



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

**Le masseur-kinésithérapeute et le toucher :
aspects juridiques**
**The masseur-physiotherapist and touch: legal
aspects**

Isabelle POIROT-MAZERES

Professeur de droit public
Université Toulouse Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Le masseur-kinésithérapeute et le toucher : aspects juridiques



The masseur-physiotherapist and touch: Legal aspects

Isabelle Poirot-Mazeres

Université Toulouse Capitole, 2, rue Gabriel-Marty, 31042, Toulouse cedex, France

RÉSUMÉ

L'essence de toute relation de soins, quel que soit le professionnel qu'elle implique, est la proximité et le contact des corps, celui qui souffre et celui qui cherche à soulager. Ce « corps à corps » est flagrant dans les pratiques de massage thérapeutique et de rééducation qui sont depuis l'origine des compétences du masseur-kinésithérapeute et sont actuellement encadrées par le Code de la santé publique. Si le toucher est ainsi au cœur de leur pratique, il comporte aussi une part de risque. Il met en effet en jeu l'intimité et la pudeur du patient et tout dérapage, notamment dans certains touchers, constitue une atteinte à la dignité de la personne, susceptible de poursuites ordinaires, disciplinaires et/ou pénales ainsi d'actions en dommages-intérêts devant le juge. La relation de soins en masso-kinésithérapie, plus encore que toute autre, suppose donc une information précise de la personne prise en charge, le recueil systématique et si nécessaire réitéré de son consentement et un respect permanent de son intégrité physique et psychique.

© 2023 Elsevier Masson SAS. Tous droits réservés

SUMMARY

The essence of any caring relationship, whatever the professional involved, is the proximity and contact of bodies, the one who suffers and seeks relief. This "body to body" is flagrant in therapeutic massage and rehabilitation practices, which have been since the origin of skills of the masseur-physiotherapist and are governed by the public health Code. If touch is thus at the heart of their practice, it also involves risk. It involves the intimacy and modesty of the patient, and any slippage, any deviation, in particular in specific touches, constitutes attacks on the person's dignity, subject to ordinal, disciplinary proceedings and/or criminal, as well as actions for damages before the judge. Therefore, any massage care relationship physiotherapy presupposes at least precise information for the person being cared for, the collection systematic and repeated, if necessary, of his consent and permanent respect for his physical and psychological integrity.

© 2023 Elsevier Masson SAS. All rights reserved

Note de la rédaction

Chaque article publié dans ce dossier thématique de Kinésithérapie la Revue a été expertisé par le comité scientifique du Colloque de la Compagnie Nationale Des Experts Physiothérapeutes et autres Professionnels de Santé (CNEPPS), organisé par la faculté de droit Toulouse Capitole et la CNEPPS le 18 novembre 2023.

Ces textes ont préalablement été étudiés, sélectionnés et validés par l'organisateur, selon une procédure qui lui appartient.

En ce sens, Kinésithérapie la Revue n'a pas effectué de contrôle éditorial de ces contenus qui respectent les règles d'éthique et de déontologie.

MOTS CLÉS

Dignité et respect de l'intégrité de la personne
Information et consentement
Intimité et pudeur
Massage
Recommandations de bonne pratique
Rééducation
Toucher pelvien

KEYWORDS

Dignity and respect for the integrity of the person
Information and consent
Privacy and modesty
Massage
Best practice guidelines
Rehabilitation
Pelvic touch

Adresse e-mail :
Isabelle.poirot-mazeres@ut-capitole.fr

DOI des articles originaux :
<http://dx.doi.org/10.1016/j.kine.2023.08.009>
<http://dx.doi.org/10.1016/j.kine.2023.08.010>
<http://dx.doi.org/10.1016/j.kine.2023.08.005>
<http://dx.doi.org/10.1016/j.kine.2023.08.008>
<http://dx.doi.org/10.1016/j.kine.2023.08.011>
<http://dx.doi.org/10.1016/j.kine.2023.08.006>

L'essence de toute relation de soins, quel que soit le professionnel qu'elle implique, est la proximité et le contact des corps, celui qui souffre et celui qui cherche à soulager. Le diagnostic puis le traitement mobilisent tous les sens du soignant comme le décrivait déjà Hippocrate : « Savoir que les jugements se font par les yeux, les oreilles, le nez, la main et les autres moyens par lesquels nous connaissons. Le malade, l'opérateur, celui-ci palpant, flairant ou goûtant » [1]. Dans cette confrontation au mal, « rarement la perception d'un sens est isolée et si la vue est essentielle, elle est liée, lors de la consultation, au toucher. C'est le sens du proche, du contact avec l'intime car il implique le corps à corps par le biais des mains » [2]. Nécessaire, ce contact conduit toutefois le praticien à briser le tabou fondamental du *noli me tangere*, injonction évangélique qui renvoie en droit de la santé au respect de l'intégrité et de l'inviolabilité du corps humain. Il n'est ainsi autorisé à toucher le patient que sous certaines conditions strictes, posées par le Code civil (article 16-3) et spécifiées pour chaque professionnel de santé par les textes, singulièrement le Code de la santé publique (CSP). Les thérapies manuelles sont de la sorte juridiquement prévues et encadrées.

Encore faut-il s'entendre sur le sens et la portée de l'habilitation accordée aux masseurs-kinésithérapeutes. Depuis la reconnaissance officielle de la profession, le toucher y a place cruciale sans être exclusive, de telle sorte que si l'on peut y voir une marque forte d'identité, ses compétences ont toujours été plus larges. En effet lorsque le législateur a donné en 1946 un statut aux masseurs-kinésithérapeutes, il leur a conféré le monopole du massage mais aussi celui de la gymnastique médicale, laquelle recouvre actuellement les actes « à visée de rééducation neuromusculaire, corrective ou compensatrice, effectués dans un but thérapeutique ou préventif » (CSP, article 4321-4). Or les exercices de rééducation ne sollicitent qu'en partie, et de moins en moins, le toucher direct au point d'alimenter le débat, largement commenté, entre le *hands-on* et le *hands-off*.

Cette dualité classique de la pratique de la kinésithérapie s'inscrit désormais dans un contexte propice à la controverse dès qu'elle conduit à questionner, dans leurs nécessité et pertinence, les pratiques en lien avec le corps et la perception qu'en ont les sujets. Les évolutions sociétales et sociologiques, marquées par l'affirmation de l'autonomie des patients comme l'exacerbation de certaines sensibilités, ont conduit bon nombre de professionnels, *nolens volens*, à circonscrire les thérapies manuelles au strict nécessaire face à leurs risques latents, alors même qu'elles restent pour beaucoup, praticiens et patients, le cœur de la profession de masseur-kinésithérapeute [3,4] (1). De fait, il est d'évidence que si « le contact est la matérialité d'un acte technique, le toucher est ce que peut accepter un(e) patient(e), c'est-à-dire un contact consenti par une *psyché*. Un(e) soignant(e) ne peut entrer en contact avec un corps que s'il respecte une volonté souveraine, un consentement formulé expressément. Car le corps n'est jamais dissociable d'un psychisme, jamais détachable d'une intériorité »¹, qu'il

importe de respecter : le contact n'est admissible qu'avec tact. De telle sorte qu'à être une dimension importante de l'identité de la profession, le toucher en est aussi intrinsèquement un risque, à cerner dans ses différentes formes et à anticiper dans ses manifestations (II).

LE TOUCHER AU CŒUR DE LA PRATIQUE MASSO-KINÉSITHÉRAPIQUE

Les masseurs-kinésithérapeutes ne peuvent exercer que dans un cadre de compétences précis, qui est défini par les textes et duquel ils ne sauraient s'abstraire. Le périmètre ainsi tracé, qui recoupe en grande partie les thérapies manuelles mais sans exclusive, est de ce fait régulièrement interrogé au motif de l'exercice illégal tant de la masso-kinésithérapie que de ce qui n'en relève pas.

A. Un cadre de compétences construit autour des thérapies manuelles

Inscrits dans le Code de la santé parmi les professionnels de santé, et plus précisément les auxiliaires médicaux, les masseurs-kinésithérapeutes voient leur champ de compétences délimité dans ses grandes lignes par l'article L.4321-1 du Code de la santé publique : « La pratique de la masso-kinésithérapie comporte la promotion de la santé, la prévention, le diagnostic kinésithérapique et le traitement des troubles du mouvement ou de la motricité de la personne » et « des déficiences ou des altérations des capacités fonctionnelles ». Cette présentation s'éloigne de l'appréhension originelle, celle de la loi fondatrice du 30 avril 1946², axée sur les deux marqueurs classiques de la profession en lien avec le toucher que sont le massage et la gymnastique médicale. La définition en sera régulièrement reprise, en particulier dans la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 qui précise que « la profession de masseur-kinésithérapeute consiste à pratiquer habituellement le massage et la gymnastique médicale » (art.48).

Cette approche, initialement claire, s'est progressivement révélée, avec l'évolution des techniques et des pratiques, tout à la fois inadaptée et décalée au regard de la réalité du métier de kinésithérapeute oscillant désormais entre médicalisation et recherche du bien-être. Ainsi, depuis la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016, les termes vagues de « massage » et de « gymnastique médicale » ont disparu pour ne figurer qu'au titre des actes professionnels autorisés, lesquels font l'objet d'un décret de compétences. La profession elle-même est désormais définie non plus par ces actes mais au travers de missions générales, celles de tout professionnel de santé, et d'une singularité, le diagnostic et le traitement kinésithérapiques (CSP, L.4321-1). Rappelons à ce propos qu'à partir du point d'ancrage que constitue le monopole des médecins, institué officiellement par la loi Chevandier du 30 novembre 1892 (article 1^{er}), les cadres légaux d'exercice des autres professionnels de santé, médicaux puis « auxiliaires », sont déclinés par degrés.

¹Loi n° 46-847 du 30 avril 1946 tendant à réglementer l'exercice des professions de masseur gymnaste médical et de pédicure.

²Loi n° 46-847 du 30 avril 1946 tendant à réglementer l'exercice des professions de masseur gymnaste médical et de pédicure.

Les premiers, chirurgiens-dentistes et sages-femmes, ont un exercice médical autorisé dans leur domaine de compétence et disposent d'une habilitation spécialisée à intervenir sur le corps d'autrui, alors que les seconds ne peuvent accomplir que les seuls actes figurant sur une liste préétablie, sauf « en cas d'urgence et en l'absence d'un médecin », situation exceptionnelle permettant de délivrer les premiers soins.

Dans ce cadre contraint, la masso-kinésithérapie « consiste en des actes réalisés de façon manuelle ou instrumentale » et ce notamment « à des fins de rééducation, qui ont pour but de prévenir l'altération des capacités fonctionnelles, de concourir à leur maintien et, lorsqu'elles sont altérées, de les rétablir ou d'y suppléer » (CSP, R.4321-1). Le massage est également précisément défini comme « toute manœuvre externe, réalisée sur les tissus, dans un but thérapeutique ou non, de façon manuelle ou par l'intermédiaire d'appareils autres que les appareils d'électrothérapie, avec ou sans l'aide de produits, qui comporte une mobilisation ou une stimulation méthodique, mécanique ou réflexe de ces tissus » (CSP, R.4321-3) et la gymnastique médicale présentée comme « la réalisation et la surveillance des actes à visée de rééducation neuromusculaire, corrective ou compensatrice, effectués dans un but thérapeutique ou préventif afin d'éviter la survenue ou l'aggravation d'une affection », le masseur-kinésithérapeute utilisant « à cette fin des postures et des actes de mobilisation articulaire passive, active, active aidée ou contre résistance, à l'exception des techniques ergothérapiques » (CSP, R.4321-4). Partant, l'une et l'autre de ces activités traditionnelles de la profession se trouvent inscrites dans un champ clairement thérapeutique par l'effet conjugué tant de la définition légale de la profession que de leur description réglementaire. Cette médicalisation de la masso-kinésithérapie a eu pour conséquence induite de casser le monopole des masseurs-kinésithérapeutes sur le massage, qu'il soit thérapeutique ou de bien-être, ainsi que l'a entériné la Cour de cassation le 29 octobre 2021³. De ce fait, leur compétence exclusive en la matière ne concerne plus que les massages relevant des actes thérapeutiques, ce qui a contribué à la relégation de la pratique en activité seconde, voire délaissée, des kinésithérapeutes [5] (p532) au point d'être menacée de disparaître de l'intitulé même de la fonction⁴.

Par ailleurs, si de nombreux actes sont ouverts à la profession par les textes, ils le sont en principe sur prescription médicale, dans la lignée d'une tradition d'« auxiliaire » médical aujourd'hui battue en brèche par l'ouverture d'un accès direct, fût-il conditionné⁵ : il en est ainsi des différents traitements de rééducation énumérés par l'art. R.4321-5 et des évaluations qui sont utiles à leur réalisation, comme de la surveillance de l'appareillage et des moyens d'assistance (CSP, R.4321-6). Pour la mise en œuvre de ces traitements, le masseur-

kinésithérapeute est habilité, entre autres, à pratiquer divers actes qui impliquent le toucher : « massages, notamment le drainage lymphatique », toujours à visée thérapeutique, et diverses manipulations, telles que « postures et actes de mobilisation articulaire (...) ; mobilisation manuelle de toutes articulations, à l'exclusion des manœuvres de force, notamment des manipulations vertébrales et des réductions de déplacement osseux ; étirements musculotendineux ; etc. » jusqu'à « la pressothérapie » (CSP, R. 4321-7). Enfin, au dernier degré de la fêrle médicale, l'article R.4321-8 prévoit que « sur prescription médicale, et à condition qu'un médecin puisse intervenir à tout moment, le masseur-kinésithérapeute est habilité à pratiquer des elongations vertébrales par tractions mécaniques, par mise en œuvre manuelle ou électrique ; à participer à la rééducation cardiovasculaire de sujets atteints d'infarctus du myocarde récent et à procéder à l'enregistrement d'électrocardiogrammes au cours des séances de rééducation cardiovasculaire, l'interprétation en étant réservée au médecin, et à participer à la rééducation respiratoire ». Remarque brève sur le diagnostic kinésithérapique : s'il traduit la marge d'autonomie professionnelle du masseur-kinésithérapeute et l'aboutissement d'une démarche d'évaluation propre à celui-ci, s'il a son objet et ses finalités spécifiques – « le mouvement humain perturbé » [6] –, il s'inscrit toujours dans le sillage du diagnostic médical et dans le cadre de la prescription médicale, avec « les objectifs de soins, ainsi que le choix des actes et des techniques qui lui paraissent les plus appropriés » (CSP, R.4321-2).

Il découle de cet encadrement que tout acte pratiqué en méconnaissance de ce qu'il prévoit est constitutif d'un « exercice illégal d'actes ne relevant pas de la profession ». Tel est le cas, a jugé la chambre disciplinaire nationale, d'un masseur-kinésithérapeute qui injecte des produits de mésothérapie sous le talon d'une patiente atteinte d'un cancer afin de soulager une aponévrosite plantaire, geste non autorisé qui a de plus « entraîné des complications exigeant des soins infirmiers, une antibiothérapie ainsi qu'un prélèvement confirmant la présence de staphylocoques ». La décision relève d'une part que « l'injection de produits de mésothérapie ne figure pas dans la liste des actes susceptibles d'être réalisés par un masseur-kinésithérapeute » et d'autre part que l'intéressé « n'apporte aucune explication sur les motifs de cette injection en l'absence de toute urgence médicale »⁶. De surcroît, « en engageant de tels soins qu'il n'entraîne pas dans sa qualification d'effectuer », le professionnel en cause a délibérément fait prendre à sa patiente des risques injustifiés, en violation de l'une de ses obligations déontologiques les plus strictes⁷.

Bien défini, le domaine d'intervention des masseurs-kinésithérapeutes se voit toutefois régulièrement questionné dans sa délimitation.

³Cass. Crim., 29 juin 2021, pourvoi n° 20-83.292.

⁴Enquête menée auprès des professionnels dont les résultats ont été présentés lors des 20^e Assises nationales de la kinésithérapie, en juin 2022 sur « Les spécificités d'exercice, le nouveau visage de la profession ? » : à la dénomination « masseur-kinésithérapeute », 77 % des répondants préféraient celle de « kinésithérapeute », et 48 % se reconnaissaient dans l'intitulé de « physiothérapeute ».

⁵Loi n° 2023-379 du 19 mai 2023 portant amélioration de l'accès aux soins par la confiance aux professionnels de santé (article 3).

⁶Ordre national des masseurs-kinésithérapeutes, Chambre disciplinaire nationale (CDNOMK), 7 février 2020, CNOMK c. M. B., n° 034-2019.

⁷Cf *infra*.

B. Un périmètre de compétences à l'épreuve du réel

Un périmètre discuté

En lien avec le toucher mais en lisière des actes admis, certaines activités ont suscité des problèmes de qualification, certains soumis aux juges. L'une de ces pratiques, le *dry-needling*, ou « puncture kinésithérapique par aiguille sèche », reste juridiquement mal stabilisée, malgré l'intervention récente du Conseil d'État qui s'est prononcé sur deux recours relatifs aux mentions que les masseurs-kinésithérapeutes sont autorisés à faire figurer dans leurs documents professionnels, leur plaque ou les annuaires à destination du public. L'un d'eux portait plus particulièrement sur la reconnaissance de formations permettant de faire état d'une « spécificité d'exercice », c'est-à-dire d'une pratique préférentielle du praticien, en l'espèce le *dry-needling*, technique de physiothérapie à base de piqûres effectuées à l'aide d'aiguilles d'acupuncture stériles pour traiter les contractures. Si le juge administratif a annulé l'avis du Conseil national de l'Ordre (CNOMK) du 13 juin 2018 visant à reconnaître le *dry-needling* comme faisant partie des actes professionnels et à conditionner sa pratique à la réalisation d'une formation complémentaire sanctionnée par le collège de la masso-kinésithérapie, il ne l'a fait que sur le fondement de l'incompétence de celui-ci. Il ne s'est en revanche pas prononcé directement sur la qualification même du *dry-needling* alors même que le rapporteur public dans ses conclusions avait pris clairement position : « cette technique, soulignait-il sans autre commentaire, nous paraît se rattacher aux actes de relaxation neuromusculaire, que le masso-kinésithérapeute est habilité à réaliser en application du 7° de l'article R. 4321-7 du Code de la santé publique. Elle se distingue de l'acupuncture, qui est une technique médicale, consistant à insérer dans le corps plusieurs aiguilles en même temps et de façon prolongée »⁸. Or, interrogée en 2017, l'Académie de médecine avait retenu la solution inverse en des termes lapidaires : « la technique de la puncture kinésithérapique ne figure pas sur la liste des actes professionnels que les masseurs-kinésithérapeutes sont autorisés à faire. Cette constatation est importante à prendre en considération dans la mesure où il s'agit d'un acte de soin invasif ». La question reste donc dans le flou juridique et sous la menace de l'exercice illégal de la médecine [7]. En effet, alors même que l'acupuncture est réservée aux médecins et que toute pratique est sanctionnée par le juge à ce titre, l'on ne voit guère en quoi le *dry-needling* s'en distingue fondamentalement, malgré certaines dénégations⁹. La technique s'apparente à une acupuncture *soft*, souvent d'ailleurs désignée sous l'expression « puncture sèche », utilise les mêmes aiguilles à usage unique dans un but thérapeutique, sans injection de produit, sur des parties du corps bien ciblées et après la réalisation d'un protocole

d'hygiène et de désinfection strict. Elle comporte du fait même du franchissement même de la barrière cutanée des risques médicaux particuliers (infection ou lésions), ceux-là mêmes qu'exposent avec précision mais non sans paradoxe les directives de la Société Française de *Dry-Needling*¹⁰, en imposant *a minima*, non seulement l'information afférente de l'assureur du professionnel mais aussi une formation dédiée. À ce propos, le fait même que le CNOMK se soit attaché à produire des recommandations sur le sujet ne saurait constituer, précise le Conseil d'État, un nouveau titre de compétences pour les masseurs-kinésithérapeutes que seul le gouvernement est habilité à créer.

D'autres techniques à base de toucher(s) ont également suscité des questionnements quant à leur qualification d'actes professionnels autorisés aux masseurs-kinésithérapeutes : l'usage des ventouses, finalement exclu car jugé par le CNOMK « insuffisamment éprouvé et faisant courir au patient un risque injustifié de lésion (saignement, brûlure, etc.) »¹¹ ; ou la micro-kinésithérapie qualifiée – sans démenti du Conseil d'État – de « méthode non fondée sur les données acquises de la science (...) illusoire et non éprouvée » dont la pratique « par un masseur-kinésithérapeute, sous quelque forme que ce soit, constitue une dérive thérapeutique »¹².

Un périmètre disputé

Les pratiques manuelles ne sont pas l'apanage des masseurs-kinésithérapeutes, même si historiquement elles furent la justification de l'émergence de la profession comme « auxiliaire de santé ». Le massage s'est en effet imposé au cours du XIX^e pour ses vertus thérapeutiques, porté par un processus de spécialisation médicale qui a conduit les médecins à s'adjoindre les services d'aides spécifiquement formés « pour assurer les gestes thérapeutiques externes, localisés et répétitifs donc facilement contrôlables » [5] (p527). Très vite toutefois, comme le rappelle Alain Macron, le développement et le succès de la technique ont aiguisé les ambitions d'autres professions en santé et les revendications de métiers oscillant entre santé et bien-être.

Versus métiers du bien-être. La distinction est acquise, consacrée clairement par le juge, au grand dam de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes ayant vainement multiplié les recours pour exercice illégal, principalement à l'encontre des esthéticiens, qu'il s'agisse de la pratique du drainage lymphatique, de l'utilisation d'appareils de palper-rouler mécanique ou du massage manuel. La Cour de cassation semble avoir clos les débats en s'appuyant sur la nouvelle rédaction de la masso-kinésithérapie par la loi de 2016 qui ne fait plus référence directe au massage¹³. Pour le juge, la lecture combinée des articles L. 4321-1 et R. 4321-1 du Code de la santé publique conduit à considérer que « seul est qualifiable d'acte professionnel de masso-kinésithérapie

⁸Concl. M. Florian Roussel sur CE, 10 mai 2022, *Société française de Dry-Needling*, n° 439652 ; M. H..., n° 441497.

⁹Cf Société Française de *Dry-Needling* : « Excepté l'utilisation d'aiguilles identiques, le traitement en DN n'a aucun point commun avec l'acupuncture classique. Le DN est une technique invasive minimaliste, pour laquelle il est établi des règles spécifiques ».

¹⁰« Directives françaises pour la pratique sécurisée du *dry-needling* », 25 avril 2023 : notamment Point 9. *Les complications possibles du Dry-Needling* : pneumothorax, blessures des organes et nerveuses, saignements, infections, réactions neurovégétatives, fracture de l'aiguille... [en ligne].

¹¹Avis CNOMK, 18 mars 2021 relatif à la pratique des ventouses.

¹²Avis CNOMK, 18 février 2020 modifiant l'avis n° 2013-02 des 20-21 mars 2013 relatif à la « microkinésithérapie » et CE, 19 février 2021, n° 440021.

¹³Cass. Crim., 29 juin 2021, 20-83.292 et 294, publié au bulletin.

le massage qui a pour but de prévenir l'altération des capacités fonctionnelles, de concourir à leur maintien et, lorsqu'elles sont altérées, de les rétablir ou d'y suppléer ». Hors de ce cadre thérapeutique, toute personne peut pratiquer des massages, à cette nuance près que l'activité fait l'objet d'une formation dédiée pour les esthéticiennes sous la dénomination de « modelages esthétiques de confort sans finalité médicale »¹⁴, sans que l'on puisse toujours faire le distinguo avec les massages de bien-être qui leur sont aussi permis. Quant à savoir ce qui relève ou non de la thérapeutique, l'appréciation se fait au cas par cas...

Entre professions de santé. La pratique du massage est également partagée avec d'autres professions de santé, dès lors qu'elle reste sans finalité thérapeutique. Certains exercices posent toutefois de délicats dilemmes de répartition des compétences. Tel est en particulier le cas de la rééducation périnéale, qui relève, selon le contexte, de la kinésithérapie ou de la maïeutique. Le masseur-kinésithérapeute est habilité, mais toujours sur prescription d'un médecin, « à participer aux traitements de rééducation concernant des séquelles, notamment la rééducation périnéo-sphinctérienne dans les domaines urologique, gynécologique et proctologique, y compris du post-partum à compter du quatre-vingt dixième jour après l'accouchement » (CSP, R.4321-5) et peut à cette fin, comme l'y autorise l'article R.4321-7, utiliser le massage, les étirements musculotendineux et l'électrophysiothérapie, ce qui participe de la rééducation périnéale. Les sages-femmes ont cette même compétence mais dans le cadre contraint qui leur est donné par la loi, c'est-à-dire limitée aux actes de rééducation périnéo-sphinctérienne destinés à « traiter les troubles consécutifs à un accouchement » (CSP, R.4127-318). Au-delà des points de repère clairs que sont l'accouchement et la limite temporelle, qui marquent les limites des compétences respectives des sages-femmes¹⁵ et des masseurs-kinésithérapeutes¹⁶, la répartition devient byzantine comme le relève pertinemment l'un des spécialistes de la question, Erwann Le Rumeur, dans le cas de femmes ayant déjà accouché. Si les problèmes surgissent dans les 90 jours, seules les sages-femmes peuvent les prendre en charge sous réserve que, préalablement ou durant la grossesse, la patiente n'ait pas eu de problèmes urinaires ou anaux, auquel cas le kinésithérapeute reste compétent dès lors que l'accouchement n'est pas en cause. Tout est ensuite affaire d'interprétation : si la rééducation s'avère nécessaire au moment de la ménopause, par principe seul le

kinésithérapeute est habilité à la pratiquer, sauf à ce que l'on oppose à cet argument, comme pourraient le faire les sages-femmes, le fait que les problèmes de continence sont bien « des troubles consécutifs à un accouchement ».

Au regard des professionnels de la santé que sont les ostéopathes et les chiropracteurs. Les relations conflictuelles des masseurs-kinésithérapeutes avec ces deux professions « manuelles », légalisées l'une et l'autre par la loi Kouchner en 2002, ont suffisamment été analysées pour ne pas souffrir de n'être qu'effleurées. Pratiques proches au point d'être souvent confondues par les patients, elles disposent toutefois de statuts juridiques très différents qui se répercutent sur la construction du parcours de soins et les remboursements par l'Assurance-Maladie. Si les masseurs-kinésithérapeutes sont des professionnels de santé, intervenant sur prescription médicale, tel n'est pas le cas des ostéopathes et chiropracteurs, qui n'ont pas été reconnus comme tels, simples professionnels de la santé que les patients peuvent consulter librement, sans être passés au préalable par leur médecin traitant, leurs actes étant toutefois pris en charge par la très grande majorité des mutuelles. La proximité des métiers comme la reconnaissance institutionnelle publique de l'ostéopathie et de la chiropraxie, soumises de surcroît à des contraintes juridiques moindres, alimentent régulièrement les tensions avec les kinés¹⁷ malgré la complémentarité des approches et des rapprochements devenus en pratique fréquents.

La consécration d'un accès direct des patients aux kinésithérapeutes peut être de nature à apaiser les oppositions dès lors qu'elle conforte leur pratique comme référence première des thérapies manuelles. C'est d'ailleurs comme telle et au regard des responsabilités qui incombent aux masseurs-kinésithérapeutes qu'elle est soumise au respect d'un cadre juridique strict sous sanction juridictionnelle.

LA RELATION DE SOINS MASSO-KINÉSITHÉRAPIQUE AU RISQUE DU TOUCHER

Le Code de la santé publique, dans le titre I de son livre 1^{er}, consacre un certain nombre de droits au bénéfice des patients, qui ne sont pour beaucoup que le reflet inverse des devoirs traditionnellement imposés aux médecins, et que l'on retrouve dans les différents codes de déontologie, les uns et les autres adaptant ponctuellement leurs formulations à la spécificité de la profession de santé visée. Le Code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes ne fait pas exception qui énumère diverses obligations à respecter dans la relation aux patients, certaines impliquant plus particulièrement le toucher. Elles posent de ce fait des questionnements renforcés quant au risque de mise en cause du praticien comme de ressenti du patient et appellent en retour des précautions minimales.

¹⁴Lois n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat (article 16) et n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, article 48 : « On entend par modelage toute manœuvre superficielle externe réalisée sur la peau du visage et du corps humain dans un but exclusivement esthétique et de confort, à l'exclusion de toute finalité médicale et thérapeutique. Cette manœuvre peut être soit manuelle, éventuellement pour assurer la pénétration d'un produit cosmétique, soit facilitée par un appareil à visée esthétique ».

¹⁵Les sages-femmes, en principe, ne peuvent pas réaliser cette rééducation auprès des femmes qui n'ont jamais accouché et, en cas de pathologie, elles doivent faire appel à un médecin pour pratiquer les soins sur prescription médicale. Cf. Ordre des masseurs-kinésithérapeutes, Circulaire/cno/juridique/2017-02-10/exercice/compétences respectives sages-femmes et mk/n° 01620170407.

¹⁶Pour une rééducation périnéale hors contexte d'accouchement : CE, 17 juillet 2013, n° 354171.

¹⁷CE 22 novembre 2019, Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, n° 422861.

A. Le respect d'exigences fondamentales en lien avec le toucher

Qualité, sécurité et efficacité des soins

Selon l'article L.1110-5 du CSP, « toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir, sur l'ensemble du territoire, les traitements et les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire et le meilleur apaisement possible de la souffrance au regard des connaissances médicales avérées ». Ces obligations sont également inscrites dans le Code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes, dont l'article 59 précise que dans le cadre des compétences qui lui sont reconnues, « le masseur-kinésithérapeute est libre de ses actes qui sont ceux qu'il estime les plus appropriés en la circonstance » et doit limiter ses interventions « à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins » en prenant en compte « les avantages, les inconvénients et les conséquences des différents choix possibles ». L'article 80 reprend une formule jurisprudentielle classique¹⁸ selon laquelle dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le praticien s'engage personnellement à assurer au patient « des soins consciencieux, attentifs et fondés sur les données acquises de la science » et l'article 81 souligne que « le masseur-kinésithérapeute élabore toujours son diagnostic avec le plus grand soin, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées ».

L'Ordre a eu l'occasion de statuer sur ces fondements en sanctionnant en particulier les insuffisances d'un diagnostic préalable à une séance de rééducation par électrostimulation, qui n'avait pas permis d'appréhender que le patient présentait des antécédents cardiaques, avait subi un triple pontage coronarien et portait un défibrillateur, autant de données non recherchées par le praticien et pourtant contre-indiquées¹⁹. *A contrario*, il a refusé d'identifier une faute dans le choix ou la réalisation du traitement opérés par un professionnel mis en cause par des patient au ressenti erroné quant à la conformité et à la qualité des soins prodigués²⁰.

En parallèle, tout soignant se doit de ne pas faire courir de risques injustifiés au regard des bénéfices escomptés (CSP, L.1110-5 et R.4321-88)²¹ et, corrélativement, le masseur-

kinésithérapeute « s'efforce de soulager les souffrances du patient par des moyens appropriés à son état » (CSP, R.4321-85) et « ne peut conseiller et proposer au patient ou à son entourage comme étant salubre ou sans danger, un produit ou un procédé, illusoire ou insuffisamment éprouvé. Toute pratique de charlatanisme est interdite » (CSP, R.4321-87).

Il est à ce propos acquis que tout comportement ou geste est mesuré en référence aux recommandations de bonne pratique dont on sait qu'elles sont l'une des expressions des « données acquises de la science » et des « connaissances médicales avérées », quelles que soient les professions de santé concernées. L'exigence de qualité repose ainsi sur des référentiels et des standards de comportement élaborés par la communauté scientifique elle-même, ou les autorités sanitaires comme la HAS, qui permettent de s'assurer que les pratiques suivies sont conformes à un ensemble de critères et procédures établis et reconnus comme optimaux au regard de l'acte de soins ou de la situation pathologique en cause. Il ne s'agit pas d'exiger du professionnel un savoir absolu, mais simplement d'exiger de lui la maîtrise de connaissances acquises, prouvées et diffusées, qui permettent de définir, face à une situation pathologique, le comportement standard d'un professionnel avisé et rationnel (« bonus medicus familias »). Les recommandations de bonne pratique, traduction des règles de l'art, tirent leur autorité de leur validité scientifique et comme telles sont des guides à la décision et à la prise en charge²². Elles n'ont pas donc par elles-mêmes de valeur juridique contraignante²³ mais elles permettent simplement de savoir et comprendre ce que sont les données acquises de la science à un moment donné, et quel comportement se doit d'adopter le praticien face aux circonstances. Dès lors que le praticien a respecté ces recommandations, il est présumé avoir agi correctement et n'avoir pas commis de faute. Il garde toutefois la faculté de s'en affranchir s'il estime en conscience que la situation l'exige : « la présence d'une recommandation ne fait pas obstacle à l'adoption par le médecin de solutions différentes, dans le cadre de son appréciation propre du traitement le plus adapté au cas précis de son patient »²⁴. En cas de contentieux, il lui incombe alors de démontrer au juge la pertinence de son choix et de l'en convaincre. Les juridictions sont ainsi appelées à apprécier les comportements présentés

¹⁸Cass.Civ., 20 mai 1936, Mercier, DP 1936, 1, p.88.

¹⁹CE 17 juillet 2013, n° 354171.

²⁰CDNOMK, 7 août 2019, Mme G. c. Mme M., n° 016-2018 : « Si les souffrances récurrentes décrites par Mme G. ne sont pas contestables, il ne ressort toutefois pas des certificats et résultats d'examen médicaux produits par la requérante (...) et du bilan radiographique et échographique pratiqué le 15 mai 2017 pour une scapuloalgie rebelle après effort de traction, mentionnant « des tendinopathies avec des irrégularités des tendons supra et infra-épineux à leur partie distale témoin d'une tendinopathie sans signe de rupture », une « arthropathie acromio-claviculaire », un « discret épanchement intra-articulaire » et une « petite bursite sous acromiale », que celles-ci pourraient trouver leur origine dans une manipulation violente du type des pressions sur les cervicales qu'elle décrit, à supposer même qu'elles aient été effectivement pratiquées, ce qui n'est pas établi » ; 27 juin 2022, M. A. c. M. M., n° 044-2020.

²¹Ce qui est le cas du masseur-kinésithérapeute qui décide de pratiquer des injections sous cutanées de produits qui ne relevaient pas de sa spécialité, « actes non nécessaires à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins de masso-kinésithérapie ». Les risques encourus ont, en outre, été aggravés par la circonstance que M. B., après avoir ponctionné l'ampoule talonnière la veille de son départ en congé, n'a pas pris la peine de prévenir le médecin traitant de cette complication, comme l'y oblige l'article R. 4321-2 du CSP, et par le non respect des règles minimales d'asepsie ».

²²La HAS les présente comme « des propositions développées méthodiquement pour aider le praticien et le patient à rechercher les soins les plus appropriés dans des circonstances cliniques données ».

²³Ce qui ne signifie pas qu'elles ne puissent être attaquées devant le juge de l'excès de pouvoir dès lors qu'elles « font grief ».

²⁴CA Versailles, 26 janvier 2017, n° 14/09204.

par les patients comme non licites et donc présumés fautifs au regard des préconisations les plus autorisées. Le Conseil d'État a eu ainsi l'occasion de confirmer la position de la Chambre disciplinaire à propos du recours, lors d'une séance distincte de la prescription médicale, à un exercice de « libération des émotions », qu'elle a qualifiée de « méthode d'ordre psychothérapeutique dépourvue d'efficacité reconnue compte tenu des données actuelles de la science et ne relevant pas de l'exercice de la masso-kinésithérapie »²⁵. Le respect de ces recommandations, établi en cas de litige *via* l'expertise, permet en revanche d'exonérer le professionnel scrupuleux, quelle que soit la perception contraire du patient. Ainsi en a-t-il été décidé à propos d'une affaire mettant en cause la pose d'électrodes, dans des conditions *in fine* jugées conformes malgré les accusations d'une patiente sincèrement convaincue d'avoir été mal soignée (et volontairement) alors que ses souffrances étaient « dues, non pas aux soins qui lui ont été prodigués, mais aux pathologies douloureuses mises en évidence par les résultats d'examens figurant au dossier et que ces soins visaient à soulager »²⁶.

Ce respect dû aux recommandations de bonne pratique – au risque de mise en cause contentieuse – explique la prudence avec laquelle il convient, en tant que professionnel de santé, de choisir d'y déroger. Certaines pratiques devenues déconseillées à ce titre ne doivent plus être utilisées qu'à bon escient et avec de solides justifications d'espèce. Ainsi, s'il n'est pas contre-indiqué, le recours à la kinésithérapie respiratoire de désencombrement bronchique sur les nourrissons de moins de 12 mois atteints d'un premier épisode de bronchiolite aiguë n'est plus recommandé selon une décision du 6 novembre 2019 du collège de la HAS²⁷ au motif que plusieurs centaines d'études n'ont pas permis de conclure à une amélioration avérée de l'équilibre bénéfice-risque.

Dignité et respect de l'intégrité de la personne

Parmi les divers droits affirmés par la loi Kouchner, figure, en place cardinale, le respect de la dignité (CSP, L. 1110-2), transposition en droit de la santé du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation consacrée par le Conseil constitutionnel en 1994²⁸. Ce principe a été qualifié par la doctrine de « matriciel » [8] en ce sens qu'en dérive tout un ensemble de principes de valeur législative parmi lesquels « la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le consentement de la vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ». Ce principe tel qu'appliqué en droit médical et

biomédical est inscrit dans le Code civil (articles 16 et s.) et, dans ses traductions singulières, dans le Code de la santé publique, décliné pour les différentes professions de santé, spécifiquement les masseurs-kinésithérapeutes qui, « au service de l'individu et de la santé publique, (*exercent leur*) mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort » (CSP, R. 4321-53).

Plusieurs exigences en découlent, comme la lutte contre la douleur, le respect de la vie privée ou le droit à l'information, mais également en lien étroit avec les thérapies manuelles, le droit à la considération de l'intimité et à la prise en compte de la pudeur [3]. S'y attachent diverses obligations qui, pour sembler évidentes, ne sont pas toujours assumées.

La dignité, c'est d'abord, de façon la plus flagrante, dans le vécu de la relation de soins, le fait de ne pas se sentir humilié ou méprisé. En conséquence, la personne doit être respectée lorsqu'elle est accueillie et lors des examens médicaux. Les soignants doivent faire preuve de respect quand ils s'adressent aux patients, les informent, les accueillent, comme dans les délais d'attente.

Le respect de la dignité suppose également de préserver la pudeur du patient et de garder la distance nécessaire au juste soin lors des examens et traitements. Le Code de la santé rappelle que le médecin ne doit jamais se départir d'une « attitude correcte et attentive envers la personne examinée » (CSP, R. 4127-7). Autant d'obligations reprises et explicitées dans la Charte de la personne hospitalisée, texte de faible valeur normative mais affiché dans tout établissement de santé : « VIII. La personne hospitalisée est traitée avec égards : le respect de l'intimité de la personne doit être préservé lors des soins, des toilettes, des consultations et des visites médicales, des traitements pré et post-opératoires, des radiographies, des brancardages et, plus généralement, à tout moment de son séjour hospitalier (...). Les médecins doivent s'adresser à leurs patients dans un langage clair et précis ».

Dans le sillage de ces exigences, tout professionnel appelé à toucher le patient et/ou à demander qu'il se déshabille doit veiller à bien en expliciter les raisons, à solliciter clairement le consentement – nous y reviendrons – et à éviter tout signe d'indifférence blasée ou comportement équivoque. Le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes a identifié quelques types d'actes et attitudes – en gynécologie mais en d'autres disciplines – de nature à porter atteinte à l'intimité, parmi lesquels l'absence de prise en compte de la gêne et de la pudeur physique ou psychique des patients ou l'expression de remarques désobligeantes ou négatives sur la sexualité, la tenue, le poids, la volonté ou non d'avoir un enfant²⁹.

Les affaires sur ce terrain sont rares mais significatives. Le Conseil d'État a pu sanctionner comme faute disciplinaire un manquement au respect de la pudeur du patient sur le double fondement du consentement et du principe de dignité, à propos de la réalisation à l'Institut mutualiste Montsouris d'une coloscopie réalisée par un gynécologue-obstétricien en présence d'un technicien, alors même que la patiente

²⁵ CE, 17 juillet 2013, n° 354171.

²⁶ CDNOMK, 7 août 2019, préc. ; 27 juin 2022, M. A. c. M. M., n° 044-2020.

²⁷ HAS, décision n° 2019.0244/DC/SBPP « Prise en charge du premier épisode de bronchiolite aiguë chez le nourrisson de moins de 12 mois. Méthode Recommandations pour la pratique clinique », 6 nov. 2019 ; CE 6 octobre 2021, n° 437622 : rejet, au regard des éléments présentés, de la requête de la Fédération française des française des masseurs-kinésithérapeutes rééducateurs tendant à l'annulation de cette recommandation.

²⁸ CC, 27 juillet 1994, 27 juillet 1994, n° 94-343/344, RDP, 1994, p. 1647, RFDA, 1994, p. 1019, D 1995. J. 237.

²⁹ Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes, rapport, *Actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical : reconnaître et mettre fin à des violences longtemps ignorées*, 2018.

s'y était opposée au préalable. Le juge, s'inscrivant dans la lecture faite par les instances ordinales, reconnaît qu'au vu des circonstances de fait, notamment « eu égard au caractère intime de l'examen que devait subir la patiente, le praticien a méconnu, par son comportement, les exigences déontologiques relatives au respect des malades »³⁰. Quant à la Chambre disciplinaire de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes, elle a estimé contraires aux principes qui doivent régir la relation thérapeutique, des propos déplacés et « une familiarité du professionnel peu admissible en contraste avec la réserve observée dans ses réponses » par la patiente³¹.

Le praticien se doit *a fortiori* d'éviter toute pratique non conforme : l'Ordre a pu mettre en garde un masseur-kinésithérapeute quant à sa pratique du massage sur les seins, qui le conduira quelques mois plus tard, et à la suite d'une autre dérive, à une mise en cause pour agression sexuelle, lui-même admettant (entre autres) « avoir pratiqué des massages sur plusieurs parties du corps et notamment sur la poitrine de la patiente qui se trouvait sur le côté et les seins nus, dans une position décrite par le sachant interrogé comme ne répondant pas aux bonnes pratiques professionnelles »³².

Même si les techniques mises en œuvre sont compatibles avec les bons usages de la profession, des gestes expéditifs et surtout une absence d'information sur des actes délicats peuvent être perçus comme attentatoires à la dignité. Il en est ainsi, de façon encore plus fondamentale, en cas d'atteinte réelle ou ressentie à l'inviolabilité et à l'intégrité corporelle de la personne. Les professions de santé appelées à user du toucher dans leur pratique sont directement exposées à un risque d'équivoque. Comme le note l'Ordre dans l'un de ses guides sur le sujet, « l'auscultation, la palpation, le massage, le toucher, les questions sur la vie intime, l'examen visuel, le déshabillage, l'installation dans des positions particulières qui relèvent pourtant des pratiques habituelles et encadrées peuvent en effet, faute d'explication, d'information et de consentement préalables être perçus par le patient comme des abus » [3] (p222). Certains actes sont particulièrement risqués et exigent une vigilance soutenue dès lors qu'ils sont de nature à basculer vers l'incrimination pénale, au-delà des poursuites ordinales, disciplinaires ou civiles. Le Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, dans deux avis de 2018 et 2019, a posé quelques règles de principe à respecter lors de la réalisation des touchers pelviens (vaginaux ou rectaux)³³. Il y rappelle que tout en entrant dans la compétence des masseurs-kinésithérapeutes³⁴,

ces touchers, quelle qu'en soit l'indication thérapeutique, s'ils sont effectués « sans avoir au préalable délivré une information claire et loyale et recueilli le consentement du patient peuvent revêtir la qualification pénale d'agression sexuelle ou de viol », du fait souvent de la surprise, parfois sidération de la personne soignée³⁵. Deux circonstances sont en effet de nature à alourdir les peines prononcées : des faits commis par une personne « qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions » ou réalisés sur une personne « dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur » (Code pénal, articles 222-24 pour le viol et 222-28 et s. s'agissant des agressions sexuelles).

Face à des contextes qui peuvent facilement devenir hasardeux ou des gestes mal perçus, il convient donc *a minima* de respecter les droits fondamentaux de tout patient, garanties essentielles de nature à sécuriser les thérapies manuelles.

B. La garantie de précautions élémentaires

L'essence de la relation de soins demeure la confiance en son thérapeute, qui permet au patient de s'abandonner sans crainte aux mains expertes. Certains devoirs du praticien ont été institués en droits fondamentaux, tels l'information et le recueil du consentement, qui voient leur intensité accrue par la mise en jeu du corps, de sa nudité, du « lâcher-prise » qu'induit le soin manuel ou par l'utilisation de manipulations ou instruments intrusifs. Tout geste alors doit être « transparent » au patient, ce qui suppose qu'il soit expliqué, compris mais aussi justifié.

Information et consentement en contexte

La relation médicale, asymétrique par nature, l'est encore davantage lorsqu'elle implique le contact physique avec le soignant *a fortiori* lorsqu'il s'agit de solliciter la nudité et

³⁰CE, 19 septembre 2014, n° 361534.

³¹CDNOMK, Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes c. M. B., n° 014-2020.

³²Cass.Crim. 25 mai 2016, n° 15-83801.

³³Avis n° 2019-02 du Conseil national de l'ordre du 25-26-27 juin 2019 modifiant l'avis du 26 et 27 septembre 2018 relatif à la réalisation des touchers pelviens par le masseur-kinésithérapeute.

³⁴Ibidem : « En agissant selon les règles de l'art les masseurs-kinésithérapeutes sont autorisés à réaliser des touchers pelviens (vaginal et rectal) à visée diagnostique et thérapeutique, dans le cadre de la prise en charge sur prescription médicale de la rééducation périnéo-sphinctérienne dans les domaines urologiques, gynécologiques et proctologiques. Dans le cadre exclusif du traitement de coccygodynies et en ultime intention, le masseur-kinésithérapeute peut pratiquer un toucher pelvien... ».

³⁵Cass.Crim., 2 septembre 2020, n° 19-82.259; dans le même sens : Cass. Crim.3 novembre 2016, n° 15-87038 : à propos d'une condamnation pour plusieurs viols et agressions sexuelles aggravés ; 8 juin 2016, n° 15-83170 : « Attendu que pour condamner M. X... à deux ans d'emprisonnement avec sursis et cinq ans d'interdiction des professions de masseur kinésithérapeute et d'ostéopathe, la cour d'appel énonce que le massage qualifié d'érotique par le prévenu constitue une atteinte sexuelle, le consentement de Mme Z... ayant été surpris ; (...) Attendu qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a justifié sa décision, dès lors que les faits ont été commis par le prévenu à l'occasion de sa pratique paramédicale » ; 25 mai 2016, n° 15-83801, préc. ; 2 juin 2015, 15-81.690, Inédit. Voir également, CDNOMK, Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes c. M. B., n° 014-2020.

d'explorer des zones intimes. Le sens et la finalité du geste, s'il n'est pas entouré de confiance réciproque, peuvent aisément susciter la suspicion sur les intentions ou les compétences, voire la crainte, et parfois provoquer le « surgissement ou la réminiscence de blessures difficiles à appréhender pour les soignant(e)s »³⁶.

De la déontologie aux dispositions de la loi Kouchner, l'information et le consentement contribuent à construire et pérenniser la relation de soins. Ces droits du patient et de l'utilisateur du système de santé, sous-tendus par le respect de la dignité et de l'autonomie de la personne, sont inscrits dans le Code de la santé publique³⁷ et déclinés : d'une part, « le masseur-kinésithérapeute, dans les limites de ses compétences, doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension » (CSP, R. 4321-83) et d'autre part, « le consentement de la personne examinée ou soignée est recherché dans tous les cas » (CSP, R. 4321-84).

Il n'est pas inutile à ce stade de rappeler d'abord que « toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement », ce qui vaut aussi pour la kinésithérapie, le professionnel se devant alors d'informer le patient des conséquences de son choix et, « avec l'accord de ce dernier », d'en avertir le médecin prescripteur (CSP, R. 4321-84). Il importe ensuite de préciser que dans la délivrance de l'information requise³⁸, le masseur-kinésithérapeute doit « tout au long de la maladie, (*tenir*) compte de la personnalité du patient dans ses explications et (*veiller*) à leur compréhension », obligation qu'il lui revient de prouver en cas de contentieux et dont il ne peut se dispenser qu'en cas d'urgence ou d'impossibilité. Nous ne reviendrons pas sur ce qui est déjà fort connu à savoir l'insuffisance, pour prouver l'information, de la remise de documents écrits et signés par le patient. Pour le juge, ceci ne saurait constituer une présomption irréfragable d'une information « simple, intelligible et loyale », qui ne doit pas seulement être délivrée mais aussi comprise. L'écrit seul ne peut correspondre à une information claire : si la remise de documents et la présence de la signature du patient servent à établir la réalité de l'information, elles n'en démontrent pas la qualité, ce que corrobore la HAS³⁹. À chacun de trouver le temps nécessaire à une information qui soit parfaitement adaptée et bien intégrée par le patient au point qu'il puisse la reformuler avec ses propres mots, sans omettre enfin, précaution cruciale, d'assurer la traçabilité de tout acte et traitement dans le

dossier médical...

Cette double exigence de l'information et du consentement revêt une intensité particulière dès lors que le soin implique le toucher et donc la rupture de la distance corporelle, voire le franchissement de la sphère de l'intimité. Chaque geste doit être préalablement expliqué dans ses justifications et sa réalisation, voire ses suites éventuelles. Le patient doit alors y consentir, ou y assentir si sa vulnérabilité ne lui permet pas de s'affirmer face à une parole d'autorité.

Bien des affaires sont nées de l'incompréhension, de la mauvaise perception du sens des gestes, le tout verrouillé par une information lacunaire, expéditive ou obscure et un consentement faussé. Dans une affaire relative à plusieurs plaintes contre un masseur-kinésithérapeute, il a été reconnu que si ses pratiques n'étaient en soi pas contraires aux règles de l'art, il avait en revanche failli à tous ses devoirs en matière d'information et de consentement « sur des actes délicats pouvant être incompris même par des personnes habituées à des soins kinésithérapiques »⁴⁰.

Quelques situations délicates font l'objet de dispositions particulières.

Celle d'abord du respect de la personne lors des enseignements pratiques. Il est rappelé d'ailleurs par l'article L.1111-4 que « l'examen d'une personne malade dans le cadre d'un enseignement clinique requiert son consentement préalable. Les étudiants qui reçoivent cet enseignement doivent être au préalable informés de la nécessité de respecter les droits des malades ». Le Conseil national l'Ordre a formulé sur le sujet des préconisations dans son avis n° 2019-03 : il relève que s'agissant des « enseignements au cours desquels les kinésithérapeutes sont amenés à réaliser ou recevoir des actes susceptibles de porter atteinte à l'intégrité du corps et à l'intimité de l'individu, notamment le toucher pelvien (vaginal ou rectal) », il est nécessaire, en formation initiale comme continue, d'informer les intéressés et d'obtenir leur consentement. Et signe des évolutions sociétales et technologiques, des alternatives doivent pouvoir être proposées « comme par exemple l'utilisation d'outils de formation par simulation »⁴¹.

Autre situation plus délicate, celle des personnes vulnérables et notamment mineures. Le principe veut que leur consentement soit systématiquement recherché parallèlement au consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale. Il est certain que s'agissant en particulier de jeunes enfants, l'aval parental, sauf s'il est contraire à l'intérêt de l'enfant, est absolu⁴². Un masseur-kinésithérapeute qui prend l'initiative, au motif de la traiter d'une légère boiterie, de réaliser divers gestes équivoques « sur une enfant qui n'était pas sa patiente et en l'absence de toute prescription médicale » comme de toute demande des parents, à leur insu et sans aucun motif d'urgence, contrevient aux dispositions de l'article R. 4321-84 du Code de la santé publique, qui impose de « recueillir le consentement de la personne examinée, lequel ne pouvait en l'espèce être donné que par les parents. Ceux-ci devaient

³⁶CCNE, Avis n° 142, « Consentement et respect de la personne dans la pratique des examens gynécologiques ou touchant à l'intimité », 16 février 2023.

³⁷Articles L.1111-2 du Code de la santé publique pour l'information et L.1111-4 pour le recueil du consentement (également posé dans l'article 16-3 du code civil).

³⁸Information sur « les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus » (CSP, L.1111-2).

³⁹HAS : « l'information écrite est complémentaire à l'information orale et ne se substitue en rien à celle-ci », *Élaboration d'un document écrit d'information à l'intention des patients et des usagers du système de santé*, juin 2008.

⁴⁰Reconnaissance de la faute déontologique sanctionnée par un avertissement : CDNOMK, 19 septembre 2022, *Conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Paris c. M. D.*, n° 047-2021.

⁴¹Avis du CNO des 25-26-27 juin 2019 relatif au respect de la dignité de la personne humaine dans le cadre de la formation initiale et continue.

en particulier recevoir l'information loyale, claire et appropriée sur l'état de santé de l'enfant et sur les soins proposés prévue à l'article R. 4321-83 du même code, ce qui ne semble avoir été fait ni avant ni après la pratique de l'acte ». Le juge en déduit que « de ce seul point de vue le comportement de M. R. doit être considéré comme gravement fautif, la volonté alléguée de « *rendre service* » ou de se « *comporter en bon père de famille* » ne pouvant justifier la transgression par un professionnel des principes fondamentaux de l'exercice de sa profession. Pour cette faute, à laquelle s'ajoute l'accusation de gestes équivoques constitutifs d'une agression sexuelle, ce professionnel sera finalement radié du tableau de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes⁴³. De telles situations à être rares, imposent toutefois la vigilance et la recherche systématique d'un équilibre entre la pratique du professionnel (savoir-faire) et la parole du soignant (savoir-être).

La juste balance entre objectivité des soins et subjectivité de la personne

L'acte ou le geste thérapeutique exige pour être efficace une mise à distance du soignant, « un moment d'objectivation » pour reprendre les termes du CCNE, qui permet dans un premier temps « de se focaliser, temporairement, sur une pathologie ou un organe »⁴⁴ et de mobiliser à cette fin des compétences techniques. Mais la relation de soins exige aussi de pallier le déséquilibre qui lui est inhérent par la prise en considération du patient dans sa singularité et sa globalité, en tant que personne et sujet de droit. C'est à cette double condition que peut s'instaurer l'atmosphère de confiance de nature à dénouer les malentendus et désamorcer les litiges. À cet égard, le consentement du patient aux demandes et gestes du thérapeute n'est acquis ni par principe ni une fois pour toutes. Il doit être régulièrement sollicité et renouvelé afin de rester dans le processus de « décision partagée » au cœur de la relation de soins⁴⁵.

Pour ce garantir, le praticien doit questionner en permanence sa pratique et d'abord s'interroger sur la pertinence du geste. Certains sont susceptibles de heurter la sensibilité ou la pudeur du patient et doivent alors être mis en balance avec l'intérêt du diagnostic ou l'intérêt thérapeutique. Loin de tout *a priori* dogmatique sur le choix « *hands-on/hands-off* », soulignons qu'il incombe au masseur-kinésithérapeute de bien apprécier le contexte, de mesurer l'opportunité de gestes délicats et en cas de doute, de les limiter aux situations où ils sont nécessaires.

Maintenir la distance doit permettre aussi d'annihiler les risques de confusion « en soutenant l'idéal d'une « transparence » du soignant » [9] : y participent le port de la blouse – uniforme des « hussards blancs » effaçant les signes extérieurs de personnalité – tout comme la technicité

des gestes ou la discrétion des questionnements. Ceci ne signifie pas pour autant de déshumaniser le soin mais d'en sécuriser le contexte, tout en prenant en considération la personnalité de chaque patient et son vécu en temps réel.

Tenir compte de la pudeur et du besoin d'intimité contribue au bon déroulement des soins et au respect des patients⁴⁶. Demander le déshabillage doit être légitime et expliqué et, concrètement, possibilité doit être offerte de se dévêtir et de se rhabiller hors du regard du professionnel.

Il importe dans le même temps de tenir compte des manifestations de douleur ou d'inconfort pendant la réalisation des examens ou soins, qu'elles soient verbales ou corporelles, et de permettre leur verbalisation par le patient, sans préjuger de leur réalité ou intensité. En effet, l'indifférence ou l'incompréhension du soignant contribuent au sentiment de maltraitance et peuvent constituer, sur le plan déontologique, un manquement à l'obligation d'accompagnement du patient prévu par l'article R. 4321-85. Enfin et surtout, les refus doivent être respectés et les réticences repérées et entendues, au risque sinon de se voir opposer l'accusation de « consentement surpris », lourde de sens lors de mises en cause pour agression sexuelle.

En réponse à ces conseils destinés à protéger soignés et soignants, le quotidien oppose ses logiques. Le temps si nécessaire à la construction de la confiance manque souvent et la tension imposée aux professionnels de santé, quels qu'ils soient, suscite des automatismes peu propices aux échanges et aux interactions avec le patient. Ses hésitations et réticences sont alors mal perçues ou négligées, ce que renforcent des organisations contraintes, locaux mal adaptés, box d'examen exigus, promiscuité des patients lors des exercices qui leur sont proposés. Par ailleurs, l'invocation, légitime, d'une meilleure information et d'une formation plus complète des professionnels sur ces sujets ne peut seule répondre à la montée des revendications, voire à la défiance systématique de certains patients à l'égard de toute parole ou geste expert, quand elle ne dérive pas en violences.

L'issue est alors claire en droit : un patient qui, après information loyale, complète et renouvelée, refuse absolument de se dévêtir alors que ceci est nécessaire à la qualité de sa prise en charge, celui qui renâcle face aux examens proposés, vitupère, insulte ou agresse, entérine par son comportement la rupture de la confiance au fondement de la relation de soins. Tout professionnel de santé, et singulièrement le masseur-kinésithérapeute, a alors le droit d'invoquer « des raisons professionnelles ou personnelles » pour refuser de délivrer ses soins, sauf cas d'urgence ou « celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité »⁴⁷. Seule précaution à respecter, inhérente à la continuité des soins, s'il se dégage de la sorte de sa mission, il est tenu d'en avertir son patient et de transmettre au confrère que ce dernier aura choisi, « les informations utiles à la poursuite des soins »⁴⁸.

Obligation utile à rappeler en droit mais compromise en pratique dans les zones en manque de professionnels de santé et de nature alors à pousser les patients vers d'autres professionnels, ostéopathes ou chiropracteurs...

⁴² L. 1111-4 et R. 4321-84 CSP : « Le masseur-kinésithérapeute appelé à donner des soins à un mineur (...) s'efforce de prévenir ses parents ou son représentant légal (...) et d'obtenir, selon le cas, leur consentement ou autorisation ».

⁴³ CDNOMK, M. R. c. M. et Mme G., n° 011-2018 ; Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes c. M. R., n° 012-2018.

⁴⁴ CCNE, avis n° 142, p. 24.

⁴⁵ HAS « Patient et professionnels de santé : décider ensemble. Concept, aides destinées aux patients et impact de la « décision médicale partagée », 2013.

⁴⁶ On se souvient à ce sujet de la pétition lancée en 2012 avec succès, contre les blouses d'hôpital découvrant les fesses du patient et jugées comme portant atteinte à la dignité des personnes.



« Points à retenir »:

1. L'art du toucher est au cœur de la pratique des masseurs-kinésithérapeutes, celle-ci étant encadrée par un décret de compétences qui précise les types d'actes autorisés.
2. Bien défini, ce domaine d'intervention est toutefois régulièrement questionné au contentieux, à la fois discuté s'agissant de la qualification de certaines thérapies manuelles et disputé par d'autres professionnels.
3. Le toucher est aussi porteur de risques pour le soignant, dès lors qu'il met en jeu l'intimité de la personne mais aussi le respect de sa dignité et de son intégrité corporelle.
4. Le « corps-à-corps » induit par le soin suppose donc une adhésion complète du patient, préalablement éclairé par une information précise et adaptée.
5. Ce respect permanent des droits du patient doit guider le professionnel à tout moment, notamment lors des touchers les plus délicats, et le préserver ainsi de toute mise en cause de sa responsabilité.

Déclaration de liens d'intérêts

L'auteure déclare ne pas avoir de liens d'intérêts.

RÉFÉRENCES

- [1] Hippocrate, *Épidémies*, IV, in Œuvres complètes, IV, Ed. revue et corrigée sur la traduction de Littré, 1955, p.154.
- [2] Bodiou L., « Le corps du médecin hippocratique : média, instrument, vecteur sensoriel », *Histoire, médecine et santé*, 8 | 2016, p.31-46.
- [3] Colin X. La pudeur et les métiers du toucher, in « *La pudeur et le soin* » Dir. Bruno Py et Julie Leonhard, 2e éd., PUN-EDULOR, 2019
- [4] Gavard X. *La place du toucher dans les soins de masso-kinésithérapie. Qu'en pensent les patients ?* Mémoire d'initiation à la recherche en masso-kinésithérapie, IFPEK Rennes, juin 2022.
- [5] Macron A. *La profession de masseur-kinésithérapeute instituée par la loi n° 46-857 du 30 avril 1946 : genèse et évolutions d'une profession de santé réglementée*, thèse Université de Montpellier, juin 2015 de Montpellier, juin 2015.
- [6] Gedda M, Tardivat M. « Du diagnostic masso-kinésithérapique. Mystifications ou vérités ? » *KS* 1999;389:23.
- [7] Macron A. « Dry-needling et masseurs-kinésithérapeutes: compétence ordinaire en matière de qualification et de formation requises, mais quid de l'exercice illégal de la médecine ? », note sur CE 10 mai 2022, n° 439652, *Revue Droit & Santé*, Septembre 2022, n° 109.
- [8] Mathieu B. « Chapitre 6. La dignité, principe fondateur du droit », *Journal International de Bioéthique*, 2010/3 (Vol. 21), p. 79.
- [9] Saltel P. « Les vertus de l'intimité dans la relation de soin : pudeur, chasteté, modestie », *Rev Franç Éthique Appliquée* 2020;9:113.

⁴⁷Article R. 4321-92 CSP.

⁴⁸CDNOMK, 4 juin 2021, *L.c.F.*, n° 012-2020.