



HAL
open science

Les modes de définition des professions de santé, présent et avenir

Joël Moret-Bailly

► **To cite this version:**

Joël Moret-Bailly. Les modes de définition des professions de santé, présent et avenir. RDSS. Revue de droit sanitaire et social, 2008, 3, pp.508-519. hal-01571119

HAL Id: hal-01571119

<https://hal.science/hal-01571119>

Submitted on 1 Aug 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES MODES DE DEFINITION DES PROFESSIONS DE SANTE : PRESENT ET AVENIR

Rev.Dr. Sanit. et Soc., 2008-3, 508-519.

Joël Moret-Bailly

Maitre de conférences en droit privé à l'Université Jean Monnet de Saint Étienne
Membre du Centre de Recherches CRITiques sur le Droit (CERCRID-CNRS / UMR 5137)

Professions médicales * Auxiliaires médicaux * Décrets d'actes * Exercice illégal de la médecine *

Les professions de santé sont actuellement définies en référence à leurs diplômes ainsi qu'aux actes qu'elles peuvent pratiquer. Elles pourraient, à l'avenir, être redéfinies en privilégiant la référence à leurs missions.

Introduction

Les modes de définition des professions de santé sont sans doute à un tournant de leur histoire. Le système de santé doit, en effet, faire face à des difficultés de démographie professionnelle, qui posent la question du transfert d'une partie de l'activité de certaines professions, et notamment de la profession médicale, vers d'autres intervenants¹. La régulation des professions intègre, en outre, et de manière croissante, l'évaluation de la compétence des professionnels au cœur même de la pratique des professions : en témoignent des mécanismes comme la formation professionnelle continue ou l'évaluation des pratiques professionnelles². Ces évolutions structurelles ne peuvent pas être sans conséquence sur les frontières, donc sur les définitions des différentes professions. Or, les professions de santé sont aujourd'hui essentiellement définies par les actes qu'elles peuvent pratiquer, et l'on peut se demander si ce mode particulier de définition est le plus adapté eu égard aux évolutions en cours. Nous pensons que la réponse à cette question est négative : le but de cet article est de le montrer, ainsi que de proposer des pistes pour un nouveau mode de définition³.

Une telle évolution ne peut, cependant, s'effectuer indépendamment de la manière dont les professions sont actuellement définies. Il en est ainsi, notamment, des rapports entre ces modes de définition et les règles pénales, ici centrales, relative à la protection de l'intégrité

¹ Cf. la recommandation intitulée *Délégation, transfert, nouveaux métiers... Conditions des nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé*, de la Haute Autorité de Santé (HAS), en collaboration avec l'Observatoire national de la Démographie des Professionnels de Santé (ONDPS), avril 2008, 8-10. Cette recommandation se fonde notamment sur un rapport relatif aux aspects juridiques de la question, élaboré par un groupe de travail présidé par C. Evin, dont nous étions le rapporteur. Des expérimentations relatives aux nouvelles formes de coopération entre professions de santé ont notamment été permises par la loi d'orientation de la santé publique du 9 août 2004.

² Cf., dans une perspective nationale et internationale, Y. Matillon, *Modalités et conditions d'évaluation des compétences professionnelles des métiers de la santé*, Rapport au Ministre de l'éducation et au Ministre de la santé, mars 2003.

³ Il ne s'agit évidemment, ici, que d'analyser le système d'organisation des tâches des différentes professions de santé, et non de se prononcer sur l'opportunité de cette organisation.

corporelle ; il en est de même de l'architecture générale de l'organisation des professions de santé dans le Code de la santé publique.

Une intervention sur le corps humain constitue en effet, par principe, si elle entraîne un dommage, une « atteinte à l'intégrité physique des personnes » au sens du Code pénal. Elle est, à ce titre, punissable, la peine dépendant de la gravité de l'atteinte⁴. La loi peut cependant organiser les conditions d'une atteinte légitime à l'intégrité corporelle, c'est-à-dire prévoir des cas dans lesquels l'atteinte sera, au sens de la technique pénale, « justifiée » par « l'autorisation de la loi »⁵. Se pose, dès lors, la question du critère de cette autorisation. Il s'agit, actuellement, de la qualification professionnelle c'est-à-dire de la possession d'un diplôme ou d'un titre équivalent.

Le Code de la santé publique organise ainsi vingt-deux professions⁶, au centre desquelles se trouve la profession médicale, les compétences des autres professions étant construites comme des dérogations au monopole de cette dernière, lui-même protégé par l'infraction d'exercice illégal de la médecine⁷.

Le Code est ainsi implicitement organisé selon l'autonomie des professions, attestée par leur plus ou moins grande qualification⁸. Sa quatrième partie, consacrée aux « professions de santé », se décline ainsi en trois livres, respectivement dévolus aux : « professions médicales », « professions de la pharmacie » et « auxiliaires médicaux ». Le livre 1 est dédié aux professions de médecin, chirurgien-dentiste, et sage-femme. Le livre 2, relatif aux « professions de la pharmacie », est consacré aux professions de pharmacien et de préparateur en pharmacie⁹. Le livre 3, relatif aux « auxiliaires médicaux », traite, dans l'ordre des titres qui leur sont consacrés, des professions d'infirmier ou d'infirmière (titre 1), de masseur-kinésithérapeute et de pédicure-podologue (titre 2), d'ergothérapeute et de psychomotricien (titre 3), d'orthophoniste et d'orthoptiste (titre 4), de manipulateur d'électroradiologie médicale (titre 5), d'audioprothésiste, d'opticien-lunetier, de prothésiste et d'orthésiste pour l'appareillage des personnes handicapées (titre 6), et de la profession de diététicien (titre 7)¹⁰.

Analyser les modes de définition des professions de santé dans le but de dégager des pistes quant à leur évolution ne peut se faire sans connaître la manière dont ils sont actuellement construits. C'est la raison pour laquelle nous aborderons, dans un premier temps, l'organisation présente, caractérisée par des définitions construites en référence aux diplômes

⁴ Code pénal, art. 222-7 à 222-16-1, « des violences ».

⁵ Article 122-4 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires (...) ». Cf. sur ce mécanisme, Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 2007, 371-383.

⁶ Nous réservons ici le cas de l'ostéopathie et de la chiropraxie, qui ne constituent pas des professions, mais des titres : cf. *infra*, II, A', 2).

⁷ Mais un médecin peut toujours, quant à lui, intervenir dans le champ d'une autre profession.

⁸ Cf., à ce propos, l'analyse sociologique classique d'E. Freidson, *La profession médicale*, Payot, 1984, notamment 33-56.

⁹ L'article L. 4211-1 c. san. pub instaure un monopole d'activité en faveur du pharmacien, notamment en ce qui concerne « 1° La préparation des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine ; (...) 4° La vente en gros, la vente au détail et toute dispensation au public des médicaments, produits et objets mentionnés aux 1°, 2° et 3° ». Le préparateur est destiné à « seconder » (L. 4241-1) le pharmacien. Dans la mesure où ces professions n'interviennent pas directement sur le corps des patients, nous ne les retiendrons pas dans notre analyse.

¹⁰ La partie réglementaire du Code contient, quant à elle, depuis 2005 (décret n° 2005-840 du 20 juillet 2005 art. 11 5°), des règles relatives aux professions « (...) d'aides-soignants, d'auxiliaires de puériculture, d'ambulanciers et de techniciens en analyses biomédicales ». Une dernière profession a été organisée, en 2000 : le conseiller en génétique (ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000, art. 3, entré en vigueur le 1er janvier 2002 ; art. L. 1132-1 et s. c. san. pub.). Ces dernières professions ne peuvent, cependant, effectuer d'actes portant atteinte à l'intégrité corporelle. Leurs modes d'organisation n'apportent donc pas à la présente étude.

et aux actes (I), pour aborder, ensuite, son avenir, qui pourrait être constitué par des définitions privilégiant les missions professionnelles (II).

I : Le présent : des définitions construites en référence aux diplômes et aux actes

Deux logiques de définition sont actuellement à l'œuvre : une logique formelle, la définition par le diplôme (A) ; une logique matérielle, la définition par les actes (B).

A) La logique formelle : la définition par le diplôme

La possibilité d'exercer légalement l'une des trois « professions médicales » sur le territoire national suppose remplies trois types de conditions, énumérées par l'article L. 4111-1 c. san. pub. : outre les conditions d'inscription à l'Ordre professionnel et de nationalité¹¹, une personne, pour appartenir à l'une des professions médicales, doit être « titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre » déterminé par la loi¹². Cette condition est primordiale, dans la mesure où elle conditionne la mise en œuvre des deux autres. La clef de voûte de l'organisation de l'atteinte légitime au corps humain par les professions médicales est donc bien leur qualification, attestée par le diplôme, condition de licéité de leur intervention. Il en est de même de l'ensemble des professions d'auxiliaires médicaux, par exemple selon l'article L. 4311-2 pour la profession d'infirmier ou d'infirmière ou, selon l'article L. 4321-2 en ce qui concerne la profession de masseur-kinésithérapeute.

Ces définitions formelles ne permettent cependant pas de savoir ce que peuvent concrètement faire les professionnels concernés ; elles permettent seulement de ne pas admettre au sein des professions ceux qui ne sont pas titulaires d'une qualification déterminée. Les différentes professions sont, cependant, également définies par les actes que les professionnels peuvent effectuer, ajoutant aux définitions formelles, des définitions qui renvoient aux actes professionnels, et que l'on peut qualifier de « matérielles ».

B) La logique matérielle : la définition par les actes

Au cœur du système se trouve la définition de l'exercice illégal de la médecine, qui a aujourd'hui pour corollaire la définition des autres professions en référence aux actes qu'elles peuvent effectuer¹³.

1) Le rôle central de l'infraction d'exercice illégal de la médecine

¹¹ Qui peuvent d'ailleurs recevoir exception, articles L. 4111-2 et suivants c. san. pub.

¹² Aux articles L. 4131-1, L. 4141-3 et L. L. 4151-5.

¹³ A l'exception des chirurgiens-dentistes dont la définition reprend, dans l'art. L. 4141-1 c. san. pub., les termes centraux de la définition de l'exercice illégal de la médecine, le « diagnostic ou le traitement des maladies congénitales ou acquises, réelles ou supposées », le chirurgien-dentiste pouvant intervenir de la même manière que le médecin, mais en ce qui concerne une partie limitée du corps : « la bouche, les dents, les maxillaires et les tissus attenants ». Ces professionnels peuvent alors, selon l'article L. 4141-2 « prescrire tous les actes, produits et prestations nécessaires à l'exercice de l'art dentaire ».

L'article L. 4161-1 c. san. pub, qui incrimine l'exercice illégal de la médecine, outre qu'il permet de définir, au fond, ce qu'il faut entendre par « profession médicale » (définition qui n'existe pas dans l'article L. 4111-1 du Code), permet, par surcroît, de tracer les limites que ne sauraient franchir les non médecins sans tomber sous le coup de l'incrimination. Le 1^{er} du premier alinéa de l'article L. 4161-1, pose la définition de l'exercice illégal ; son second alinéa, prévoit les conditions de la justification (au sens pénal du terme¹⁴) de l'infraction en ce qui concerne les auxiliaires médicaux¹⁵.

Ainsi, « Exerce illégalement la médecine (...) Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L. 4131-1 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin (...) »¹⁶.

La définition de la médecine portée par cet article est donc double : il s'agit soit d'une pratique générique (« l'établissement d'un diagnostic ou [le] traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées »), soit de la réalisation d'actes techniques précisément identifiés (« l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé »). Ces derniers sont prévus dans un arrêté du 6 janvier 1962, fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyse médicale non médecins¹⁷.

Et c'est à partir de cette mention que le système d'organisation des professions d'auxiliaires médicaux en fonction de leurs actes est institué.

2) Le système des décrets d'actes

L'art. L. 4161-1 al. 2 précise, en effet, le champ d'application de l'alinéa premier en prévoyant que « Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux étudiants en médecine ni aux sages-femmes, ni aux infirmiers ou gardes-malades qui agissent comme aides d'un médecin ou que celui-ci place auprès de ses malades, ni aux personnes qui accomplissent, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine, les actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret ». Cet article prévoit donc une modalité générale d'organisation de l'intervention des « étudiants en médecine, (...) sages-femmes, (...) infirmiers ou gardes-malades qui agissent comme aides

¹⁴ Cf. *supra*, introduction.

¹⁵ Les 2^e, 4^e et 5^e prévoient, en outre, que l'infraction est réalisée en cas d'irrespect des conditions d'exercice relatives à la nationalité et à l'inscription à l'ordre professionnel. Le 3^e prévoit la répression en ce qui concerne l'assistance, prêtée par un médecin, à une personne qui exercerait illégalement l'art médical. Cette disposition présente un intérêt didactique, mais ne constitue, techniquement, qu'une hypothèse de complicité, prévue, de manière générale, par l'article 121-7 du Code pénal.

¹⁶ « (...) ou sans être bénéficiaire des dispositions spéciales mentionnées aux articles L. 4111-2 à L. 4111-4, L. 4111-6, L. 4111-7, L. 4112-6, L. 4131-2 à L. 4131-5 ».

¹⁷ En ce qui concerne les actes réservés à la profession médicale, l'art. 2 énumère notamment : « 1) Toute mobilisation forcée des articulations et toute réduction de déplacement osseux, ainsi que toutes manipulations vertébrales, et, d'une façon générale, tous les traitements dits d'ostéopathie, de spondylothérapie (ou vertébrothérapie) et de chiropraxie. 2) Le massage prostatique. 3) Le massage gynécologique. 4) Tout acte de physiothérapie aboutissant à la destruction si limitée soit-elle des téguments, et notamment la cryothérapie, l'électrolyse, l'électrocoagulation et la diathermo-coagulation (...) ».

d'un médecin » ainsi qu'une modalité plus particulière d'intervention d'autres « personnes », « qui accomplissent, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine, les actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret ». On comprend alors que l'intervention de l'ensemble des professions d'auxiliaires médicaux, ainsi que celles de la profession de sage-femme, ne s'entend, au sens du droit actuel, que comme une exception au monopole médical, puisque l'exercice illégal de la médecine a, justement, pour objet la défense de ce monopole¹⁸.

Du point de vue de la forme que peuvent embrasser les règles relatives à ces actes, l'art. L. 4161-1 al. 2 précise que ces derniers doivent être accomplis « dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine ». Autrement dit, les « décrets d'actes » ne peuvent prendre place, et sous peine d'illégalité, que dans des décrets en Conseil d'État, actes du Premier ministre.

Encore faut-il bien mesurer la place, dans ce système, de l'arrêté du 6 janvier 1962, fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyse médicales non médecins, auquel il est fait référence dans le premier alinéa de l'art. L. 4161-1. En effet, lorsque celui-ci fixe les conditions de la répression de l'exercice illégal de la médecine, il prévoit, comme élément de cette définition, la pratique de « l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine ». Il faut bien comprendre que l'article L. 4161-1 alinéa 1^{er} utilise ici la technique de « l'incrimination par renvoi »¹⁹, ce qui signifie que si l'arrêté auquel renvoie la loi peut être modifié dans les formes habituelles de modification des arrêtés, son contenu, eu égard aux autres normes d'application de l'article L. 4161-1, doit être considéré comme ayant une valeur équivalente à celle de la loi dont il précise le contenu. Dans ce contexte, les « décrets d'actes » prévus à l'article L. 4161-1 alinéa 2, doivent respecter les règles de l'arrêté de 1962.

Deux conséquences s'évincent de ce système : d'une part, la liste des actes possibles pour les auxiliaires médicaux est limitative ; d'autre part, ces actes ne peuvent être effectués que dans deux circonstances bien identifiées par l'arrêté : « sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin, celui-ci pouvant contrôler et intervenir à tout moment » ou « uniquement sur prescription qualitative et quantitative du médecin, mais en dehors de la présence de celui-ci »²⁰.

On conçoit que le système que nous venons d'analyser est relativement figé (dans le but premier de garantir les patients contre les atteintes inconsidérées à leur intégrité corporelle), les frontières entre les professions étant, en outre, relativement étanches. Cette organisation ne prend pas non plus en compte la compétence effective des professionnels (ce qu'ils savent réellement faire), mais fait uniquement référence à leur qualification, c'est-à-dire à ce qu'ils

¹⁸ Précisons que la référence à la profession de sages-femmes dans cet alinéa n'a pas exactement la même portée que la référence aux autres professions. En effet, la profession de sage-femme fait partie, au sens du Code de la santé publique, des professions médicales. À ce titre, ses possibilités d'intervention sont définies, dans les articles L. 4151-1 et suivants. Son intervention est donc licite en vertu de ces derniers articles, et non seulement en vertu de l'article L. 4161-1 alinéa 2 du Code.

¹⁹ Cf. sur ce mécanisme, Fr. Derportes et Fr. Le Guehec, *Droit pénal général*, 13^{ème} édition, Economica, 2006, n°243-244.

²⁰ Le plan de cet arrêté nous indique, ainsi, la manière dont les « décrets d'actes » seront organisés. Ainsi, par exemple, l'article R. 4321-5 du Code de la santé publique prévoit : « Sur prescription médicale, le masseur-kinésithérapeute est habilité à participer aux traitements de rééducation suivants (...) » ; il prévoit, en outre, dans l'article R. 4321-8 : « Sur prescription médicale, et à condition qu'un médecin puisse intervenir à tout moment, le masseur-kinésithérapeute est habilité à (...) ».

sont autorisés à faire du fait de leur diplôme. Une piste d'évolution réside dans une place plus importante faite aux missions, dans les modes de définition des professions.

II : L'avenir : des définitions privilégiant les missions ?

Un tel mode de définition existe d'ores et déjà ; il ne s'agirait donc que de l'étendre. Nous allons, dans un premier temps, en analyser des exemples (A'), avant d'adopter une attitude prospective en ce qui concerne la faisabilité d'une redéfinition des professions d'auxiliaires médicaux suivant l'optique proposée (B').

A') Modèle

Nous allons, pour établir ce modèle, prendre deux exemples d'organisation de l'activité de soins : la profession de sage femme et l'activité d'ostéopathe. Cette dernière n'est certes pas une profession, puisqu'elle peut être exercée par les membres de plusieurs d'entre elles, ainsi que par des personnes n'appartenant à aucune d'elles²¹. Mais elle propose un modèle d'organisation de l'accès au corps tout à fait inédit, et particulièrement intéressant en ce qui concerne la présente analyse.

1) L'exemple de la profession de sage-femme

Selon l'article L. 4151-1 c. san. pub., « L'exercice de la profession de sage-femme comporte la pratique des actes nécessaires au diagnostic, à la surveillance de la grossesse et à la préparation psychoprophylactique à l'accouchement, ainsi qu'à la surveillance et à la pratique de l'accouchement et des soins postnataux en ce qui concerne la mère et l'enfant (...) / L'examen postnatal peut être pratiqué par une sage-femme si la grossesse a été normale et si l'accouchement a été eutocique / L'exercice de la profession de sage-femme peut comporter également la participation aux consultations de planification familiale ». La définition légale de la profession prévoit également les limites de son intervention. Ainsi, selon l'article L. 4151-3, « En cas de pathologie maternelle, fœtale ou néonatale pendant la grossesse, l'accouchement ou les suites de couches, et en cas d'accouchement dystocique, la sage-femme doit faire appel à un médecin. Les sages-femmes peuvent pratiquer les soins prescrits par un médecin en cas de grossesse ou de suites de couches pathologiques ». L. 4151-4 ajoute que « Les sages-femmes peuvent prescrire les dispositifs médicaux, dont la liste est fixée par l'autorité administrative, et les examens strictement nécessaires à l'exercice de leur profession. Elles peuvent également prescrire les médicaments d'une classe thérapeutique figurant sur une liste fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé » ; l'art. L. 4151-2 dispose, quant à lui, que « Les sages-femmes sont autorisées à pratiquer les vaccinations dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé ». On constate que la liste des dispositifs médicaux, ainsi que celle des vaccinations est limitative. Nous sommes ici proches du modèle de la définition par les actes.

²¹ Cf. *infra*, 2).

Le Code de déontologie de la profession prévoit, cependant, des normes d'application de ces dispositions²². Ainsi, l'article R. 4127-318 c. san. pub. prévoit, à l'instar des professions d'auxiliaires médicaux, une liste d'actes qui peuvent être effectués par la sage-femme ; mais cette liste n'est pas limitative, puisque précédée de l'adverbe « notamment ». On peut en déduire qu'en ce qui concerne les sages-femmes, entre la définition par les actes et la définition par les missions, c'est cette dernière modalité qui prévaut. En outre, l'article R. 4127-313 prévoit que « Dans l'exercice de sa profession, la sage-femme ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, effectuer des actes ou donner des soins, ni formuler des prescriptions dans les domaines qui débordent sa compétence professionnelle ou dépassent ses possibilités » ; cette dernière disposition laisse donc à la sage-femme l'évaluation des limites de sa propre compétence.

Soulignons, en outre, que pour un certain nombre d'interventions, la coopération entre la sage-femme et le médecin est construite au plus près des compétences des uns et des autres. Notamment, l'article R. 4127-318 prévoit : « II. - La sage-femme est autorisée, au cours du travail, à effectuer la demande d'anesthésie loco-régionale auprès du médecin anesthésiste-réanimateur. Elle en informe le médecin gynécologue-obstétricien. / Sous réserve qu'un médecin puisse intervenir à tout moment, la sage-femme peut participer à la technique d'analgésie loco-régionale pratiquée lors de l'accouchement, à l'exclusion de la période d'expulsion. La première injection doit être réalisée par un médecin. La sage-femme ne peut pratiquer les injections suivantes que par la voie du dispositif mis en place par le médecin. Elle peut procéder au retrait de ce dispositif ».

On comprend, à titre synthétique, qu'il ne s'agit pas, lorsque le législateur organise les possibilités d'intervention des sages-femmes, de leur donner une liberté intégrale quant à leurs interventions ; il s'agit plutôt de leur donner une importante marge d'initiative, mais uniquement dans les limites de leurs compétences, un médecin devant intervenir dès lors que ces dernières sont atteintes²⁴.

Un exemple tout à fait différent permet d'affiner la réflexion.

2) Les enseignements de l'organisation de l'activité d'ostéopathe

L'activité des ostéopathes a été récemment organisée²⁵. Or, cette organisation présente d'indéniables intérêts dans notre perspective. Rappelons, cependant, qu'il s'agit, ici, non de l'organisation d'une profession mais de celle d'un titre, puisque les membres de différentes professions (médecins, sages-femmes, masseurs-kinésithérapeutes et infirmiers), ainsi que des personnes n'appartenant pas à l'une des professions réglementées par le Code de la santé publique - les ostéopathes dits « à titre exclusif » -, peuvent pratiquer l'ostéopathie²⁶.

²² Conformément à l'article L. 4151-1, selon lequel la profession se définit notamment « suivant les modalités fixées par le code de déontologie de la profession, mentionné à l'article L. 4127-1 ».

²⁴ Rappelons, également, que l'intervention d'un médecin peut résulter de l'initiative de la sage-femme elle-même, soit pendant le suivi de la grossesse, soit à propos de « demande d'anesthésie loco-régionale ».

²⁵ Loi n°2002-303, du 4 mars 2002, relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé, art. 75 et décret n° 2007-435 du 25 mars 2007 relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie, dont la légalité a été admise par le Conseil d'État, 23 mai 2007, n°305544, inédit.

²⁶ L'article 75 de la loi n°2002-303, précitée, dispose : « L'usage professionnel du titre d'ostéopathe ou de chiropracteur est réservé aux personnes titulaires d'un diplôme sanctionnant une formation spécifique à l'ostéopathie ou à la chiropraxie (...) » ; le décret n°2007-435 décide, dans son art. 4 : « L'usage professionnel du titre d'ostéopathe est réservé : 1o Aux médecins, sages-femmes, masseurs-kinésithérapeutes et infirmiers autorisés à exercer, titulaires d'un diplôme universitaire ou interuniversitaire sanctionnant une formation suivie au sein d'une unité de formation et de recherche de médecine délivré par une université de médecine et reconnu

Dans ce contexte, l'art. 1^{er} alinéa 1^{er} du décret définit les missions ainsi que les limites de l'ostéopathie, prévoyant que « Les praticiens justifiant d'un titre d'ostéopathe *sont autorisés* à pratiquer des manipulations ayant pour seul but de prévenir ou de remédier à des troubles fonctionnels du corps humain, à l'*exclusion* des pathologies organiques qui nécessitent une intervention thérapeutique, médicale, chirurgicale, médicamenteuse ou par agents physiques. Ces *manipulations* sont musculo-squelettiques et myo-fasciales, *exclusivement manuelles et externes*. Ils *ne peuvent agir* lorsqu'il existe des symptômes justifiant des examens paracliniques »²⁷. Ce texte définit donc bien l'activité des ostéopathes en fonction du type d'intervention sur le corps, et non en fonction des actes que ceux-ci peuvent effectuer.

En outre, l'art. 3 du décret prévoit que « I. – Le praticien justifiant d'un titre d'ostéopathe ne peut effectuer les actes suivants : (...). II. – Après un diagnostic établi par un médecin attestant l'absence de contre-indication médicale à l'ostéopathie, le praticien justifiant d'un titre d'ostéopathe est habilité à effectuer les actes suivants (...) ». Ce décret utilise donc la référence aux actes aussi bien pour les autoriser que pour les exclure.

Ajoutons, du point de vue des rapports entre professionnels, que l'art. 2 du décret prévoit que « Les praticiens mentionnés à l'art. 1^{er} sont tenus, s'ils n'ont pas eux-mêmes la qualité de médecin, d'orienter le patient vers un médecin lorsque les symptômes nécessitent un diagnostic ou un traitement médical, lorsqu'il est constaté une persistance ou une aggravation de ces symptômes ou que les troubles présentés excèdent son champ de compétences ». Il s'agit, ici, d'une nouvelle illustration d'un mécanisme que nous avons rencontré à propos des sages-femmes, qui confie au professionnel la qualification de la limite de son intervention²⁸.

On comprend alors que, même si l'activité des ostéopathes renvoie à une définition construite en fonction des missions des personnes qui possèdent ce titre (et donc le diplôme idoine) ainsi que des limites de leurs interventions, la référence précise à certains actes, pour les autoriser ou les exclure, peut présenter une utilité pour la régulation de l'activité en cause.

B') Application

Nous privilégierons, ici, l'exemple de la profession infirmière, dans la mesure où celle-ci occupe, d'une part, une place particulière dans le système de soins du fait de ses champs d'intervention, notablement plus variés que ceux des autres professions, mais ce, d'autre part, dans le cadre strictement délimité par son « décret d'actes ». Nous verrons, ensuite, que si le modèle proposé se développe, la réalité normative qui en résultera prendra vraisemblablement une forme « hybride » et emportera, sans doute, des conséquences structurelles sur le droit des professions de santé.

1) L'exemple de la profession infirmière

Selon l'article L. 4311-1 c. san. pub., « Est considérée comme exerçant la profession d'infirmière ou d'infirmier toute personne qui donne habituellement des soins infirmiers sur

par le Conseil national de l'ordre des médecins. 2o Aux titulaires d'un diplôme délivré par un établissement agréé dans les conditions prévues aux articles 5 à 9 du décret du 25 mars 2007 susvisé ; 3o Aux titulaires d'une autorisation d'exercice de l'ostéopathie ou d'user du titre d'ostéopathe délivrée par l'autorité administrative en application des articles 9 ou 16 du présent décret ».

²⁷ C'est nous qui soulignons.

²⁸ Ainsi, en outre, que la possibilité la possibilité d'entrer dans le système de soins par un autre professionnel que le médecin, système n'existant pas en ce qui concerne les professions d'auxiliaires médicaux, à l'exception des pédicures-podologues.

prescription ou conseil médical, ou en application du rôle propre qui lui est dévolu. / L'infirmière ou l'infirmier participe à différentes actions, notamment en matière de prévention, d'éducation de la santé et de formation ou d'encadrement ». La formule utilisée est donc largement tautologique, renvoyant, pour une définition plus précise, au décret d'actes de la profession, intégré aux articles R. 4311-1 et suivants c. san. pub.. Ce dernier dispose alors dans son article 1^{er}, que : « L'exercice de la profession d'infirmier comporte l'analyse, l'organisation, la réalisation de soins infirmiers et leur évaluation, la contribution au recueil de données cliniques et épidémiologiques et la participation à des actions de prévention, de dépistage, de formation et d'éducation à la santé. (...) ». L'article R. 4311-2 précise que : « Les soins infirmiers (...) ont pour objet (...) : 1° De protéger, maintenir, restaurer et promouvoir la santé physique et mentale des personnes ou l'autonomie de leurs fonctions vitales physiques et psychiques en vue de favoriser leur maintien, leur insertion ou leur réinsertion dans leur cadre de vie familial ou social ; 2° De concourir à la mise en place de méthodes et au recueil des informations utiles aux autres professionnels, et notamment aux médecins pour poser leur diagnostic et évaluer l'effet de leurs prescriptions ; 3° De participer à l'évaluation du degré de dépendance des personnes ; 4° De contribuer à la mise en œuvre des traitements en participant à la surveillance clinique et à l'application des prescriptions médicales contenues, le cas échéant, dans des protocoles établis à l'initiative du ou des médecins prescripteurs ; 5° De participer à la prévention, à l'évaluation et au soulagement de la douleur et de la détresse physique et psychique des personnes, particulièrement en fin de vie au moyen des soins palliatifs, et d'accompagner, en tant que de besoin, leur entourage ». Ces deux derniers énoncés font clairement référence aux missions des professionnels concernés²⁹.

Dans ce contexte, la référence aux limites des interventions des infirmiers ne fait pas l'objet de prévisions textuelles explicites. Celles-ci ne sont cependant pas nécessaires, dans la mesure où, comme nous l'avons montré, les infirmiers ne sont autorisés, dans le système actuel (hors leur rôle propre³⁰), qu'à effectuer des actes sous contrôle médical. Ainsi, tout acte qui n'est pas explicitement autorisé est exclu. Si l'on devait se diriger vers un système dans lequel la référence aux actes devenait secondaire par rapport aux missions, cette configuration textuelle serait amenée à évoluer.

Pour ce faire, deux procédés techniques sont immédiatement envisageables : 1) remplacer la définition légale de la profession par sa définition réglementaire, ou ajouter la définition réglementaire à la définition légale ; 2) ajouter l'adverbe « notamment » à la liste des actes professionnels³¹.

²⁹ La mission des infirmiers est, également, précisée, en ce qui concerne leur rôle propre, dans l'article R. 4311-3, selon lequel « Relèvent du rôle propre de l'infirmier ou de l'infirmière les soins liés aux fonctions d'entretien et de continuité de la vie et visant à compenser partiellement ou totalement un manque ou une diminution d'autonomie d'une personne ou d'un groupe de personnes. / Dans ce cadre, l'infirmier ou l'infirmière a compétence pour prendre les initiatives et accomplir les soins qu'il juge nécessaires conformément aux dispositions des articles R. 4311-5 et R. 4311-6. Il identifie les besoins de la personne, pose un diagnostic infirmier, formule des objectifs de soins, met en œuvre les actions appropriées et les évalue. Il peut élaborer, avec la participation des membres de l'équipe soignante, des protocoles de soins infirmiers relevant de son initiative. Il est chargé de la conception, de l'utilisation et de la gestion du dossier de soins infirmiers ».

³⁰ Mais celui-ci n'implique pas d'atteinte à l'intégrité corporelle.

³¹ On pourrait, en outre, intégrer, à l'instar des sages-femmes, une disposition relative aux limites de l'intervention professionnelle aux règles de déontologie des infirmières (art. R. 4312-1 et s. c. san. pub.).

2) Vers une réalité normative forcément hybride ?

L'analyse des différents dispositifs de régulation des professions de santé montre qu'il n'existe pas de modèle « pur » d'organisation d'une profession, sauf en ce qui concerne les professions d'auxiliaires médicaux les moins qualifiées, construites exclusivement en référence aux actes que les professionnels peuvent exécuter, et systématiquement sous contrôle médical. *A contrario*, en ce en ce qui concerne les trois professions ou activité que nous avons plus particulièrement analysées, les régulations en cause prévoient systématiquement des références, à la fois aux missions des professionnels, aux limites de leurs interventions, ainsi qu'à un certain nombre d'actes, autorisés ou non, selon une distribution renvoyant aux particularités de chaque profession ainsi qu'aux différents contextes d'exercice professionnel³².

Dans une telle perspective, la référence aux actes dans la définition des différentes professions doit faire l'objet d'une approche nuancée. Il ne s'agit pas, en effet, de considérer que celle-ci manque totalement de pertinence, et doit être complètement écartée au profit d'un modèle de définition des professions exclusivement construit en référence à des missions professionnelles assorties de limites. Nous avons vu, en effet, que la définition des missions et des limites des professions peut être construite en référence à certains actes professionnels particuliers, notamment en ce qui concerne les limites interventionnelles. Il peut être utile, en outre, de viser certains actes pour préciser les modalités de coopération entre professionnels, à l'image des rapports entre les médecins et les sages-femmes³³.

Il ne s'agit donc pas, dans le modèle proposé, de gommer toute référence aux actes dans la définition des tâches professionnelles, mais d'éviter que la référence aux actes constitue la référence exclusive pour permettre l'intervention d'un professionnel sur le corps d'un patient. Il faut avoir conscience, cependant, que d'éventuelles redéfinitions des professions seront sans doute variables en fonction du degré d'autonomie et du contenu de la formation des différents professionnels. Ainsi, si une évolution semble relativement aisée en ce qui concerne les professions d'infirmier et infirmière, de masseurs kinésithérapeutes ou de pédicure podologue, elle semble plus difficile en ce qui concerne d'autres professions, par exemple celle de manipulateur d'électroradiologie médicale, tant celle-ci semble, justement, organisée pour effectuer certains actes précis.

De telles modifications dans la définition des professions impliquent, en outre, certaines modifications structurelles dans le droit des professions de santé.

3) Les conséquences structurelles de l'évolution des modes de définition sur le droit des professions de santé

Nous avons montré que la répartition des tâches entre les différentes professions de santé était essentiellement organisée autour de l'infraction d'exercice illégal de la médecine, l'intervention des auxiliaires médicaux constituant une exception au monopole médical

³² On pourrait ajouter à ce florilège les possibilités de spécialisation des professionnels, par exemple en ce qui concerne les infirmiers, les spécialisations citées par le décret d'actes, art. R. 4311-11, 12 et 13 : « L'infirmier ou l'infirmière titulaire du diplôme d'État de bloc opératoire », « L'infirmier ou l'infirmière, anesthésiste diplômé d'État » et l' « infirmière titulaire du diplôme d'État de puéricultrice ».

³³ Cf. *supra*.

défendu par l'infraction d'exercice illégal, obligeant, dans le texte même de cette infraction, à prévoir un « fait justificatif de l'infraction » permettant aux auxiliaires médicaux d'intervenir légitimement³⁵.

Or, les « décrets d'actes » doivent respecter les règles de l'arrêté du 6 janvier 1962, fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyse médicales non médecins, auquel il est fait référence dans le premier alinéa de l'art. L. 4161-1 c. san. pub., et dont la valeur est, en ce qui concerne la définition des professions, et du fait de l'utilisation de la technique de « l'incrimination par renvoi », équivalente à celle de la loi. Or, celui-ci ne permet pas d'autre système que celui de la définition des professions en référence aux actes professionnels. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire, si l'on veut s'engager dans la voie d'une redéfinition des professions non exclusivement fondée sur les actes professionnels, de gommer la référence à l'arrêté de 1962 dans la définition de l'exercice illégal de la médecine³⁶.

Ces analyses nous conduisent donc à proposer deux modifications de l'art. L. 4161-1 : supprimer du premier alinéa la formule : « ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine » ; modifier le second alinéa en remplaçant la formule « dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine, les actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret », par la formule « leurs missions professionnelles dans les conditions définies par la loi ».

Les alinéas 1 et 2 de l'art. L. 4161-1 seraient donc rédigés comme suit : alinéa 1, « Exerce illégalement la médecine : 1° Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'art. L. 4131-1 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin (...) » ; alinéa 2, « Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux étudiants en médecine, ni aux infirmiers ou gardes-malades qui agissent comme aides d'un médecin ou que celui-ci place auprès de ses malades³⁸, ni aux personnes qui accomplissent leurs missions professionnelles dans les conditions déterminées par la loi »³⁹.

³⁵ Cf. *supra*.

³⁶ Il serait techniquement possible, de modifier le système dans le sens proposé, sans abrogation de la référence à l'arrêté de 1962 dans l'art. L. 4161-1. Il suffirait, pour ce faire, de modifier les règles légales de définition des professions, et donc de prévoir, implicitement, une exception légale à l'art. L. 4161-1, l'exception prévalant alors sur la règle générale. Une telle solution semble toutefois peu pertinente à un double point de vue : elle manque de lisibilité, obligeant, pour en mesurer les effets, à une série d'interprétations passablement techniques ; elle appellerait, en outre, des interventions légales à chaque fois qu'il s'agirait de modifier, même marginalement, le champ d'intervention d'une profession, rendant, paradoxalement, le système plus difficile à faire évoluer qu'aujourd'hui. Il convient donc d'écarter cette solution.

³⁸ Nous avons également supprimé la référence aux sages-femmes, dans la mesure où l'article L. 4151-1 prévoit implicitement la légitimité de leur intervention en dehors du système des décrets d'actes, cf. *supra*, II, A', 1).

³⁹ Une telle modification ne nuira pas à la capacité répressive du juge pénal puisqu'elle ne modifie en rien la définition « générique » de la médecine portée par l'article L. 4161-1, l'arrêté de 1962 ne faisant actuellement que préciser cette définition. La référence à l'avis de l'Académie nationale de médecine à propos de la définition des actes des auxiliaires médicaux pourrait être reprise à propos des normes réglementaires d'application.