non conventionnelles sont assimilées à des thérapies : hypnose, luminothérapie, art thérapie. Les thérapies paramédicales comme

la kinésithérapie. Il y a des thérapies brèves et des longues thérapies, des thérapies individuelles ou en groupe<sup>20</sup>.

Dans ce contexte, la répression de la tentative d'avortement connaît des limites car le comportement révèle chez le professionnel la volonté de traiter ou de soigner le patient et non de suspendre la supposée grossesse. Les substances administrées au patient servent à le traiter et non à vouloir causer d'autres effets secondaires comme l'interruption volontaire de grossesse.

Dans le motif thérapeutique, la question de l'élément moral de l'infraction n'est pas à l'ordre du jour car, l'agent agit dans un cadre professionnel et non de nuire ou de supprimer le supposé fœtus.

Le motif thérapeutique n'est pas une tentative d'avortement et échappe donc à la répression pénale, c'est-à-dire que l'agent croit exercer sa profession, il y a donc là, une absence d'élément moral.

La preuve de l'existence du motif purement thérapeutique n'est une tâche facile, ni pour le demandeur, ni pour l'auteur.

---

<sup>20</sup> <https://www.psychologies.com>: « Définition de la thérapie », consulté le 10 février 2021 à 16 heures 44 minutes.

Le motif thérapeutique constitue un fait justificatif car c'est une circonstance matérielle ou qualité personnelle intervenant comme une cause d'irresponsabilité pénale par la neutralisation du caractère délictueux des actes commis<sup>21</sup>.

## CONCLUSION

Il est important de préciser que la politique criminelle est l'ensemble des procédés et moyens tant préventifs que répressifs, par lesquels un Etat s'efforce de mettre en place une stratégie sous-tendue par des options idéologiques, destinée à lutter contre le phénomène criminel. Cependant, si on ne peut à l'évidence, consommer l'impossible, on peut toujours le tenter<sup>22</sup>. C'est pourquoi, le droit pénal malien sanctionne toute tentative d'avortement ayant abouti ou n'ayant pas abouti à un résultat. Soit parce qu'il y a défaillance dans les substances administrées, soit parce que le fœtus est absent.

Le code pénal malien dans ses dispositions, définit, prévoit et sanctionne le meurtre ainsi que sa tentative et les qualifie de crimes. Pourtant, le fait de donner la mort ou de tenter de donner la mort à un enfant déjà conçu est comparable à un meurtre, donc, si le meurtre ou sa tentative est un crime, l'avortement tenté doit être considéré comme un crime et par voie de conséquence, les peines criminelles doivent être appliquées et non celles dites correctionnelles. Mais, le droit pénal et le droit civil n'ont pas la même appréciation de l'embryon conçu, pour le premier, le fœtus n'est pas une personne, raison pour laquelle, en droit pénal malien, l'avortement ou sa tentative n'est pas un meurtre ou sa tentative et par conséquent, les peines encourues en la matière sont celles dites correctionnelles. Il relève de la compétence des tribunaux correctionnels.

A la prochaine relecture ou réforme de ce code, il serait souhaitable de le qualifier comme un crime afin d'entraîner l'application des peines criminelles.

## REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

### 1. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS, DICTIONNAIRES ET LEXIQUES LUS OU EXPLOITÉS

BORRICAND (A.L.), SIMON (A.M.) : droit pénal et procédure pénale, 5<sup>ème</sup> édition, édition DALLOZ, Paris 2006, 453 pages.

BRILLON (Y) : ethno-criminologie de l'Afrique noire, Paris 1980, 368 pages.

CANIN (P) ; droit pénal général, 6<sup>ème</sup> édition, édition HACHETTE, Paris 2013, 167 pages.

CONTE (P), MAISTRE DU CHAMPON (P) : droit pénal général, 5<sup>ème</sup> édition, édition DALLOZ, Paris 2000, 358 pages.

CROCQ (J.C.) : le guide des infractions : crimes, délits ; contraventions, enquête judiciaire, police technique, poursuites pénales, procès et sanction, droits des victimes, 7<sup>ème</sup> édition, édition DALLOZ, Paris 2006, 1683 pages.

DE QUIRINI (P) : petit dictionnaire des infractions, CEFOD, N'djaména 1990, 54 pages.

DEROGY (J) : enquête sur un carrefour dangereux, édition FAYARD, Paris 1987, 282 pages.

DREYER (E) : manuel de droit pénal général, 3<sup>ème</sup> édition, édition LEXISNEXIS, Paris 2014, 1325 pages.

GASSIN (R) : criminologie, édition DALLOZ, Paris 1988, 647 pages.

LEROY (J) : manuel de droit pénal général, 5<sup>ème</sup> édition, édition LGDJ, Paris 2014, 486 pages.

<sup>21</sup> Lexique des termes juridiques, op. cit. p. 482.

<sup>22</sup> <https://www.cabinetaci-com/infractionimpossible> : « infraction impossible et infraction manquée » ; infraction impossible-avocat spécialité droit pénal. Consulté le 09-04-2021 à 17 heures 20 minutes.

MAIGA (H.B.) : le manuel du juge au siège, tome 2, le siège correctionnel, Bamako 2009, 320 pages.

MAYAUD (Y) : droit pénal général, 1<sup>ère</sup> édition, édition PUF, Paris 2006, 531 pages.

PRADEL (J) : droit pénal général, 20<sup>ème</sup> édition, édition CUJAS, Paris 2014, 777 pages.

VERON (M) : droit pénal spécial, 11<sup>ème</sup> édition, édition DALLOZ, Paris 2006, 470 pages.

Encyclopédie juridique de l'Afrique, droit pénal et procédure pénale, tome 10, les nouvelles éditions africaines, Abidjan, Dakar, Lomé 1982, 852 pages.

Le dictionnaire OHADA 2017, H.A. BITSAMANA.

Lexique des termes juridiques, 24<sup>ème</sup> édition, édition DALLOZ, Paris 2017, 1163 pages.

## **2. TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES, LUS OU EXPLOITES**

La constitution malienne du 25 février 1992 (conformément à l'acte fondamental N°1/CTSP du 31 mars 1991), promulguée par le décret N°92-073/P-CTSP du 25 Février 1992.

La loi n°01-076/du 20 aout 2001 portant code pénal au Mali.

La loi n°01-080/du 20 aout 2001 portant code de procédure pénale au Mali.

## **3. RECUEILS JURISPRUDENTIELS ET DECISIONS JURISPRUDENTIELLES**

Recueil de jurisprudence de la section judiciaire, année 2006, cour suprême du Mali, édition JAMANA, 234 pages.

Recueil de jurisprudence de la section judiciaire, année 2008, cour suprême du Mali, édition JAMANA, 306 pages.

Cass. Crim. 8 novembre 1972, Ruiz et autres (Bull. crim. n°331, Gaz. Pal. 1973. 1. 205), relative à la tentative en général et plus particulièrement au commencement d'exécution.

Cass. Crim. 9 novembre 1928, époux Fleury (D. P.1929. 1.97, note Henry ; J.C.P. 1929. 239, note Garraud) relative à l'infraction impossible.

Cass. Crim. 16 janvier 1986 (Gaz. Pal. 1986 1377 note J. P. Doucet) relative à l'impossibilité absolue : « le meurtre d'une personne déjà morte ». Arrêt Perdereau.

## **4. WEBOGRAPHIE**

AQUA PORTAIL, manuel sur la thérapie, « Thérapie : définition et explications », <https://www.aquaportail.compsychologies.com>. Consulté le 15 février 2021 à 19 heures 12 minutes.

DECITRE, manuel de droit pénal, « Essai sur le résultat de dans la théorie de l'infraction pénale », <https://www.decitre.fr>. Consulté le 20 mars 2021 à 20 heures 58 minutes.

DOCASSAS, rapport, « L'infraction formelle », <https://docassas.U-paris2.fr>. Consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021 à 08 heures 33 minutes.

EL-HACHOUMY, dissertation « La tentative en droit pénal », <http://elhachoumy.blogspot.com>. Consulté le 04 janvier 2021 à 18 heures 42 minutes.

J.WALTHER, rapport d'études sur « L'infraction », <http://etudes.cjfa.eu>. Consulté le 10 mai 2021 à 16 heures 28 minutes.

M. GANSER, mémoire de Master, « La tentative punissable : champ d'application et peines. Presqu'une infraction accomplie ? », <https://matheo.uliege.be>. Consulté le 11 février 2021 à 11 heures 04 minutes.