



**HAL**  
open science

## De la responsabilité pénale du masseur-kinésithérapeute face à l'urgence

Paul Cazalbou

### ► To cite this version:

Paul Cazalbou. De la responsabilité pénale du masseur-kinésithérapeute face à l'urgence. *Kinésithérapie, la Revue*, 2019, 19, pp.23 - 26. <10.1016/j.kine.2019.03.007>. <hal-03484359>

**HAL Id: hal-03484359**

**<https://hal.science/hal-03484359v1>**

Submitted on 20 Dec 2021

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.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC 4.0 - Attribution - Non-commercial use - International License

## DOSSIER L'urgence en kinésithérapie : Risques et enjeux pour la profession 4

### Note de la Rédaction

Les actes du colloque « *L'urgence en kinésithérapie : Risques et Enjeux pour la profession* », organisé par la Faculté libre de droit de l'institut Catholique de Toulouse, la Faculté de droit de l'Université Toulouse I Capitole et l'association Santéjuris, à Toulouse le 20 octobre 2018 sont co-publiés en partenariat au sein de « *Kinésithérapie, la Revue* », éditée par Elsevier SAS, et « Lexbase » SA.

- Monnoyer MC. Introduction au colloque « L'urgence en kinésithérapie : Risques et Enjeux pour la profession ». *Kinesither Rev* 2019;19(210).
- Jean S. Propos introductifs relatifs à l'urgence en kinésithérapie. *Kinesither Rev* 2019;19(210).
- Mangematin C. La responsabilité civile du masseur-kinésithérapeute dans le cadre de l'urgence de l'article L.4321-1 du Code de la Santé Publique. *Kinesither Rev* 2019;19(210).
- Cazalbou P. De la responsabilité pénale du masseur-kinésithérapeute face à l'urgence. *Kinesither Rev* 2019;19(210).
- Rocton R. L'urgence en kinésithérapie, point de vue de l'expert. *Kinesither Rev* 2019;19(210).
- Vialla F. Information et consentement du patient dans le cadre de l'urgence en masso-kinésithérapie. *Kinesither Rev* 2019;19(210).
- Gedda M. Diagnostics croisés du médecin-prescripteur et du masseur-kinésithérapeute en contexte d'urgence. *Kinesither Rev* 2019;19(210).

Ces communications ont préalablement été validées par les organisateurs, selon une procédure qui leur 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."

### De la responsabilité pénale du masseur-kinésithérapeute face à l'urgence

#### *Criminal liability of a physiotherapist facing emergency*

#### **Paul Cazalbou**

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, IRDEIC(EA-4211)

Bureau MD421

Université Toulouse I Capitole, 2 rue du Doyen Gabriel Marty, 31042 Toulouse, Cedex 9

[paul.cazalbou@ut-capitole.fr](mailto:paul.cazalbou@ut-capitole.fr)

#### **Conflit d'intérêt :**

L'auteur déclare n'avoir aucun conflit d'intérêt en lien avec le présent article.

## Résumé :

L'analyse des dispositions de la loi du 26 janvier 2016 « de modernisation de notre système de santé » relative à la responsabilité pénale des kinésithérapeutes intervenant dans une situation d'urgence montre un effort louable de clarification des conditions d'exercice de la profession qui n'empêche pas de constater que des mécanismes classiques du droit pénal et préexistants permettaient d'aboutir au même résultat.

**Mots clés :** Autorisation de la loi ; Etat de nécessité ; Exercice illégal de la médecine ; Fait justificatif ; Kinésithérapeute ; Non-assistance à personne en danger ; Responsabilité pénale

**Keywords:** Law authorization; Necessity condition; Illegal practice of medicine; Justificatory fact; Physiotherapy; Failure to assist a person in danger; Criminal liability

*A priori*, la responsabilité pénale du kinésithérapeute n'évoque pas grand chose au juriste spécialisé en droit pénal. Instinctivement même, le pénaliste serait tenté de relever que le kinésithérapeute n'est qu'un individu comme un autre dont la responsabilité pénale n'a rien d'original. Elle s'engage d'ailleurs, fréquemment, pour des infractions tout à fait communes telles que les agressions sexuelles que n'importe quel individu, indépendamment de sa profession, peut commettre<sup>1</sup>. On lui reprochera parfois des situations d'exercice illicite de la médecine mais cette infraction, qui n'est pas réservée aux kinésithérapeutes, peut également être réalisée par tout un chacun.

Il est toutefois vrai que la loi pénale prend parfois en compte la qualité particulière d'un individu ou les conditions particulière de son intervention pour aménager ou neutraliser sa responsabilité pénale. L'ascendant ou le descendant ne peuvent ainsi se voir reprocher le vol au préjudice de leurs descendants ou de leurs ascendants<sup>2</sup>. L'actualité récente a également été l'occasion de mettre en lumière la possibilité d'apporter une aide aux individus en situation irrégulière à condition que cette aide soit apportée par « soucis humanitaire » et non dans un but lucratif<sup>3</sup>.

Le thème qui nous été proposé dans le cadre de ce colloque peut se rattacher à ces mécanismes compréhensifs que le droit pénal prévoit parfois. Il consistait, en effet, à envisager l'influence de la loi du 26 janvier 2016<sup>4</sup>, modifiant l'article L.4321-1 du Code de la santé publique (CSP), autorisant les Masseur-kinésithérapeute à pratiquer « les premiers actes de soins nécessaires

---

1 Une décision parmi d'autres : Cass. Crim., 3 novembre 2016, n°15-87038, publié au bulletin. Les kinésithérapeutes pouvant évidemment, comme tout un chacun, être victime de ces infractions : Cass. Crim., 12 décembre 2018, n°18-81081.

2 Il s'agit du mécanisme dit de « l'immunité familiale » posé par l'article 311-12 du Code pénal qui connaît néanmoins certaines exceptions posées par la même disposition.

3 Ces autres immunités sont prévues par l'article L622-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile actuel. Elles ont donné lieu à deux décisions récentes du Conseil constitutionnel : CC, n°2018-717/718 QPC, du 6 juillet 2018 et CC, n°2018-770 DC, du 6 septembre 2018.

4 Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

en maso-kinésithérapie » en cas d'urgence, sur la responsabilité pénale de ces mêmes kinésithérapeutes.

Il paraissait toutefois possible d'élargir le périmètre de cette intervention en considérant que si la loi du 26 janvier 2016 a bien explicité les conditions d'intervention des masseurs-kinésithérapeutes dans l'urgence, ce n'est certainement pas elle qui a créé les situations d'urgence auxquelles les masseurs-kinésithérapeutes ont pu se retrouver confronté auparavant. De la même manière, le droit pénal ayant horreur du vide, cela fait bien longtemps qu'il encadre les situations d'urgence selon deux techniques bien rodées. L'interdiction qu'il pose parfois de générer des risques, il vise à prévenir les situations d'urgence. L'obligation qu'il pose parfois de réagir à des situations que l'on pourrait qualifier d'urgence, il dicte alors son comportement à l'individu qui se trouve confronté à une urgence et le masseur-kinésithérapeute peut être un de ces individus.

La comparaison de la nouveauté aux anciens dispositifs permettra d'évaluer l'utilité réelle, en matière pénale, de la loi du 26 juillet 2016 sur la responsabilité pénale des kinésithérapeutes. Nous examinerons donc successivement l'influence en matière pénale des nouvelles dispositions de la loi du 26 janvier 2016 (I) mais également celle des autres dispositifs qui existaient préalablement et qui réglementaient, selon nous déjà, l'activité d'urgence des masseurs-kinésithérapeutes (II).

### **I : Dispositif de la loi de 2016**

Tout d'abord la loi de 2016 n'a en aucune manière l'apparence d'une loi relative à la responsabilité pénale et l'article L. 4321-1 du Code de la santé publique n'a rien d'un dispositif pénal<sup>5</sup>. Il régleme simplement l'exercice de leur profession par les masseurs-kinésithérapeutes. En prévoyant, tout d'abord, que les masseurs-kinésithérapeutes agissant dans un but thérapeutique ne peuvent le faire que sur prescription médicale, ensuite et néanmoins, qu'en cas d'urgence ils peuvent pratiquer les « premiers actes de soins nécessaires en maso-kinésithérapie ».

En surface, rien de pénal dans une telle disposition, il s'agit de réglementer les conditions d'action des masseurs-kinésithérapeutes. Le pénal réapparaît toutefois si l'on prend la peine de relever ce à quoi s'expose le masseur-kinésithérapeute qui agirait en l'absence de prescription médicale réalisée par un médecin. Ce kinésithérapeute, s'exposerait à des sanctions au titre de l'exercice illégal, non pas de sa propre profession, mais de celle de médecin [1; §607]. En effet, l'article L4161-1 du CSP considère que le fait « d'établir des diagnostics ou de traiter des maladies par acte personnels, consultations verbales ou écrites ou ... tout autre procédés quels qu'ils soient sans être titulaire d'un diplôme de médecine » constitue un exercice illégal de la médecine et expose son auteur à 2 ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende (art. 4161-5 CSP). Or, le masseur-

kinésithérapeute qui interviendrait sans prescription serait amené sans aucun doute à poser un diagnostic, ce qu'il ne peut déjà faire, voire à pratiquer une intervention sur la base de son diagnostic, ce qu'il ne peut non plus faire. Plusieurs précisions s'imposent toutefois pour cerner cette éventuelle responsabilité pénale du kinésithérapeute.

Tout d'abord, l'exercice illégal de la médecine ne s'applique qu'aux attributions thérapeutiques du kinésithérapeute. S'il agit dans un autre but, il ne s'arroge pas les fonctions du médecin. La Cour de cassation a ainsi pu considérer que des drainages lymphatiques manuels ou électriques effectués dans une but esthétique et de confort, sans visée thérapeutique, n'étant pas soumis à prescription médicale, peuvent être effectués de sa propre initiative par le kinésithérapeute dès lors qu'ils ne visent pas à traiter un trouble circulatoire<sup>6</sup>.

Ensuite, l'exercice illégal de la médecine, ne peut être retenu qu'à condition d'être habituel<sup>7</sup>. L'habitude commençant, en droit pénal, à partir de la première répétition<sup>8</sup>. Il en résulte que c'est à compter du second acte pratiqué sans prescription que le kinésithérapeute engagerait sa responsabilité. Certains auteurs relèvent de surcroît que « L'habitude s'entend, en principe, d'une fréquence et d'une continuité dans la répétition des actes délictueux qui soient suffisantes pour que ces actes n'apparaissent pas comme des manifestations isolées et accidentelles de l'exercice de la profession. »<sup>9</sup>. Cette approche est plus clémente encore pour le kinésithérapeute qui ne pourrait ainsi se voir reprocher un exercice illégal de la médecine qu'à la condition que la répétition se double d'une certaine régularité ou proximité temporelle.

Ceci étant posé, on conçoit bien l'intérêt pénal du dispositif mis en œuvre. Il permet dans une situation d'urgence, en l'absence de médecin, de se passer de prescription afin de pratiquer un acte qui pourrait, s'il était réalisé de manière habituelle, engendrer la responsabilité du masseur-kinésithérapeute pour exercice illégal de la médecine. Du point de vue du droit pénal le mécanisme en question s'analyse comme une autorisation de la loi à commettre une infraction : que le masseur-kinésithérapeute agisse de manière habituelle ou ponctuelle sans prescription peu importe, il est autorisé à le faire tant qu'il démontre que son intervention était justifiée par l'urgence. Ce mécanisme d'autorisation de la loi fonctionne sur la base de l'article 122-4 du Code pénal selon lequel « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. ». Il y a bien ici une loi, l'article L.4321-1 du CSP, qui autorise un acte interdit par une autre loi, l'article L4161-1 du CSP, dans le cadre fixé par l'article 122-4 du CP.

---

5 Il est, d'ailleurs, assez simple d'identifier, dans le Code de la santé publique, les dispositions pénales : elles font toujours l'objet d'une sous partie intitulée « Dispositions pénales ».

6 Cass. Crim. 18 janvier 2000, n°99-83627.

7 Il existe toutefois des nuances dans la nécessité de l'habitude. Certaines modalités de l'infraction s'accommodent ainsi d'un acte unique [1].

8 Cass. crim., 4 déc. 1926 : Bull. crim. 1926, n° 334.

9 J. Penneau, J.-Cl. Lois pénales spéciales, Fasc. 40, Médecine – Exercice illégal de la médecine, §81

La loi du 26 janvier 2016 est donc du point de vue pénal d'un classicisme total : elle instaure un cas particulier d'autorisation de la loi à pratiquer l'infraction d'exercice illégal de la médecine. Elle était d'ailleurs sûrement nécessaire puisque des dispositions prévoyant l'intervention en urgence du masseur-kinésithérapeute existaient déjà mais n'avait alors que valeur réglementaires<sup>10</sup> or le règlement ne saurait autoriser la commission d'une infraction prévue par la loi.

S'il faut donc reconnaître un certain effet, en matière pénale, à la loi du 26 janvier 2016, elle ne saurait faire oublier les autres dispositifs pénaux qui pouvaient déjà trouver à s'appliquer pour justifier l'intervention en cas d'urgence d'un masseur-kinésithérapeute.

## **II : Dispositifs pénaux préexistants**

L'intérêt de la loi du 26 janvier 2016 était donc de clarifier la situation du masseur-kinésithérapeute intervenant en situation d'urgence afin d'éviter, on le comprend, des poursuites trop fréquentes pour exercice illégal de la médecine. Énoncé d'une telle manière toutefois, on peut tout de même s'interroger sérieusement sur la réalité du problème qui était posé. Quel Procureur aurait poursuivi pour exercice illégal de la médecine un masseur-kinésithérapeute pratiquant son art dans une situation d'urgence ? La réponse à cette question est : probablement aucun<sup>11</sup>. Mais il suffit d'une fois pour qu'un problème se pose et qu'une condamnation qui pourrait être perçue comme injuste survienne. On comprend dès lors la volonté de sécurisation juridique de la profession. Toutefois, quand des condamnations si ouvertement injustes paraissent envisageables il faut se garder de croire que le droit ne les évitera que par le bon sens d'un magistrat exerçant avec discernement sa capacité à poursuivre. Très souvent le droit recèle des dispositifs empêchant de telles poursuites contre des comportements qu'on perçoit comme plus nécessaires que néfastes. De ce point de vue, le droit pénal est plutôt prévoyant, qui met à disposition au moins deux mécanismes [2] permettant d'éviter, indépendamment de la loi du 26 janvier 2016, les poursuites de masseurs-kinésithérapeutes agissant habituellement dans l'urgence.

L'état de nécessité, tout d'abord, qui est un fait justificatif prévu par l'article 122-7 du Code pénal selon lequel « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de

---

10 La pratique était ainsi autorisée par l'article R4321-1 du CSP dont la rédaction est, d'ailleurs, inchangée depuis la loi du 26 janvier 2016.

11 En application de l'article 40 du Code de procédure pénale : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. ». On parle classiquement, pour désigner cette prérogative, d'un pouvoir de juger de « l'opportunité des poursuites » conféré au magistrat du Parquet. Les poursuites n'ont donc rien d'automatique et il est tout à fait possible pour un Procureur de classer sans suite une affaire notamment lorsque « les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient » (art. 40-1 du CPP).

la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace. ». Ce fait justificatif, permet de réaliser un acte interdit afin de sauvegarder un intérêt supérieur. Or, on pourrait parfaitement considérer que le masseur-kinésithérapeute confronté à une urgence est face à un « danger actuel » et qu'en accomplissant « les premiers soins nécessaires en maso-kinésithérapie », il accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne sans qu'il y ait disproportion entre la menace et les moyens mis en œuvre. Plus précisément, il semble bien que soigner un patient dans une situation d'urgence, en l'absence de médecin, paraît plus important que de respecter le monopole d'exercice de la profession de médecin. Encore faut il s'entendre sur l'urgence en question mais la jurisprudence considère que le risque d'atteinte à la santé de la personne permet de justifier l'accomplissement d'un acte normalement interdit<sup>12</sup>. A l'inverse, elle exclut la simple commodité pour justifier l'infraction<sup>13</sup>. On pourra, dès lors, considérer que l'urgence ne se manifeste pas s'il semble possible d'obtenir la prescription d'un médecin préalablement aux soins sans dégradation notable de la situation du patient.

Le second dispositif envisageable est fondé sur l'article 122-4 du Code pénal qui, s'il prévoit, l'autorisation de la loi pour commettre une infraction prévoit également la possibilité de commettre une infraction sur prescription de la loi. En effet, dans certaines situations, la loi peut prescrire une intervention qui prendrait la forme d'une infraction. Or, il se trouve que le Code pénal, en réprimant la non-assistance à personne en danger en son article 223-6, impose bien l'obligation d'agir dans des situations de péril pour autrui : « Sera puni [de 5 ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende] quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. »<sup>14</sup>. Cet article est traditionnellement considéré comme imposant une assistance personnelle ou indirecte en cas de péril pour une personne et, ici encore, on serait tenté de considérer qu'un masseur-kinésithérapeute agissant dans l'urgence vérifie ces conditions. En effet, on peut à tout le moins rapprocher l'urgence du péril ou considérer que du péril découle l'urgence à intervenir. D'une manière classique le péril justifiant l'intervention se caractérise par sa gravité et son imminence<sup>15</sup>, le risque de mort ou de blessures grave qui justifierait la commission d'une infraction d'exercice illégal de la médecine. Un auteur soutient toutefois que la Cour de cassation a refusé cet argument pour légitimer une pratique d'exercice illégal de la médecine [1 ;

---

12 V, J.Cl. Pénal Code, art. 122-7, Fasc. 20, État de nécessité, §27

13 Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-86.860 : pour un individu préférant fumer du cannabis plutôt que de prendre un traitement légal pour soulager ses douleurs.

14 Il est toutefois possible de discuter le caractère prescriptif des interdits pénaux : V. nos obs. ss. Cass. Crim., 23 mai 2018, n°17-82355, publié au bulletin, Discréditant, outrageant et même menaçant : le propos doit-il nécessairement être rapporté par le journaliste? RPDP 2018 n°3, à paraître.

15 V. pour les conditions précises relatives au péril en cause : J.Cl. Pénal Code, art. 223-5 à 223-7, Entrave aux mesures d'assistance omission de porter secours, Fasc. 20, §49 et s.

§633, spéc. p. 355]. La décision, relative au gourou d'une secte qui prescrivait des traitements aux énergies cosmiques<sup>16</sup>, nous paraît toutefois très circonstanciée et il semble peu probable que le même argument invoqué par un kinésithérapeute ne trouve pas crédit aux yeux des magistrats. Il faut d'ailleurs noter que l'infraction de non-assistance à personne en danger s'applique très fréquemment à des professionnels de santé qui négligent des individus en situation de péril<sup>17</sup>.

On le voit donc, il existait déjà des mécanismes permettant de justifier l'intervention en urgence du masseur-kinésithérapeute avant la loi du 26 janvier 2016 dont il faut relativiser l'intérêt pratique. Tout d'abord, d'un point de vue statistique, il existe peu de décisions relatives à l'exercice illégal de la médecine par des kinésithérapeutes<sup>18</sup>. Ensuite, et c'est assez singulier, le dispositif mis en place par la loi de 2016 n'autorise la réalisation, en cas d'urgence, que des « premiers actes de soins nécessaires en maso-kinésithérapie ». Les autres dispositifs pénaux, état de nécessité, non-assistance à personne en danger, ne se limitent pas à la maso-kinésithérapie : ils permettent de réaliser tout acte rendu nécessaire par la situation. Ils ouvrent donc plus de possibilités aux kinésithérapeutes que la loi nouvelle.

S'il reste à établir formellement, il y a donc fort à parier que l'impact pratique de la loi du 26 janvier 2016 passe relativement inaperçu.

## Références

[1] Mistretta P. Droit pénal médical, Cujas, 2013.

[2] Py B. Urgence médicale, état de nécessité et personne en péril, AJ Pénal 2012, p.384.

---

16 CA Grenoble, 7 juillet 1999, *JurisData* n°1999-044835.

17 V. J. Guigue, Feuillet mobiles Litec Droit médical et hospitalier, Responsabilité pénale médicale, Fasc. 21 : autres cas de responsabilité médicale, §48.

18 Deux seulement sont relevées dans l'ouvrage du Professeur Mistretta, Droit pénal médical, Cujas, 2013, §607, dont une tend à la relaxe du praticien : Cass. Crim., 14 mars 2000, n°99-86500 et Cass. Crim., 18 janvier 2000, n°99-83627.