

ARTICLE V

DE L'AVORTEMENT

Selon une ancienne jurisprudence, dans les cas d'avortement criminel, il ne suffisait pas, pour arriver à une condamnation, que le médecin légiste ait constaté l'expulsion violente et préméditée du fœtus hors du sein de sa mère, il fallait que le *corps du délit*, que le produit expulsé fût représenté, et qu'il résultât de son examen que ce produit était bien un fœtus, qu'il était régulièrement conformé et qu'il avait été privé de la vie par l'effet des moyens abortifs : aussi l'action de la justice était-elle le plus souvent paralysée (1). Aujourd'hui, une jurisprudence plus conforme aux vrais principes est établie, et l'on a de nombreux exemples d'avortements provoqués qui ont été recherchés et punis en l'absence du corps de délit, sans autres preuves que les circonstances du fait établissant les manœuvres abortives. Nous croyons donc devoir reproduire ici les judicieuses considérations sur l'avortement publiées par M. Tardieu (*Étude médico-légale sur l'avortement*, 3^e édition, Paris, 1868).

« L'avortement est l'expulsion prématurée et violemment provoquée du produit de la conception indépendamment de toutes les circonstances d'âge, de viabilité et même de formation régulière du fœtus ; qu'il soit vivant ou mort, qu'il ait atteint l'époque de la viabilité, ou qu'il soit encore aux premiers temps de sa formation, ni les conditions physiques ni les conditions intentionnelles ou morales de l'avortement ne changent. Ce n'est pas que l'on doive, dans les recherches auxquelles donne lieu une prévention d'avortement, négliger de constater tous les indices que peut fournir l'examen du produit expulsé, son âge, son état de mort anticipée, sa décomposition plus ou moins complète ; mais ces renseignements, quelque utiles qu'ils puissent être dans certains cas, ne seront désormais qu'accessoires et secondaires : le fait capital, c'est l'expulsion ou la tentative d'expulsion violente et prématurée du produit quelconque de la conception. » (Tardieu, p. 4 et 5.)

Dans un travail publié en 1873 (*Traité théorique et pratique de l'avortement considéré au point de vue médical, chirurgical et médico-légal*), M. Garimond, agrégé à la Faculté de Montpellier, a défini l'avortement : « l'ensemble des actes morbides qui abrègent la durée normale de la grossesse par l'expulsion ou la mort du fœtus. » Il repousse la définition donnée par M. Tardieu pour l'avortement criminel qui, pour lui, serait « la cessation prématurée et volontaire de la grossesse ou son interruption intentionnellement provoquée, avec ou sans apparition des phénomènes expulsifs. »

M. Garimond s'appuie, pour légitimer cette définition, sur ces deux faits : 1^o que l'expulsion du fœtus, dans certains cas, se produit tardivement et peut même ne pas avoir lieu ; 2^o que le produit expulsé, à la suite des manœuvres abortives, n'est pas toujours un fœtus bien constitué, mais quelquefois une agglomération de kystes vésiculaires ou une masse charnue anciennement

(1) Telle est encore aujourd'hui la jurisprudence prussienne : « J'ai vu dans ma longue pratique, dit Casper, un grand nombre d'avortements provoqués ; je n'ai jamais vu un cas de condamnation, lors même que les circonstances du crime étaient évidentes... J'ai vu un père dont la culpabilité ressortait de toutes les circonstances du fait, acquitté par la seule raison qu'on ne pouvait pas affirmer que le fruit eût été un *enfant* plutôt qu'une *môle*. Cette raison sert toujours d'argument aux défenseurs, lorsque, ce qui arrive le plus ordinairement, le fruit ne peut pas être retrouvé. »

transformée. Dans le premier cas, M. Garimond pense que, en acceptant la définition généralement admise, l'accusation ne pourrait être soutenue malgré l'évidence de l'acte criminel, et, dans le second, que la mort antérieure du fœtus ou la dégénérescence du produit de conception enlèvent aux manœuvres qui ont provoqué l'expulsion leur caractère homicide, puisqu'elles n'ont porté que sur un produit privé de vie.

Mais, en pratique, cette distinction perd beaucoup de son importance, car le rôle de l'expert est précisément de rechercher les causes qui ont empêché l'expulsion du fœtus, ou déterminé sa mort antérieurement aux manœuvres abortives.

JURISPRUDENCE RELATIVE A L'AVORTEMENT.

La moyenne des accusations et des accusés poursuivis pour avortement ou tentative d'avortement qui était, de 1820 à 1830, de 8 accusations et de 12 accusés ; de 1831 à 1840, de 10 accusations et de 18 accusés ; de 1841 à 1850, de 20 accusations et de 44 accusés ; de 1851 à 1860, de 33 accusations et de 84 accusés, s'est trouvée réduite, pour la période de 1865 à 1869, à une moyenne de 20 accusations et de 51 accusés ; mais cette amélioration n'a pas été de longue durée, et si, en 1870, 1871 et 1872, les accusés sont moins nombreux, cela paraît tenir uniquement à l'affaiblissement de la répression dans cette époque troublée, et l'augmentation du nombre des accusés a bientôt repris sa marche ascendante.

Voici le relevé des accusations d'avortement ou de tentative d'avortement jugées contradictoirement par les Cours d'assises pendant les années 1871-1875 :

ANNÉES.	NOMBRE des accusa-tions.	NOMBRE des accusés, hommes et femmes.	ACQUIT-TÉS.	CONDAMNATIONS PRONONCÉES.				
				TRAVAUX forcés à temps.	Réclusion.	Plus d'un an de prison.	Un an au plus ou amende.	Enfermés correc-tionnelle-ment.
1871.	9 dont 4 tent.	H. 3	H. »	H. »	H. 1	H. 2	H. »	H. »
		F. 11	F. 6	F. »	F. 1	F. 4	F. »	F. »
		14	6	»	2	6	»	»
1872.	19	H. 4	H. 1	H. 2	H. »	H. 1	H. »	H. »
		F. 43	F. 17	F. 3	F. 8	F. 12	F. 3	F. »
		47	18	5	8	13	3	»
1873.	19 dont 4 tent.	H. 7	H. 3	H. »	H. 1	H. 3	H. »	H. »
		F. 46	F. 16	F. 2	F. 9	F. 15	F. 4	F. »
		53	19	2	10	18	4	»
1874.	38 dont 3 tent.	H. 15	H. 9	H. »	H. 3	H. 2	H. 1	H. »
		F. 69	F. 26	F. 4	F. 14	F. 21	F. 4	F. »
		84	35	4	17	23	5	»
1875.	24 dont 4 tent.	H. 15	H. 7	H. 1	H. 3	H. 3	H. 1	H. »
		F. 57	F. 12	F. 2	F. 11	F. 25	F. 7	F. »
		72	19	3	14	28	8	»

Ce tableau permet de reconnaître plusieurs particularités propres au crime d'avortement, et qui se retrouvent avec une grande régularité dans toutes les

périodes. Il faut d'abord remarquer le grand nombre de personnes poursuivies pour la même accusation : 270 accusés pour 109 accusations ; c'est que l'avortement ne se commet d'ordinaire qu'avec l'aide de complices ; le nombre des femmes est naturellement beaucoup plus considérable que celui des hommes : 226 femmes ont été poursuivies, et seulement 44 hommes. Dans la période précédente (1865-1869), on trouvait également 254 accusés pour 101 accusations, et, sur ces 254 accusés 187 femmes et 67 hommes ; ajoutons que l'étude attentive des observations et expertises publiées à la suite de la dernière édition de *l'Étude médico-légale sur l'avortement* de M. Tardieu, nous montre, à une seule exception près, que chaque fois que l'auteur de l'avortement est un homme, le crime est toujours commis avec la complicité soit directe, soit indirecte, d'une matrone ou d'une sage-femme ; signalons enfin le petit nombre de tentatives poursuivies, conséquence facile à prévoir par la nature même et les conditions de l'avortement, la justice n'agissant que pour les faits avérés, et devant nécessairement laisser sans poursuites la plupart des tentatives dont les symptômes peuvent être attribués à un état morbide spontané, assertior qu'il n'est pas toujours permis à l'instruction de démentir. De 1856 à 1869, sur 366 poursuites exercées, on ne compte que 34 tentatives ; dans la période qui nous occupe, il n'y a, sur les 109 accusations, que 6 poursuites pour tentatives. Les acquittements sont toujours très-nombreux.

La loi hébraïque punissait d'une amende arbitraire l'auteur d'un avortement, et la peine de mort lui était infligée si la femme avait succombé. — La loi romaine condamnait à l'exil la femme qui s'était fait avorter ; elle la condamnait à mort si elle avait agi par cupidité.

« Il ne faut pas confondre l'avortement et l'infanticide (1), disait Cambacérès au Conseil d'État le 8 novembre 1808. Dans l'état de relâchement de nos mœurs, il est possible que la mère croie plutôt prévenir qu'anéantir l'existence de l'enfant qu'elle porte dans son sein. » Et, en effet, la peine prononcée contre l'avortement n'est pas celle de l'infanticide.

Le Code de 1791 punissait de vingt ans de fers celui « qui avait procuré l'avortement d'une femme enceinte » ; aucune peine n'était prononcée contre la femme, et aucune distinction n'existait entre les cas où le coupable avait agi avec ou sans le consentement de la femme. Le Code actuel a comblé une de ces lacunes : il condamne à la réclusion la femme et ses complices ; il prononce des peines plus graves contre les hommes de l'art qui leur prêtent leur ministère ; mais il est à regretter qu'il n'y en ait pas de plus graves encore quand l'avortement a lieu sans le consentement de la mère.

Voici le texte de l'article 317 du Code pénal :

« Quiconque par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion.

» La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est suivi.

» Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu. »

(1) L'infanticide ne peut avoir lieu que sur l'enfant déjà venu au monde ou au moment même où il vient au monde ; l'avortement est le crime commis sur le fœtus contenu dans le sein de sa mère ; et c'était une grave question agitée jadis par les jurisconsultes, les médecins et les philosophes, et qui prenait sa source dans le texte de l'Exode, que de savoir s'il y avait lieu de distinguer si l'enfant était ou non déjà formé.

La loi ne punit-elle que l'avortement effectué ou punit-elle aussi la tentative d'avortement ? — Dans ses trois paragraphes, l'article 317 prévoit des hypothèses différentes : la peine de la réclusion est prononcée contre tout individu autre que les médecins et autres officiers de santé qui ont procuré l'avortement ; la même peine frappe la femme qui s'est fait avorter elle-même ou qui a consenti à ce qu'on la fit avorter ; enfin, une peine plus forte, celle des travaux forcés, est prononcée, à juste titre, contre les hommes de l'art, si l'avortement a eu lieu. Ces diverses dispositions ont donné lieu à plusieurs questions. Il est certain que la femme n'est frappée que si l'avortement s'en est suivi (Cass., 16 oct. 1817 et 17 mars 1827) ; que l'aggravation de peine n'atteint les hommes de l'art que dans le même cas. Lorsque la tentative n'a pas eu le résultat attendu, il est donc certain que la femme ne peut être poursuivie ; en est-il de même pour tout autre individu ? Existe-t-il, en cette matière spéciale, une dérogation à la règle générale qui punit la tentative d'un crime comme le crime lui-même ? Les auteurs adoptent généralement cette opinion (Legraverend, *Léisl. crim.*, t. I, p. 421 — Bourguignon, *Jurisprudence des Codes*, t. III, p. 292 — Carnot, *Comm. du Code pén.*, t. II, p. 63 — Rauter, *Traité du droit criminel français*, t. II, p. 39 — Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. V, p. 432 — Boitard, *Leçons sur le Code pén.* — Duverger, *Manuel des juges d'instruction*, t. I, n° 16 — Arrêts de la Cour de cassation belge des 21 déc. 1847 (Dall., 48. 2. 22) et 29 janv. 1852 — arrêt de la Cour de Liège du 30 juill. 1850). Les considérations graves présentées par les partisans de cette opinion sont résumées avec netteté dans un arrêt de la Cour d'assises des Deux-Sèvres du 16 décembre 1852 ; nous croyons devoir le reproduire en entier, malgré son étendue :

« Attendu que lorsqu'il y a difficulté sur l'application d'une loi pénale, il est de principe que l'interprétation en doit être faite dans le sens le plus restreint, comme il est de règle qu'il faut consulter l'esprit aussi bien que peser les termes de la loi ; — attendu, quant à l'esprit de l'art. 317, que les magistrats ne sont pas réduits à former des conjectures, puisque les législateurs eux-mêmes ont positivement et officiellement exprimé le but, la signification et la portée de cet article ; qu'en effet dans les discussions qui ont précédé la rédaction de la loi au Conseil d'État, séance du 26 août 1809, il fut demandé que l'on généralisât la disposition qui exempte de punir la femme, lorsque les moyens qu'elle a employés n'ont pas produit l'avortement, et qu'il fut répondu que ces expressions « quiconque a procuré l'avortement » ne laissent pas de doute que leur application se borne aux avortements consommés, ce qui rendait l'amendement inutile ; mais que le principe de l'amendement fut adopté par de graves considérations afférentes à l'espèce du crime, suivies de cette déclaration formelle : « c'est bien assez que l'on » poursuive les auteurs d'un avortement consommé, et la nature des choses prescrit de s'en » tenir là ; » — que l'orateur du Corps législatif, exposant les motifs de la loi, dit expressément : « Il est un attentat des plus graves et pour lequel les rédacteurs de la loi n'ont pas cru devoir punir la seule tentative de le commettre : c'est l'avortement volontaire, » et l'orateur énonçait, en même temps, que l'exemption de peine est acquise indistinctement à la femme ou à tout autre, si l'avortement n'a pas été consommé (1) ; — attendu, quant à la lettre de la loi, que le § 1^{er} de l'art. 317 punit de la réclusion quiconque aura procuré l'avortement d'une femme enceinte ; que le § 2, s'occupant de la femme elle-même, contient deux dispositions distinctes comprises dans une proposition complexe qui peut se décomposer ainsi : 1^o la même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ; 2^o la même peine sera prononcée contre la femme qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés, si l'avortement s'en est suivi ; — que la première disposition du deuxième paragraphe se trouve formulée dans les mêmes termes que le paragraphe premier, et que la proposition conditionnelle « si l'avortement s'en est suivi » n'a pas été exprimée ni dans le

(1) L'orateur ajoutait : « Quand le crime n'est pas consommé, outre que la société n'éprouve aucun tort, il est fort difficile de constater légalement une intention presque toujours incertaine, une tentative trop souvent équivoque... Tout doute cesse si l'avortement a eu lieu ; dès lors le fait conduit à la culpabilité de ses auteurs. »

§ 1^{er}, ni dans la première disposition du § 2, parce que évidemment les mots « aura ou se sera procuré l'avortement » sont exclusifs d'un avortement non consommé; qu'il est de jurisprudence que la première disposition du § 2 déroge, pour la femme, aux règles générales de la tentative, aussi bien que la deuxième disposition du même paragraphe; qu'il est logiquement impossible de ne pas trouver, dans le 1^{er} paragraphe, la même dérogation aux principes généraux de la tentative que dans la première disposition du § 2, les mêmes termes devant avoir la même valeur, emporter la même conséquence; — attendu que ce raisonnement est confirmé par les dispositions du troisième paragraphe de l'art. 317, lesquelles punissent les hommes de l'art et les pharmaciens qui ont indiqué ou administré des moyens abortifs, si l'avortement s'en est suivi, en les frappant d'une peine plus sévère, en raison de leur qualité; que si le législateur eût voulu atteindre les hommes de l'art ou les pharmaciens hors le cas d'un avortement consommé, il l'eût nécessairement exprimé, et le paragraphe qui les concerne, comme formant une catégorie à part d'individus punissables, eût prévu les deux hypothèses, tandis qu'il ne s'applique qu'au cas unique de l'avortement accompli, et exclut virtuellement, par une prétermission calculée, le cas de la simple tentative; qu'il est inadmissible que les hommes de l'art et les pharmaciens, au cas de simple tentative, fussent punis, abstraction faite de la qualité inhérente à leur personne, et qui est, à leur égard, une cause rationnelle permanente d'aggravation, abstraction faite de cette qualité, qui ne peut s'effacer ou apparaître selon les résultats positifs ou négatifs indépendants d'une volonté coupable à elle seule, constitutive de la criminalité; que si les coupables ayant le caractère d'homme de l'art ou de pharmaciens étaient soumis par analogie, ce que les principes du droit pénal ne souffrent pas, aux dispositions du § 1^{er} de l'art. 317 qui punirait, à le supposer, la simple tentative, ils seraient assimilés aux simples particuliers, soumis à la même peine, quoique plus coupables précisément à raison de la qualité dans laquelle ils auraient agi, et qui est justement aggravante en cas d'avortement consommé; en sorte que, pour ceux ayant dans tous les cas agi avec le même caractère, avec la même criminalité, la tentative ne serait pas considérée toujours et dans toutes ses conséquences, comme le crime accompli, et ne serait pas toujours punie de la même peine que le crime perpétré; que le texte positif du 3^e paragraphe de l'art. 317, spécial et seul applicable à l'égard des hommes de l'art et des pharmaciens, ne les punit donc qu'en cas d'avortement procuré, et non en cas d'avortement manqué, sans qu'il soit permis de déclasser cette catégorie d'individus pour les placer sous le coup d'une autre division de l'art. 317; — que l'on ne peut établir juridiquement, à défaut d'un texte précis et irrésistible, qu'un simple particulier serait passible d'une peine en vertu de l'art. 317, § 1^{er}, alors qu'un homme de l'art ou un pharmacien en sont exempts d'après le § 3, comme la femme elle-même d'après le § 2, si l'avortement n'a pas été consommé, mais s'il a été tenté seulement; tandis que toutes les dispositions dudit article, inspirées par une même pensée, ont évidemment pour but de réprimer un même fait, sans acception de personnes; — attendu dès lors que la rédaction de l'art. 317, dans ses diverses dispositions et dans son ensemble, est conforme aux intentions si clairement manifestées par le législateur, dont il reproduit exactement la pensée, de n'atteindre que l'avortement procuré, c'est-à-dire consommé, et nullement la simple tentative de ce crime; — déclare Dubreuil absous. »

Néanmoins, la Cour de cassation a constamment adopté une jurisprudence contraire : elle a décidé par ses arrêts des 16 oct. 1817 — 17 mars 1827 — 15 avril 1830 — 20 juin 1838 — 29 janv. 1852 (Dall. 52. 5. 52) — 20 janv. 1853 (Dall. 53. 1. 72), en cassant l'arrêt de la Cour d'assises des Deux-Sèvres que nous venons de rapporter — 25 juin 1853 (Dall. 53. 5. 44) — 27 nov. et 4 déc. 1856 — 24 juin 1858, en cassant un arrêt d'absolution de la Cour d'assises de la Meurthe (Dall. 58. 1. 428) — 26 juill. 1860, en cassant un arrêt de non-lieu de la chambre des mises en accusation de la Cour de Besançon (Dall. 60. 1. 470) — et du 1^{er} déc. 1860 (Dall. 61. 1. 190), « que les dispositions de l'art. 2 du Code pénal sont générales; qu'elles s'appliquent à tous les crimes; qu'elles ne peuvent être restreintes que dans les cas où la loi a exclu son application; que l'art. 317 ne renferme aucune expression qui excepte formellement la tentative du crime d'avortement des dispositions de l'art. 2, si ce n'est relativement à une femme enceinte; que cette exception, ainsi limitée en faveur de la femme enceinte, démontre évidemment que la même tentative, commise par d'autres individus, est assimilée au crime même (Voyez encore notamment un arrêt de la Cour d'assises de l'Oise du 5 mars 1857.) »

Mais, se refusant à pousser ce raisonnement à ses conséquences extrêmes, elle a décidé aussi qu'il ne peut y avoir de poursuite contre le complice d'une tentative d'avortement lorsque c'est la femme enceinte qui a elle-même commis cette tentative. A une accusation de tentative d'avortement, le jury avait répondu par un verdict négatif, mais en donnant une réponse affirmative à une question posée comme résultant des débats et constatant que l'accusé s'était rendu coupable de complicité d'une tentative d'avortement, pour avoir fourni les instruments et les instructions nécessaires; la défense soutenait qu'aucune peine ne pouvait être prononcée, la tentative ayant été commise par la femme elle-même qui avait fait usage des moyens à elle fournis, et la femme ne pouvant être poursuivie que si l'avortement a eu lieu. Mais la Cour d'assises de l'Ain : « Attendu que l'accusé est reconnu coupable d'avoir fourni les instruments pour provoquer l'avortement; que la tentative n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de sa volonté; qu'il n'est pas exact de dire que dans notre législation on ne peut condamner le complice alors que l'auteur du crime ne saurait être poursuivi; que l'art. 60 punit comme complice d'une action *qualifiée crime ou délit* ceux qui ont fourni des instruments ou donné des instructions pour les commettre; que la seule condition exigée, c'est la qualification de crime ou délit, et que la tentative d'avortement est ainsi qualifiée par le § 1^{er} de l'art. 317 et l'art. 2 combinés; que, dès lors, le complice doit être condamné comme s'il était l'auteur d'après les dispositions de l'art. 59 », avait prononcé une condamnation à cinq années d'emprisonnement en raison des circonstances atténuantes (Cour d'assises de l'Ain, 27 janvier 1864). — Sur le pourvoi, la Cour, tout en proclamant de nouveau que la règle qui assimile la tentative au crime lui-même est absolue; que le § 1^{er} de l'art. 317 n'énonce aucune restriction qui autorise à exclure la tentative de l'avortement; « mais, attendu que la dérogation à l'art. 2 du Code pénal se trouve formellement écrite dans le § 2 de l'art. 317, qui ne prononce de peine contre la femme enceinte, quand elle a cherché à se faire avorter, qu'autant que l'avortement s'en est suivi, ce qui exclut, pour ce cas spécial, la criminalité de la simple tentative; attendu, d'autre part, que l'art. 59 punit le complice de la même peine que l'auteur principal; qu'il ne peut donc y avoir de complicité punissable que quand le fait principal est lui-même qualifié crime ou délit et puni par la loi; d'où il suit que la complicité d'une tentative d'avortement ne peut exister dans le cas où c'est la femme enceinte qui a commis cette tentative », a cassé l'arrêt de la Cour de l'Ain (Cass., 3 mars 1864 Dall. 64. 1. 406). Le même arrêt a décidé, par une conséquence naturelle, que, dans une accusation de cette nature, la question posée au jury est incomplète et irrégulière quand elle porte seulement sur le point de savoir si l'accusé s'est rendu complice d'une tentative d'avortement; qu'il faut en outre demander au jury si la tentative a été commise par une personne autre que la femme enceinte elle-même.

En admettant, même avec cette distinction, le système de la Cour de cassation, et en punissant la tentative comme le crime même, dans ce cas du § 1^{er} de l'art. 317, que faut-il décider lorsqu'une tentative a eu lieu par un des individus mentionnés dans le § 3? Ce paragraphe ne s'applique qu'au cas où l'avortement a été procuré. Faut-il dire qu'étant *spécialement et exclusivement applicable* aux gens de l'art, aucune peine ne peut être prononcée contre eux pour la seule tentative? C'est l'argument de la Cour d'assises des Deux-Sèvres, qui s'en empare, comme nous l'avons vu, pour décider que, dans aucun cas, la tentative n'est punie; mais la Cour de cassation, en cassant cet arrêt, le 20 jan-

vier 1853, a décidé implicitement que le § 3 ne s'occupait que d'un cas particulier, celui où un homme de l'art a effectué l'avortement, et qu'il n'était applicable qu'à ce cas; qu'en conséquence, lorsqu'il y avait eu tentative, c'était le § 1^{er}, qui comprend la généralité des cas et des personnes, qu'il fallait appliquer. Cet arrêt, après avoir, comme celui du 29 janvier 1852 ci-dessus rapporté, établi que les dispositions de l'art. 2 sont générales et ne peuvent être restreintes que par des dispositions formelles, continue en effet ainsi: « Attendu qu'une semblable dérogation est formellement énoncée dans le § 2, dans l'intérêt de la femme; qu'elle existe encore dans le § 3, qui *supprime l'aggravation* de peine à l'égard des médecins et pharmaciens pour le cas même d'une tentative caractérisée, si l'avortement n'a pas eu lieu; que ces exceptions doivent être rigoureusement limitées aux cas spéciaux... » Déjà la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 octobre 1817, s'était prononcée dans le même sens: « Attendu que la troisième disposition de l'art. 317 a pour objet les pharmaciens et les officiers de santé qui font usage de leur art pour procurer des avortements; que, si les moyens par eux indiqués ou employés ont été sans effet, *la loi n'aggrave pas pour eux la peine: ils restent dans la classe commune, et sont punis de la réclusion* » (*Idem.*, Cass., 7 oct. 1858 Dall., 58. 1. 474). — Aux termes de la jurisprudence aujourd'hui établie, on arrive ainsi à ce résultat au moins singulier: 1^o que la femme n'est punie que si l'avortement a eu lieu et non s'il n'a été que tenté; 2^o que tout individu, autre que la femme et les gens de l'art, est puni d'une peine égale, celle de la réclusion, qu'il y ait eu avortement ou seulement tentative; 3^o que les gens de l'art sont punis des travaux forcés s'il y a eu avortement, de la réclusion seulement s'il y a eu tentative; 4^o que le complice d'une tentative d'avortement n'est pas puni si c'est la femme elle-même qui a tenté de se faire avorter, mais qu'il est puni si l'auteur de la tentative est toute autre personne; 5^o et enfin que le complice, comme nous le verrons ci-après, est puni des travaux forcés, si, n'étant pas médecin lui-même, il a été complice d'un homme de l'art ou d'une sage-femme qui a procuré l'avortement.

Dans tous les cas, pour que la tentative soit punie, il faut nécessairement qu'elle réunisse tous les caractères voulus par la loi. En conséquence, doit être annulé l'arrêt de condamnation intervenu sur une réponse affirmative du jury, lorsque, de la question qui lui a été posée, il ne résulte pas clairement que la tentative n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'accusé (Cass., 16 oct. 1817). Serait nul l'arrêt qui condamnerait pour avoir *provoqué* un avortement; car, si le crime a eu un résultat, ce n'est pas une provocation, c'est un avortement; s'il n'y a pas eu de résultat, c'est une tentative, et le jury doit constater qu'elle réunit les circonstances déterminées par la loi. La femme Lagnon, sage-femme, était accusée, suivant les expressions de l'acte d'accusation, d'avoir *procuré* un avortement; l'arrêt de renvoi et le résumé de l'acte d'accusation parlaient seulement d'avoir *provoqué* l'avortement. Le jury l'avait, sur la question qui lui était posée, déclarée coupable de provocation d'avortement, et la Cour d'assises des Basses-Pyrénées l'avait condamnée. Cet arrêt fut cassé par la Cour de cassation, le 16 juin 1853 (Dall. 53. 5. 43):

« Attendu que l'art. 317 prévoit et punit le fait d'avoir *procuré* l'avortement, qu'il est donc nécessaire que l'avortement s'en soit suivi; que la question ne relate nullement cette circonstance; qu'elle se borne à demander si l'accusé est coupable d'avoir *provoqué* l'avortement; que cette énonciation ne renferme pas les éléments constitutifs du crime; que, d'une part, en effet, l'expression de provocation n'exprime pas que l'avortement provoqué ait été effectué, et que, d'un autre côté, si ce mot se réfère à une tentative, il n'est point énoncé que cette ten-

tative n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur; qu'ainsi l'arrêt attaqué a fait l'application de la peine portée par l'art. 317 à un fait qui n'avait pas les caractères du crime prévu par cette disposition...; — casse. »

Seulement, comme l'accusation d'avoir *procuré* l'avortement n'était pas purgée, la femme Lagnon fut renvoyée par le même arrêt devant une autre cour.

Est régulièrement posée et renferme toutes les conditions de criminalité exigées par l'art. 317 la question suivante: L'accusé est-il coupable d'avoir administré à la fille N..., qui était enceinte, des moyens propres à lui procurer l'avortement, lequel avortement a été, en effet, le résultat de l'emploi desdits moyens? Il n'est pas nécessaire d'interroger le jury d'une manière spéciale sur le point de savoir si celui qui a administré ces moyens savait qu'ils devaient servir à cet avortement; la volonté criminelle, nécessaire ici comme pour tous les crimes, résulte suffisamment de la question posée dans les termes de l'art. 315 (Cass., 9 févr. 1850 Dall. 50. 5. 42 — 18 oct. 1850 Dall. 50. 5. 43).

Il est évident que les manœuvres tentées pour procurer l'avortement d'une femme dont la grossesse n'aurait été qu'apparente, ne tomberaient pas sous l'application de l'art. 317; si, lorsqu'il s'agit d'un crime d'avortement consommé, la condition de la grossesse de la femme peut ne pas être énoncée expressément dans la question posée au jury, parce qu'il n'y a pas d'avortement possible sans grossesse antérieure, il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une simple tentative de ce crime; cette tentative d'avortement pouvant avoir eu lieu sans qu'il y ait grossesse, il suit de là qu'en matière de tentative d'avortement la qualification manque d'un élément essentiel si le fait de la grossesse n'y est pas formellement énoncé; doit donc être cassé l'arrêt prononçant une condamnation lorsque la question a été posée en ces termes: « L'accusé est-il coupable d'avoir... tenté de procurer l'avortement de... », car elle ne constate ni implicitement ni explicitement que la femme fût enceinte, alors que l'arrêt de renvoi avait expressément retenu cette circonstance (Cass., 6 janv. 1859 Dall. 59. 1. 336).

Le crime d'avortement porte en lui-même sa qualification légale, abstraction faite des moyens qui peuvent avoir été employés pour l'obtenir, et il n'est pas nécessaire que le moyen spécial qui a été employé soit indiqué dans les questions soumises au jury (Cass., 26 janv. 1839).

Nous avons vu qu'il y avait une grande différence entre l'avortement et l'infanticide: aussi a-t-il été jugé que la tentative d'avortement ne pouvait être considérée par la Cour d'assises comme une circonstance ou une modification du crime d'infanticide, et ne pouvait dès lors être posée au jury, comme résultant des débats, dans une accusation d'infanticide (Cass., 16 oct. 1817 — 30 janv. 1851 Dall. 51. 5. 14). — Voy. l'article X, DE L'INFANTICIDE.

La circonstance aggravante tirée de la qualité de médecins, de chirurgiens et autres officiers de santé, ou de pharmaciens, doit faire l'objet d'une question particulière posée séparément au jury (Cass., 10 déc. 1835 — 26 janv. 1839 — 16 juin 1853 Dall. 53. 5. 134). La femme Vasselín, sage-femme, était poursuivie pour avortement; sa qualité était relevée par l'arrêt de mise en accusation; mais le jury n'avait pas été consulté et ne s'était pas prononcé sur cette qualité: il s'était borné à la déclarer coupable d'avortement. La Cour d'assises de la Seine l'avait cependant condamnée, par application des peines édictées par le § 3 de l'art. 317. Cet arrêt de condamnation fut annulé par la Cour de cassation le 31 janv. 1854, et la femme Vasselín fut renvoyée devant une autre Cour d'assises pour voir statuer sur l'application de la loi pénale, la déclaration du jury tenant (Dall. 54. 5. 69). La circonstance aggravante est régulièrement posée lorsque,