



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

PIERRE-LUC L'HERMITE

le 3 juillet 2018

Recherches juridiques sur la médicalité de l'ostéopathie en droit français

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Public**

Unité de recherche : **IMH (EA 4657)**

Directrice de thèse : Madame Florence CROUZATIER-DURAND, Maître de conférences à l'Université de Toulouse

JURY

Rapporteurs Madame Sophie PARICARD, Maître de conférences à l'Université d'Albi
Monsieur François VIALLA, Professeur à l'Université de Montpellier

Suffragants Madame Isabelle POIROT-MAZÈRES, Professeure à l'Université de Toulouse

**RECHERCHES JURIDIQUES SUR LA
MÉDICALITÉ DE L'OSTÉOPATHIE EN DROIT
FRANÇAIS**

Pierre-Luc L'Hermitte

L'Université Toulouse Capitole n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

À Andrew Taylor Still et à ses descendants mes confrères,

Remerciements

Dans l'entreprise d'une thèse de doctorat se cache une somme considérable de personnes qui, par leurs influences de nature très diverses, ont influencé le cheminement de son rédacteur.

Que ma gratitude se dirige en premier lieu à Florence Crouzatier-Durand qui a eu la lourde tâche de diriger ce travail tout au long de ce parcours sinueux que constitue la rédaction d'une thèse de droit.

Je tiens également à exprimer mes remerciements au Dr Clément Cousin qui m'a fait l'honneur d'une lecture critique en prenant sur son temps que je sais très précieux. Je remercie Marc Cottereau pour les discussions que nous avons entretenues sur la philosophie du droit. Je n'oublie pas les Dr Hélène Orizet, Salomé Gottot, pour leurs précieux conseils disséminés çà et là tout au long de ce processus. Merci à Jean-Louis Boutin pour la constance de son dévouement. Merci à FOREOS pour leur contribution à ma première année de thèse.

Je tiens également à adresser mes remerciements au Professeur Mathieu Touzeil-Divina pour son écoute, son ouverture et sa bienveillance, Julia Schmitz, Gaelle Lichardos, Arnaud Duranthon, Rémi Radiguet pour leurs temps et leurs lectures de mon travail et la Professeure Isabelle Poirot-Mazères pour ses enseignements lors du master 2 droit de la santé et de la protection sociale qui ont fait naître en moi les questionnements à l'origine de cette thèse de doctorat.

Merci enfin à mes proches pour leur soutien indéfectible, Margot en tout premier lieu. Merci tout particulièrement à l'institution médicale pour son farouche rejet de la médicalité ostéopathique qui m'a permis d'aboutir à une réflexion féconde sur les fondements de ce mécanisme et de sa légitimité.

Liste des abréviations

ABM	Agence de la Bio Médecine
ADN	Acide Désoxyribonucléique
AFO	Association Française d'Ostéopathie
AJDA	Actualité Juridique du Droit Administratif
AP-HP	Assistance Publique – Hôpitaux de Paris
ARH	Agence Régionale de l'Hospitalisation
ARS	Agence Régionale de Santé
Bull	Bulletin de la Cour de cassation
BO	Bulletin Officiel
CCNE	Conseil Consultatif National d'Éthique
CNRTL	Centre National de Recherches Textuelles et Linguistiques
CASF	Code de l'action sociale et des familles
CNRTL	Centre National de Recherches Textuelles et Linguistiques
CP	Code pénal
Crim	Chambre criminelle
CSP	Code de la santé publique
DGOS	Direction Générale de l'Offre de Soins
DGS	Direction Générale de la Santé
DIM	Dérangement Intervertébral Mineur
D.O.	<i>Doctor of Osteopathy</i> , traduction : Docteur en ostéopathie
D.O.	Diplômé d'Ostéopathie
DPC	Développement Professionnel Continu
FMF	Fédération des Médecins de France
FOF	Fédération des Ostéopathes de France

GPA	Gestation Pour Autrui
HAS	Haute Autorité de Santé
HVLA	<i>High Velocity Low Amplitude</i> , traduction : haute vélocité faible amplitude
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , traduction : dans le même ouvrage
<i>Idem.</i>	<i>Idem</i> , traduction : au même endroit de l'ouvrage
IVG	Interruption Volontaire de Grossesse
JC	Jésus Christ
JCP	Jurisclasseur périodique
JO	Journal Officiel
LEH	Les Études Hospitalières
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
MGF	Médecins Généralistes France
ODF	Ostéopathes De France
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
ONIAM	Office Nationale de l'Indemnisation des Actes Médicaux
<i>Op.cit.</i>	<i>Opere citato</i> , traduction : opus cité
PUF	Presses Universitaires de France
RBP	Recommandations de Bonnes Pratiques
RDS	Revue Droit et Santé
RDSS	Revue de Droit Sanitaire et Social
Req.	Requête
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RGDM	Revue Générale de Droit Médical
RMO	Références Médicales Opposables
ROF	Registre des Ostéopathes de France
SFDO	Syndicat Français des Ostéopathes
SML	Syndicat des Médecins Libéraux
T.	Tome
TVA	Taxe sur la Valeur Ajoutée
Vol.	Volume

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE : LA MÉDICALITÉ OSTÉOPATHIQUE REJETÉE PAR L'INSTITUTION MÉDICALE

Titre 1 : L'établissement d'une médicalité binaire par l'institution médicale

Chapitre 1 – Une médicalité binaire créée avec l'apparition de l'institution médicale

Chapitre 2 – Une médicalité binaire préservée par la force juridique de l'institution médicale

Titre 2 : Le monopole de l'institution médicale sur l'exercice de la médecine

Chapitre 1 – L'influence de l'institution médicale sur la médicalité des actes de diagnostic

Chapitre 2 – L'influence de l'institution médicale sur la médicalité des actes de soin

SECONDE PARTIE : LA MÉDICALITÉ OSTÉOPATHIQUE RÉVÉLÉE PAR LE DROIT

Titre 1 : La médicalité élevée des actes de diagnostic ostéopathiques révélée par une gradation

Chapitre 1 – La médicalité du diagnostic d'opportunité en santé

Chapitre 2 – La médicalité du diagnostic fonctionnel en santé

Titre 2 : La médicalité élevée des actes de manipulation ostéopathiques révélée par une gradation

Chapitre 1 – L'appréhension univoque des actes de manipulation à médicalité élevée

Chapitre 2 – L'appréhension protéiforme des actes de manipulation à la médicalité ambiguë

« Soigner. Donner des soins, c'est aussi une politique. Cela peut être fait avec une rigueur dont la douceur est l'enveloppe essentielle. Une attention exquise à la vie que l'on veille et surveille. Une précision constante. Une sorte d'élégance dans les actes, une présence et une légèreté, une précision et une sorte de perception très éveillée qui observe les moindres signes. C'est une sorte de poème (et qui n'est jamais écrit), que la sollicitude intelligente compose ».

Paul VALÉRY, *Politique organo- psychique II, Œuvres* (T. 1), Paris, Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, 1957, p.322-323

Introduction générale

« L'examen des mots est le commencement de la sagesse »¹

ÉPICTÈTE, *Entretiens*, Livre 1, Chapitre 17

Qu'est-ce que la médicalité de l'ostéopathie ? À cette question incorporant un néologisme, les philosophes antiques auraient sans doute proposé une réponse basée sur une analyse de la locution « médicalité ». Empruntant la citation au père de l'école cynique, Antisthène, Épictète suggère que les mots constituent l'unité minimale de la pensée². Ainsi, pour proposer un raisonnement il convient d'en connaître les éléments de support. La médicalité est un substantif permettant de déterminer une nature médicale, la caractérisant, cherchant à établir son essence. Des recherches juridiques sur la médicalité de l'ostéopathie doivent donc être entendues comme des réflexions relatives à l'essence médicale de l'ostéopathie en droit français.

La définition du droit se présente toujours sous les traits une entreprise délicate et semble, pour la doctrine, constituer une question encore non résolue³. Nombre d'universitaires ont exprimé leur désarroi lorsqu'ils se sont confrontés à cette tâche aux

¹ Cette citation grecque est connue sous deux formes. La première correspond à la traduction mentionnée ci-dessus : *Skepsis onomatôn arkhè sophias*. La seconde est : *arkhè paideuséôs à tôn onomatôn episkepsis* signifiant : « Le commencement de l'éducation/l'instruction est l'examen des mots ».

² ÉPICTÈTE, *Entretiens*, Livre 1, Chapitre 17, Paris, Vrin, 2015, p.98.

³ Dans un ouvrage, Denys de Béchillon fait référence à la revue « Droits » qui avait demandé à une cinquantaine d'universitaires de proposer leur définition du droit. « Il en résulta cinquante présentations sensiblement divergentes et souvent incompatibles » DE BÉCHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p.10.

apparences aussi simplistes que trompeuses⁴. Mentionner cette instabilité doctrinale ne doit pas pour autant exonérer une étude de se prêter à cet exercice indiquant un choix définitionnel. Parmi les nombreux écueils auxquels expose une telle tentative, l'un d'entre eux mérite toutefois d'être mentionné. Chercher à définir le droit, selon Michel Mialle⁵, implique une définition englobant tout droit et tout système juridique résumé en un seul concept. Cela obligerait donc à y consacrer une thèse entière mobilisant la philosophie du droit autant que l'anthropologie juridique. L'ambition de cette étude se bornera donc à définir les principaux axes qui seront susceptibles d'être mobilisés à travers son déroulement. Le droit sera envisagé comme un ensemble de normes⁶. Ces normes juridiques résultent de l'expression de valeurs⁷. Elles sont organisées selon une certaine hiérarchie et assorties de sanctions dont le respect est assuré essentiellement⁸ par l'autorité publique⁹. En effet, une séparation existe incontestablement entre le monde des faits et le monde des normes¹⁰ puisqu'elles sont imbibées d'un contexte « politique au sens large, historique, social, économique, moral, religieux, philosophique ou idéologique »¹¹. De plus, il ne peut être nié que celles-ci se présentent sous la forme d'un langage¹², c'est à dire une somme de propositions linguistiques formant des éléments largement sujets à l'interprétation¹³.

L'existence contemporaine de l'ostéopathie au sein du droit français s'établit à travers de nombreux actes juridiques de nature législative¹⁴ et réglementaire¹⁵. Ils font de cette

⁴ « Lorsqu'on vous demande de donner votre définition du droit, on se sent pris d'un certain orgueil et on accepte avec enthousiasme. Vient le temps de la réflexion et l'orgueil se change en malaise et le malaise en humilité » EDELMAN Bernard, « *Ma* » définition du droit, « Droits – Revue française de théorie juridique » n°11, Paris, PUF, 1990, p.21. « Voilà des semaines et même des mois que je « sèche » laborieusement sur la question » VEDEL Georges, *Indéfinissable mais présent*, *Ibid.*, p.67.

⁵ MIAILLE, *Définir le droit*, *Ibid.*, p.41.

⁶ MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p.22.

⁷ Les définitions attribuées à la « valeur » sont nombreuses, comme celle de John Dewey ou John Austin notamment, HEINICH Nathalie, *Des valeurs – Une approche sociologique*, Paris, Gallimard, 2017, p.30 et 31. Le facteur social est d'ailleurs indispensable pour penser la santé et sa dimension culturelle, DUMONT Martin, ZACCAÏ-REYNERS Nathalie, *Penser le soin avec Simone Weil*, Paris, PUF, 2018, p.19, ou « l'expression des préférences » MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p.13. CORNU Gérard, *Linguistique juridique*, 3^{ème} édition, Paris, Montchrestien, DOMAT droit privé, 2005, p.116.

⁸ BÉAL Christophe, *Philosophie du droit, Norme, validité et interprétation*, Paris, Vrin, 2015, p.10.

⁹ ROUBIER Paul, *Théories générales du droit – Histoires des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Dalloz, 2005, p.5.

¹⁰ DE BÉCHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, *op. cit.*, p.119.

¹¹ JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2015, p.1.

¹² CORNU Gérard, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, p.2.

¹³ HART Herbert, *Le positivisme et la séparation du droit et de la morale*, cité par BÉAL Christophe, *Philosophie du droit, Norme, validité et interprétation*, *op. cit.*, p.169. SÈVE René, *Philosophie et théorie du droit*, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2017, p.155.

¹⁴ Article 75 de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

activité de soin un élément appartenant incontestablement au système sanitaire¹⁶. Pour autant, sa juridicité échappe aux conventions et ne cesse d'initier maintes controverses quant à son essence. L'appréhension juridique de l'ostéopathie demeure relativement incertaine du fait de ses caractéristiques contrastées qui parviennent à la soustraire aux catégorisations orthodoxes des professions de santé. La démarcation entre l'ostéopathie et la matrice façonnant le statut des professions de santé s'exprime notamment par le fait que les ostéopathes peuvent exercer leur activité de manière autonome. Ils peuvent en effet réaliser des actes de diagnostic et des actes de soin¹⁷, sans pour autant figurer au sein du Code de la santé publique aux côtés des professions médicales¹⁸, qui sont classiquement les seules à bénéficier de ce privilège juridique. Cette singularité lui vaut souvent d'être présentée comme une activité qualifiée de médecine non-conventionnelle¹⁹. L'avenir des exercices non conformes à la convention ne connaît classiquement que deux issues. Ils sont soit maintenus dans l'inertie de la marginalité, soit précipités dans l'opprobre²⁰. L'ostéopathie prend pourtant ses distances avec ces horizons funestes du fait de ses caractéristiques juridiques.

L'épanouissement de l'ostéopathie se manifeste en effet à plusieurs niveaux de la société. Des études scientifiques attestent aujourd'hui de son efficacité sur de nombreuses fonctions de l'organisme²¹, des revues scientifiques aux comités de lectures pluridisciplinaires ont été constituées²², l'enseignement est harmonisé à l'échelle nationale²³ et la création de

¹⁵ Les normes réglementaires sont très nombreuses entre 2007 et 2016 incluant de nombreux décrets et arrêtés. À titre d'exemple il est possible de mentionner les décrets n°2007-435 et 2007-437 du 25 mars 2007 respectivement relatifs aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie et à la formation des ostéopathes.

¹⁶ Les annexes de l'arrêté du 12 décembre 2014 relatif à la formation en ostéopathie définissent l'ostéopathie par sa mission principale : « L'ostéopathe, dans une approche systémique, après diagnostic ostéopathique, effectue des mobilisations et des manipulations pour la prise en charge des dysfonctions ostéopathiques du corps humain ».

¹⁷ Différents actes juridiques encadrent réglementairement l'activité de soin d'ostéopathie comme le décret n°2007-435 relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie et les annexes de l'arrêté du 12 décembre 2014 relatif à la formation en ostéopathie.

¹⁸ Les articles L. 4111-1 et suivants du Code de la santé publique se trouvent au sein du livre 1 de la partie 4.

¹⁹ L'expression a été employée par le Parlement Européen dans un rapport de Paul Lannoye du 16 mars 1997 sur le statut des médecines non-conventionnelles.

²⁰ Une analyse prétorienne a permis de constater la façon constante de vilipender les activités aux prétentions sanitaires par différents procédés se fondant essentiellement sur l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique relatif à l'exercice illégal de la médecine. À titre d'exemple il est possible de le constater pour la médecine traditionnelle chinoise dans les arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle, 9 mars 2010, pourvoi n°09-81788 et de la Cour de cassation, chambre criminelle, 28 juin 2016, pourvoi n°15-83587, ou pour la naturopathie dans l'arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, 7 février 2001, pourvoi n°00-82365.

²¹ Il serait très difficile de mentionner exhaustivement les études réalisées au sujet de l'ostéopathie, néanmoins PubMed qui est un moteur de recherche largement utilisé dans le domaine médical et biologique identifie 11895 documents en réponse au mot *ostéopathic* <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/?term=osteopathic> (consulté le 19/04/2018).

²² À titre d'exemple, il est possible de mentionner « La revue de l'ostéopathie » qui est l'une d'entre elles : www.larevuedelosteopathie.com

diplômes universitaires dédiés aux ostéopathes est en évolution régulière²⁴ pour assurer le développement professionnel continu²⁵. Aujourd'hui, l'ostéopathie ne fait plus l'objet d'un ostracisme²⁶ comme ce fut le cas par le passé, mais seulement de quelques controverses occasionnelles²⁷ qui tendent à trouver des solutions qui ne tarderont probablement pas à arriver sur le plan juridique²⁸. Le recours des patients à cette activité de soin est de surcroît en croissance permanente depuis 1990, émancipant les soupçons pesant sur le bénéfice que cette activité pouvait apporter aux usagers²⁹. À titre d'exemple, 67% des français a consulté un ostéopathe au cours de l'année 2015³⁰. Ces données établissent un constat sociologique qu'il est impossible de nier, destituant dans les usages, pour le moins, la médecine occidentale de son monopole exclusif sur les soins de premier recours. De plus, les parlementaires évoquent régulièrement cet art thérapeutique lors de leurs débats³¹ et semblent attester de ses bienfaits leur attribuant un caractère évident³². L'exonération de TVA, qui fut la cristallisation de longs discussions, est par ailleurs un témoin supplémentaire de l'intérêt suscité par

²³ Décret n°2014-1505 du 12 décembre 2014 relatif à la formation en ostéopathie, décret n°2014-1043 du 12 septembre 2014 relatif à l'agrément des établissements de formation en ostéopathie, arrêté du 12 décembre 2014 relatif à la formation en ostéopathie.

²⁴ Création d'un DU d'ostéopathie du sport à l'Université de Rennes2 et à l'Université Avignon, création d'un DU de philosophie de l'ostéopathie à l'Université de Lyon, création d'un DU d'ostéopathie appliqué à la périnatalité à Paris Diderot.

²⁵ Cette obligation législative figure à l'alinéa 5 de l'article 75 de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

²⁶ L'analyse des communiqués de l'Académie de médecine (qui sera étudié au cours du développement de la première partie) est un de ces révélateurs.

²⁷ RONDONNIER Marine, HASANAOUI Sanaa, *Loir-et-Cher : Une ostéopathe et une psychologue indésirables dans une maison de santé*, France 3 Val de Loire 11/04/2018. Sur le fondement de l'article L. 6323-3 du Code de la santé publique, le conseil de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes souhaite exclure d'une maison de santé des activités ne répondant pas au statut de profession de santé.

²⁸ La question relative aux maisons de santé semble à cet égard ébranler des parlementaires lors des séances de questions à l'Assemblée nationale. Question de Mme Nadia Essayan n°7843, « Intégration des ostéopathes dans les maisons de santé », 15^{ème} législature, JO 24/04/2018, p.3467.

²⁹ De très nombreux sondages sont effectués à la demande des associations socioprofessionnelles d'ostéopathie représentatives. Il serait délicat d'inventorier l'intégralité des chiffres relatifs aux études menées sur la représentation de l'ostéopathie au sein de la population. Néanmoins, ces données révèlent que dans la fin des années 1990, seuls 46% des français connaissaient l'ostéopathie (COFREMCA 1995), alors que dans les années 2010 ils étaient 91% à posséder une bonne image de la profession, avec un taux de satisfaction des consultations de 88% en 2016 (IFOP 2016 pour la ODF). D'autres sources englobant les médecines non-conventionnelles mettent en évidence plus largement qu'en 1982, seulement 16% des français affirmaient avoir déjà eu recours aux médecines non-conventionnelles, en 2010, ils étaient 75% à en avoir bénéficié. BRISSONNET Jean, *Les médecines non-conventionnelles ou les raisons d'une croyance*, 2^{ème} édition, Nice, book-e-book, 2010, p.17.

³⁰ Sondage réalisé par ODOXA, 2015, pour le SFDO.

³¹ Question au Sénat n°01141, Rachel Mazuir, « InSCRIPTION des ostéopathes sur la liste des experts judiciaires », JO sénat 07/09/2017, p. 2792.

³² Au cours des débats, les parlementaires admettent que l'ostéopathie et la chiropraxie sont « de plus en plus répandues et appréciées, et au demeurant, reconnues par la plupart de nos partenaires européens, seront ainsi entourées de meilleures garanties pour leurs usagers » (B. Charles, 2e Séance du 4 octobre 2001, J.O.A.N. p. 5549), COUSIN Clément, *Vers la redéfinition de l'acte médical*, Thèse de doctorat de droit privé, Rennes, 22 novembre 2016, p.109.

l'ostéopathie³³. La doctrine juridique commence également à s'en emparer au sein des revues spécialisées, attisant la curiosité des chercheurs³⁴.

Malgré cette intégration qui semble exhiber plus que des signes manifestes de l'engouement qu'elle suscite, l'ostéopathie n'est appréhendée que de manière résiduelle par les quelques auteurs qui s'y sont intéressés, tentant d'en déterminer les compétences pour en déduire juridiquement son ontologie. Les juristes cherchent, sur le plan méthodologique, à l'associer à d'autres activités de soin bénéficiant d'un statut similaire³⁵ ou en effectuant des raisonnements analogiques avec des professions de santé médicales dont elle se rapprocherait le plus³⁶. Est-ce à dire que l'ostéopathie est constitutive d'un exercice médical ? Si cette activité sanitaire particulière au sein du droit français semble avoir conquis les usagers, sa juridicité n'est pas pour autant dépourvue de toute ambiguïté. Tout l'enjeu de cette étude consistera donc à essayer de déterminer : quelle est la médicalité de l'ostéopathie en droit français ? L'analyse juridique de ce phénomène semble indispensable pour deux raisons, à la fois en ce qu'elle constitue un gage de légitimité auprès des usagers et à la fois pour son intérêt scientifique de contribution au développement d'un corpus de connaissances relatives à l'ostéopathie en droit français. C'est ainsi, dans ce clair-obscur, que cette étude cherchera à déterminer dans une perspective juridique la médicalité de l'ostéopathie.

L'étape préliminaire permettant de répondre à cette interrogation consiste à savoir ce qu'est un exercice médical en droit français. L'exercice médical rassemble pour sa part de nombreux éléments dont la relation de soin, les actes médicaux, la sociologie politique relative à la santé, les théories médicales, l'enseignement universitaire et l'économie n'en sont que quelques composantes³⁷. Dans cet ensemble de données, le squelette de l'exercice

³³ AMADIEU Paul, BALDO Jean-Marie, *Imposition à la TVA et remboursement des soins par un organisme de sécurité sociale : le cas de l'ostéopathie*, RDS n°3, Bordeaux, LEH, 2005.

³⁴ Il existe pléthore d'articles juridiques à ce sujet. Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, il est néanmoins possible de mentionner certains des principaux : DUCHOSAL Olivier, *Réglementation controversée de la profession d'ostéopathe*, RDS n°19, Bordeaux, Les études hospitalières éditions, 2007 ; KUNTZ Jonathan, *De l'invocation de l'urgence pour un nouveau diplôme d'ostéopathie*, RDS n°34, Bordeaux, LEH, 2010 ; MARTINENT Éric, *Ostéopathe, touche pas à (...) ma maison médicale fût-elle une maison de santé pluri-professionnelle*, RDS n°40, Bordeaux, LEH, 2011 ; MORET-BAILLY Joël, *L'ostéopathie, profession de santé ou activité de soins?*, RDSS n°2, Paris, Dalloz, 2009 ; ROUSSET Guillaume, *La suspension des textes réglementaires sur la profession d'ostéopathe est rejetée par le Conseil d'État*, RDS n°19, Bordeaux, LEH, 2007.

³⁵ CLEMENT Cyril, LESSON Véronique, *Chiropracteur et ostéopathe : quelles compétences pour chacune de ces professions?*, RGDM n°49, Bordeaux, LEH, 2013.

³⁶ MORET-BAILLY Joël, *L'ostéopathie, profession de santé ou activité de soins?*, art. cité., p.290.

³⁷ LAUDE Anne, *Le consommateur de soins*, Paris, Recueil Dalloz, 2000, p.415, COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., p.1, FEUILLET Brigitte, *L'évolution de la notion d'« acte médical »* in BELLIVIER Florence, NOIVILLE Christine, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Paris, Dalloz, 2006.

médical demeure nécessairement la référence à l'exercice des médecins. Or, la médecine est souvent envisagée comme constitutive d'un exercice médical. Ce qui renvoie l'entièreté de la question à une tautologie basée sur une logique davantage sémantique qu'ontologique. Ce constat bride de fait considérablement la réflexion à une convention fermement ancrée historiquement³⁸ qui semble n'avoir que rarement été questionnée. Cette entreprise semble toutefois indispensable puisqu'elle pourrait contribuer à déterminer la nature de l'ostéopathie au sein du droit français et de permettre l'émergence d'une clarification de son champ de compétence. Celui-ci semble de surcroît poser nombre de difficultés aux juges judiciaires³⁹ et administratifs⁴⁰ lorsqu'ils en sont saisis.

Une analyse de la médicalité de l'ostéopathie ne pourra donc faire l'économie d'une réflexion sur l'ontologie de la médecine en droit français. En effet, la médecine orthodoxe, comme l'ostéopathie, s'inscrivent au sein d'un système sanitaire qui tend à procéder à une classification des professions pour leur attribuer un régime juridique⁴¹. Cette répartition s'établit à la fois en fonction du champ de compétence de l'activité concernée, mais également en fonction de la place qui lui est attribuée au sein du système sanitaire. Or, maintes éléments semblent indiquer qu'une transformation profonde et paradigmatique du paysage sanitaire français est en train de se produire : profonde en ce qu'elle concerne les piliers du système révisant jusqu'à ses fondements pour faire face aux nouveaux enjeux à venir, questionnant ses modalités de financement, ses missions, et paradigmatique en ce qu'elle bouleverse le rôle des soignants. En premier lieu, la mission du médecin généraliste qui était jadis le « sauveur omniscient et omniprésent »⁴² au pouvoir parfois estimé excessif⁴³, parfois légitime⁴⁴, semble considérablement sortir de sa quiétude. Le statut des professions de santé médicales (en l'occurrence : sage-femme ou chirurgien-dentiste) et auxiliaires-médicaux évolue constamment en faveur d'un accroissement de leurs champs de compétence⁴⁵. La

³⁸ CHASTEL Clause, CÉNAC Arnaud, *Histoire de la médecine – Introduction à l'épistémologie*, Paris, Ellipses, 1998, BAUDER Frédéric, *Histoires des maladies et de la médecine*, Paris, Ellipses, 2017, PICARD Jean-François, MOUCHET Suzy, *La métamorphose de la médecine*, Paris, PUF, 2009.

³⁹ Cour d'appel de Montpellier, 05 avril 2011, pourvoi n°10-03936.

⁴⁰ Cour administrative d'appel et Douai, 16 décembre 2010, n°09DA01433, Cour administrative d'appel de Lyon, 3 février 2011, n°09LY02659.

⁴¹ MORET-BAILLY Joël, *Les modes de définition des professions de santé : présent et avenir*, Revue de droit sanitaire et social n°3, Paris, Dalloz, 2008.

⁴² ROBARD Isabelle, *Médecines non-conventionnelles et droit*, Paris, Litec, 2002, p.5.

⁴³ ROBARD Isabelle, *La santé hors la loi*, Paris, Les éditions de l'ancre, 1991, p.11.

⁴⁴ DUMESNIL Julien, *Art médical et normalisation du soin*, Paris, PUF, 2011, p.8 et 43.

⁴⁵ Le décret n°2016-743 du 2 juin 2016 relatif aux compétences des sages-femmes en matière d'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse et en matière de vaccination permet aux sages-femmes de prescrire et de pratiquer les vaccinations de la femme et du nouveau-né, mais également aux personnes vivant dans leur entourage.

création de nouveaux métiers devient un automatisme accompagnant chaque nouvelle réforme juridique du système sanitaire⁴⁶. De plus, les médecines non-conventionnelles font l'objet d'un gain d'intérêt considérable depuis 1970⁴⁷. La volonté nationale, européenne, et internationale de valoriser ces pratiques tend à initier leur processus de juridicisation. L'ostéopathie apparaît alors comme une activité emblématique de ce phénomène à la fois sur le plan sociologique⁴⁸ et juridique⁴⁹. Aux États-Unis, l'ostéopathie est considérée comme une spécialité médicale depuis 1961. Dans les années 1990, les D.O. (*Doctor of Osteopathy*) représentaient 5.5% des praticiens américains, 9% des généralistes et 10% des médecins militaires⁵⁰. Son accueil au sein du droit français s'est d'ailleurs construit en plusieurs étapes dont toutes ont été révélatrices de difficultés considérables qu'il conviendra d'investiguer. À l'inverse de la médecine conventionnelle qui est essentiellement allopathique, linéaire dans sa conception de l'organisme, et fragmentante dans le découpage des grandes spécialités, l'ostéopathie est holistique, non-linéaire et générale⁵¹. La médecine conventionnelle octroie aux usagers une « prise en charge focalisée sur le symptôme correspondant à la spécialité du consultant » générant chez les patients « une impression de clivage et de morcellement »⁵². La conformation d'une médecine non-conventionnelle telle que l'ostéopathie à des standards d'activités de soin entendus comme classiques n'a pas été rendue possible du fait de son essence. Cela vient contrarier le paradigme médical contemporain et motive les ambivalences juridiques actuelles.

Dans un premier temps, le contexte rendant légitime l'émergence du concept de médicalité relative à l'ostéopathie devra être explicité (**Section 1**). Par la suite, il faudra détailler la logique sous-tendant le traitement du sujet par la méthodologie retenue et la façon dont cette thèse s'appréhende (**Section 2**).

⁴⁶ L'article 120 de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé crée la profession d'assistante dentaire, l'article 216 de cette loi crée la profession de physicien médical, la loi n°2018-132 du 26 février 2018 ratifie l'ordonnance n°2017-48 du 19 janvier 2017 relative à la profession de physicien médical, ainsi que l'ordonnance n°2017-50 du 19 janvier 2017 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles dans le domaine de la santé.

⁴⁷ L'expression a été employée par le Parlement Européen dans un rapport de Paul Lannoye du 16 mars 1997 sur le statut des médecines non-conventionnelles.

⁴⁸ BAILLY Évelyne, *Les ostéopathes face à la contrainte institutionnelle, Genèse d'une professionnalisation*, Thèse de sociologie, Nantes, 19 octobre 2005.

⁴⁹ DAHDOUH Fadi, *L'ostéopathie, quel chemin vers une profession de santé?* Thèse de doctorat de droit privé et sciences criminelles, Montpellier, 9 janvier 2015.

⁵⁰ LE CORRE François, TOFFALONI Serge, *Que sais-je? L'ostéopathie*, Paris, PUF, 1996, p.25.

⁵¹ Sur le concept ostéopathique confère Annexes n°5 : *Le concept ostéopathique*.

⁵² DUMONT Martin, ZACCAÏ-REYNER Nathalie, *Penser le soin avec Simone Weil*, Paris, PUF, 2018, p.116, 117.

Section 1 – Le contexte justifiant l'intérêt d'une étude de la médicalité ostéopathique

Présenter les intrications de la médicalité ostéopathique avec le système sanitaire permet de comprendre la contiguïté des liens qu'ils entretiennent. Ces enchevêtrements sont multiples et expliquent l'intérêt de son investigation (§1), ainsi que l'opportunité que représente la médicalité en tant qu'outil analytique providentiel (§2).

§1 – L'intrication de la médicalité ostéopathique avec le système sanitaire

Concevoir un lien étroit entre activité de soin et système sanitaire permet d'éviter l'écueil d'une conception artificielle de ces exercices. L'ancrage des différents arts thérapeutiques au sein du système sanitaire agit comme un véritable contenant et évite une déconnexion entre ces deux éléments fonctionnant de manière consubstantielle. Si le système sanitaire évolue, la juridicité et donc le statut des exercices sanitaires est appelé à suivre cette évolution pour demeurer le plus adapté aux exigences sociétales. À l'inverse, leur évolution modifie le système lui-même, agissant de manière rétroactive. Ainsi, la nécessité d'envisager le caractère médical de l'ostéopathie semble trouver ses justifications par les modifications considérables du paysage sanitaire.

Diverses sources semblent en effet indiquer qu'une modification structurale du système sanitaire est en train de se réaliser⁵³ invitant à reconsidérer la place des activités de soin y appartenant. Les dépenses relatives à la santé sont considérées comme des investissements plutôt que des coûts ne générant aucune contrepartie⁵⁴, bien que l'assurance-maladie doive pourtant « solvabiliser »⁵⁵ les demandes de soin. Le financement des soins par la tarification à l'activité est assez largement contesté appelant une réflexion sur les modalités d'organisation des soins⁵⁶. La recherche de performance des professionnels et des établissements de santé qui ne sont pas téléologiquement nés sous le joug de cet impératif indique également la nécessité de procéder à une modernisation certaine. Les évolutions

⁵³ POIROT-MAZÈRES Isabelle, *La crise sanitaire, curiosité ou paradigme?*, Travaux IFR, Crise(s) et droit, 2012.

⁵⁴ ESPING-ANDERSEN Gösta, PALIER Bruno, *Trois leçons sur l'État providence*, Paris, Seuil, 2008.

⁵⁵ FARGEON Valérie, *Introduction à l'économie de la santé*, 2ème édition, Grenoble, PUG, 2014, p.21.

⁵⁶ *Ibid.*, p.95.

économiques pourraient alors entraîner, sinon confirmer, une modification des comportements à la fois pour les usagers et les professionnels⁵⁷ lors du soin, ainsi que dans la recherche⁵⁸.

Les situations de crise exigent inévitablement une part de remise en question précédant toute transformation⁵⁹. Avec les indicateurs des bouleversements annoncés, les politiques de santé publique doivent poursuivre leur objectif de recherche du bien être optimal en s'adaptant à l'évolution sociétale. Néanmoins, les politiques publiques ne peuvent se soustraire à l'histoire comme un cadre de pensée les englobant⁶⁰. En effet, la « culturalisation » des sujets de société, donnent une certaine valeur à la santé, à la pathologie, ou au bien-être. Ce qui aboutit à un discours relativement orienté sur la perception de ce qui constitue la « réalité sociale »⁶¹. Elles conditionnent de ce fait les représentations et les pratiques qui y sont associées⁶² en étant logiquement tributaires du passé. L'entretien de ces valeurs au fil du temps tend à les inscrire dans la nature des choses qui parfois échappe au regard analytique « tant elle semble aller de soi, tant elle est, précisément, naturelle »⁶³. Toutefois, ces valeurs semblent aujourd'hui considérablement bousculées. Les progrès de la médecine⁶⁴ associés à l'augmentation de sa scientificité pose une double difficulté. Cette tendance est à la fois souvent perçue comme injustement réductrice de l'art médical à un exercice strictement scientifique, protocolisé⁶⁵, bridant l'activité des soignants à un rôle de simple effecteur, et à la fois comme une invitation à reconsidérer les frontières bioéthiques de l'exercice médical. Un compromis émerge alors dans une zone de tâtonnement entre ce qui est scientifiquement acceptable et ce qui est techniquement réalisable. La place du médecin jadis envisagé comme un garant de la bienveillance thérapeutique est en plus interrogée depuis l'inclusion de l'utilisateur au cœur de la décision médicale⁶⁶. Ce phénomène a juridiquement été initié avec la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La limite du statut inconditionnellement privilégié du médecin implique

⁵⁷ BATIFOULIER *et al.*, *La gouvernance de l'assurance-maladie au risque d'un État social marchand, Économie appliquée*, T. LX n°1, p. 101 à 126.

⁵⁸ DUMESNIL Julien, *Art médical et normalisation du soin*, *op. cit.*, p.68.

⁵⁹ BOAVENTURA DE SOUZA Santos, *Épistémologies du Sud – Mouvements citoyens et polémique sur la science*, Paris, Desclée et Brouwer, 2016, p.29.

⁶⁰ BERTHELOT Jean-Michel, *Épistémologie des sciences sociales*, Paris, PUF, (2001) 2012, p.1.

⁶¹ *Ibid.*, p.3.

⁶² FASSIN Didier, *Faire de la santé publique*, 2^{ème} édition révisée, Rennes, Les éditions de l'école des hautes études en santé publique, 2008, p.51.

⁶³ *Ibid.*, p.21.

⁶⁴ MATTEI Jean-François, *Questions de conscience – De la génétique au post humanisme*, Paris, Ces liens qui libèrent, 2017 ; CHASTEL Clause, CÉNAC Arnaud, *Histoire de la médecine – Introduction à l'épistémologie*, *op. cit.*, p.139 ; TRUCHET Didier, *Droit de la santé publique*, 9^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2016, p.7.

⁶⁵ DUMESNIL Julien, *Art médical et normalisation du soin*, Paris, PUF, 2011, p.29.

⁶⁶ VERON Paul, *La décision médicale ; contribution à l'étude de la décision dans les rapports de droit privé*, Thèse de doctorat de droit privé, Montpellier, 9 décembre 2015.

désormais une redistribution des compétences. À l'aune de cette rénovation structurelle, la santé est donc la préoccupation sociale la plus sensible⁶⁷ méritant la plus grande attention.

Malgré les transformations juridiques en faveur de l'évanescence du pouvoir médical, un paradoxe semble émerger. En effet, « les évolutions de la médecine moderne, où la science et la technique dominant, conduisent, lorsque l'on y prend garde, à accentuer la dissymétrie de la relation de soins »⁶⁸. Bien que l'accès à l'information soit aujourd'hui grandement facilité pour les usagers, les exigences de l'hypertechnologisation médicale exacerbent nécessairement le contraste entre le profane souvent devenu néophyte et l'expert médical. La relation soignant/soigné est donc en pleine mutation prenant ses distances avec la vision idéale du « colloque singulier ». L'expression consacrée par George Duhamel en 1934 mettait en relation un « duo qui ne comporte dans le silence du cabinet que deux personnages : le médecin et le malade. C'est un acte clos dans l'espace et dans le temps qui commence par une confession, qui se continue par un examen et qui se termine par une prescription. Il y a unité de temps, de lieu et d'action »⁶⁹. Michel Foucault n'a d'ailleurs pas hésité à en souligner les limites en qualifiant cette relation de désuète. « Cet accès à l'individu, nos contemporains y voient l'instauration d'un « colloque singulier » et la formulation la plus serrée d'un vieil humanisme médical, aussi vieux que la pitié des hommes. Les phénoménologies acéphales de la compréhension mêlent à cette idée mal jointe le sable de leur désert conceptuel ; le vocabulaire faiblement érotisé de la « rencontre » et du « couple médecin-malade » s'éténue à vouloir communiquer à tant de non-pensées les pâles pouvoirs d'une rêverie matrimoniale »⁷⁰.

À ces constats mobilisant à la fois l'économie, la politique et la science médicale s'ajoutent des prodromes supplémentaires au sujet de la conception socio-anthropologique du système sanitaire. Des évolutions du début du XXI^{ème} siècle au sein du droit positif ont bouleversé l'organisation des professions appartenant au système de santé français⁷¹. Il semble qu'un double phénomène modifie structurellement la situation originelle qui régissait les rapports entre les professions de santé et la logique générale du parcours de soin.

⁶⁷ TRUCHET Didier, *Droit de la santé publique*, op. cit., p.7.

⁶⁸ VIALLA François, *Sciences médicales et droit*, Revue médecine et droit n°141, 2016, p.144.

⁶⁹ PÉQUIGNOT Henri, *Médecine et mode moderne*, Éditions de minuit, 1953, p.7.

⁷⁰ FOUCAULT Michel, *Naissance de la clinique*, Paris, PUF, (1963) 9^{ème} édition 2015, p.12.

⁷¹ Dans une liste non exhaustive il serait possible de mentionner pour illustrer ce constat l'augmentation du champ de compétence des professions de santé qualifiés d'auxiliaires-médicaux (comme celui des infirmiers ou des orthophonistes notamment), la création du médecin traitant, ou encore la création du titre d'ostéopathe et de chiropraticien.

Initialement le patient, qui n'était pas encore affublé du nom d'usager⁷², était libre de consulter le médecin de son choix en premier recours. Celui-ci évaluait l'opportunité de le prendre en charge, de le réorienter à un de ses confrères, ou de lui prescrire des soins d'auxiliaires-médicaux. Les auxiliaires-médicaux aux actes de soin assez limités, agissaient en second recours et tenaient systématiquement le médecin informé des résultats de leurs prises en charge aux vertus essentiellement rééducatrices. Aujourd'hui le champ de compétence des auxiliaires-médicaux⁷³ bénéficie d'une émancipation considérable en termes d'actes de soin ainsi que dans leur capacité à organiser leur prise en charge sur le plan juridique⁷⁴. Cet accroissement tend donc à repousser sinon à questionner la frontière initiale établie statutairement entre professions de santé médicales et auxiliaires-médicaux. D'autant plus que les modifications du parcours de soin par la loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance-maladie ont socialement redéfini les modalités de la prise en charge des usagers. Pratiquement tous les médecins interviennent en second recours à l'exception du médecin généraliste. En effet, pour l'assurance-maladie seuls les médecins généralistes, et pour certains actes : les gynécologues, les ophtalmologues, les stomatologues, les psychiatres ou neuropsychiatres⁷⁵, ainsi que les urgentistes sont consultables en première intention. Ils adressent l'usager à d'autres spécialités médicales en cas de besoin identifié. Il n'est donc pas juridiquement interdit de solliciter un médecin quel que soit sa spécialité par une initiative autonome. Néanmoins, l'organisation du système sanitaire contraint les usages. En assurant un parcours conventionné à condition de respecter une certaine procédure, la cognition sociale⁷⁶ des usagers les pousse à suivre une certaine chronologie lors de leurs parcours de soin. La logique consiste donc à solliciter en premier lieu le médecin généraliste, qui est la plupart du temps le médecin traitant, pour orienter le patient dans sa prise en charge qui serait la plus appropriée. Conséquemment, la spécialisation des médecins est devenue une hyperspécialisation les cantonnant à un exercice à la fois de plus en plus technique et de moins en moins généraliste. Ce phénomène les conduit jusqu'à la dépossession des compétences transversales qui constituaient ontologiquement l'exercice médical⁷⁷. Les usages ainsi que la jurisprudence⁷⁸ semblent désormais cloisonner l'exercice médical à des

⁷² La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a effectivement qualifié les patients d'usagers participant à cette transformation.

⁷³ Articles L. 4311-1 et suivants du Code de la santé publique.

⁷⁴ TABUTEAU Didier « Urgences en santé » France Culture, La grande table 23/02/2018.

⁷⁵ Pour les usagers entre 16 et 25 ans.

⁷⁶ La cognition sociale est entendue comme la façon dont les individus se forment des concepts sociétaux, BERTHELOT Jean-Michel, *Épistémologie des sciences sociales*, op. cit., p.13.

⁷⁷ Cour de cassation, Chambre criminelle, 23 octobre 2012, pourvoi n°11-85-360.

⁷⁸ *Idem*.

compétences spécifiques, non-substituables, qui réduirait donc contre-intuitivement le champ de compétence des médecins eux-mêmes à leur spécialité.

§2 – La médicalité ostéopathique comme outil providentiel

Les modifications relatives aux professions de santé semblent donc présager des changements inévitables quant à leurs définitions. La recherche de critères permettant d'apporter des réponses aux questions délicates relatives au champ de compétence apparaît alors comme souhaitable, sinon désirable étant donné la rigidité catégorielle de leur découpage initial. C'est alors que la médicalité pourrait apparaître comme un outil présentant un intérêt majeur. Elle pourrait pour proposer une lecture nouvelle de l'ontologie médicale ayant pour conséquence une évaluation rendue possible de l'ontologie de l'ostéopathie au sein du droit français. La première autorise la seconde et la seconde motive le besoin de réaliser la première. La médicalité pourrait être en effet un outil approprié en ce qu'elle chercherait à qualifier une activité. Bien que les exigences de cette thèse l'aient d'abord conduit à conceptualiser de manière spontanée la médicalité, il se trouve que cette idée a rencontré un écho fortuit avec le passé. Viktor von Weizäcker (1886-1957) l'avait déjà envisagée à travers la locution « Artzum »⁷⁹. L'auteur poursuivait d'ailleurs le même objectif puisqu'il cherchait à poser les bases ontologiques de la médecine. Cette rencontre idéologique a renforcé l'idée selon laquelle cette recherche tenait d'autant plus sa justification. En effet, « si la médecine ne jouit pas d'un être propre qui la constitue comme médecine, elle n'est qu'un mot recouvrant les états de fait successifs que l'on constate dans son histoire, une enveloppe vide dans laquelle on pourra glisser les contenus les plus contradictoires »⁸⁰. La philosophie, la biologie ou le droit peinent donc à définir la médecine. Ce constat demeure en dépit de l'évolution sociétale accordant de plus en plus de compétences aux professions de santé non-médicales, ainsi qu'à des professions non-conventionnelles à l'image de l'ostéopathie. Elle semble pourtant se comporter juridiquement de manière identique à la médecine. Le constat de plus en plus perceptible d'une médecine acculée met en évidence la nécessité de procéder à un travail de définition et converti ces invitations en sommations. C'est alors que le seul fait de s'interroger sur la sémantique médicale révèle une véritable emprise de l'institution médicale. Le champ lexical relatif au soin, à commencer par le mot « médecine », donnant la profession de médecin, provient du radical « med ». Ce radical exprime une idée de mouvement.

⁷⁹ WEIZÄCKER Viktor, *Über das Wesen des Artzums, Der Begriff der allgemeinen Medizin*, 1947 in Vol. 7 des GS, 1987.

⁸⁰ Viktor Weizäcker cité par Dominique Folscheid in FOLSCHEID Dominique, FEUILLET Brigitte, MATTEI Jean-François, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, Paris, PUF, 1997, p.111.

« Médecine » donne dans ses significations familières : médiation, remède et même méditation. La médecine serait donc un processus d'intervention sur les fonctions considérées comme immanentes de la nature pour résoudre ses défaillances. La définition de la médecine serait donc résolument tournée vers sa téléologie, à savoir chercher à restaurer les fonctions considérées comme naturelles de l'organisme⁸¹. La finalité médicale ne semble pas avoir d'autre horizon que d'entretenir cette assertion néanmoins aussi évidente qu'inexacte : rétablir la santé en obtenant la guérison⁸². Plusieurs difficultés apparaissent aussitôt puisque ce qui est naturel l'est nécessairement au sein d'une époque, et donc susceptible de variations substantielles. De plus, la guérison n'est pas l'affaire de la médecine mais celle du patient. Ce que peut faire un médecin consiste essentiellement à proposer un soin⁸³. Le soin, comme la santé, ne sont pas aisément définissable juridiquement sinon dans une obligation de moyens exigé des professionnels du milieu sanitaire⁸⁴. Or, l'obligation de moyen borne l'ambition de la médecine à un impératif hypothétique, à l'inverse de l'obligation de résultat qui imposerait à un soignant de systématiquement parvenir à atteindre son objectif envers le patient. Cet impératif se traduit alors par des principes que l'on retrouve dans une nécessité de ne pas nuire. L'article 16-3 du Code civil avec la « nécessité médicale » s'accompagne de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique énonçant que les usagers doivent recevoir les « soins les plus appropriés »⁸⁵, ainsi que les thérapeutiques garantissant la « meilleure sécurité sanitaire »⁸⁶. Si l'adage *noli me tanguere*⁸⁷ est en tout point indépendant des fondements de la rédaction de ces articles, il signale pour le moins un ancrage très ancien de l'idée de distance. L'adage hippocratique *primum non nocere* est également le témoin d'une volonté de prioriser la sécurité des patients avant de précéder à toute intervention médicale⁸⁸.

Si la guérison en tant qu'obligation de résultat ne constitue pas juridiquement la finalité de la médecine, il faut mener la réflexion sur d'autres pistes. La caractérisation de la médecine révèle alors qu'elle serait par essence davantage un art qu'une science. Cet art de

⁸¹ « Que le soin doive s'efforcer de répondre à la souffrance, la douleur, la déchéance sociale, la faim et la soif, cela est bien accepté » DUMONT Martin, ZACCAÏ-REYNERNS Nathalie, *Penser le soin avec Simone Weil*, Paris, PUF, 2018, p.125.

⁸² *Ibid.*, p.139.

⁸³ Article L. 1111-4 du Code de la santé publique.

⁸⁴ Article L. 1142-1 du Code de la santé publique. Il existe des obligations de résultat qui sont relatives aux conditions d'asepsie des locaux et du matériel, ou de souscription à un contrat d'assurance en termes de responsabilité civile.

⁸⁵ Alinéa 1 de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ Traduction : « Ne me touche pas ». Cette phrase serait attribuée à Jésus qui l'aurait prononcé à Marie de Magdala après avoir été ressuscité selon les récits bibliques. Évangiles selon St Jean, Chapitre 20, verset 16.

⁸⁸ LITTRÉ Émile, *Hippocrate : Les airs, les eaux et les lieux – Le serment*, Évreux, Arléa, 1995, p.31.

nature thérapeutique se structurerait naturellement sur un « corpus de connaissances »⁸⁹ et pourrait avoir comme finalité de prendre en charge une personne plutôt que de recouvrer la santé⁹⁰. Réduire la médecine à un art oblige souvent à envisager cette activité comme une espèce de proposition hasardeuse relativisant son caractère scientifique, qui, bien que dissociable de la pratique médicale⁹¹, demeure présent pour en justifier les usages à travers les connaissances médicales.

Pour pouvoir analyser la médicalité à proprement parler il s'agirait donc d'analyser la pratique médicale en tant que telle. L'étymologie invite d'ailleurs à cette considération. La racine latine d'art médical est *ars*, alors que son origine grecque est *téknè*. La *téknè* fait référence quant à elle à la pratique de la médecine. Il ne s'agit pas ici d'opposer totalement la pratique médicale (*téknè*) et la science médicale (*épistéme*), puisque la seconde légitime la première et la première justifie la naissance de la seconde. Selon Aristote, la *téknè* se situerait davantage dans une position intermédiaire entre l'empirisme de base et l'établissement de la science médicale⁹². Bien que l'étude de la scientification⁹³ de la médecine puisse être un objet d'étude transdisciplinaire, la médicalité étudiée en tant qu'ontologie relative à la médecine réside bien dans l'étude de la pratique de la médecine saisie par le prisme juridique. Il faut donc « reprendre le problème à la base, c'est-à-dire théoriser la médecine à même sa pratique »⁹⁴ afin de cerner avec le plus de minutie possible la médicalité. La question de la pratique médicale pose également la question de l'enseignement de cette pratique. Elle se pose d'ailleurs en termes d'origine. L'exemple de Martin Heidegger dans son ouvrage : *Ce qu'est et comment se détermine la phusis* est à cet égard tout à fait explicite. Il considère qu'une personne qui apporterait des soins ayant pour conséquence la guérison ne peut pour autant se revendiquer médecin, soulignant la dimension illusoire de ce critère⁹⁵. Pour être médecin il faut donc être allé à l'Université et avoir obtenu son diplôme, correspondant à

⁸⁹ PICARD Jean-François, MOUCHET Suzy, *La métamorphose de la médecine*, op. cit., p.1.

⁹⁰ FOLSCHIED Dominique, FEUILLET Brigitte, MATTEI Jean-François, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, op. cit., p.146.

⁹¹ Les thèses de médecine ne semblent n'avoir qu'un très lointain rapport avec la science médicale, PICARD Jean-François, MOUCHET Suzy, *La métamorphose de la médecine*, op. cit., p.20. La faible scientificité de la médecine a souvent fait sourire les biologistes par une certaine condescendance « vis-à-vis de ce qu'ils estiment l'incompétence des médecins » *Ibid.*, p.71.

⁹² ARISTOTE, *Métaphysique*, in FOLSCHIED Dominique, FEUILLET Brigitte, MATTEI Jean-François, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, op. cit., p.114.

⁹³ Il faut notamment attribuer à Robert Debré la volonté de scientifier la médecine à travers la réforme hospitalo-universitaire par l'ordonnance n°58-1373 du 30 décembre 1958 relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale. Il a par la même occasion créé les Centres Hospitaliers Universitaires.

⁹⁴ FOLSCHIED Dominique, FEUILLET Brigitte, MATTEI Jean-François, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, op. cit., p.112.

⁹⁵ HEIDEGGER Martin, *Ce qu'est et comment se détermine la phusis* in Question II, Paris, Gallimard, 1968.

l'autorisation juridique⁹⁶ de revendiquer cette épithète, sanctionnant la bonne acquisition de l'expérience médicale reposant sur les théories médicales (*épistémè*)⁹⁷. Une fois cet enseignement intégré, l'aboutissement de ce processus devient inévitablement la pratique médicale. Celle-ci se situe alors à mi-chemin entre la science médicale (théorie) et l'expérience de la clinique⁹⁸ (empirisme).

Toutefois, il semble que l'exclusivité médicale de la médicalité n'existe plus de nos jours, non pas en ceci qu'elle aurait disparue, mais qu'elle se soit déclinée en de nombreuses autres formes d'exercices sanitaires qui ne sont pas nécessairement dépositaires du doctorat de médecine comme le prévoient les dispositions du Code de la santé publique⁹⁹. Ce qui pourrait sembler à première vue contre-intuitif. Le décloisonnement juridique de l'exercice médical isolé des autres disciplines concernées par la santé a ouvert de nouveaux espaces d'intersections. Ainsi, l'appartenance à la médecine est une question à laquelle il devient délicat d'apporter une réponse sociologique et encore plus dans une perspective juridique. Ce bouleversement ne s'est toutefois pas produit avec un assentiment général mais avec des contestations belliqueuses¹⁰⁰, des résistances successives, maintes contre-offensives de la part des adeptes de ce qui est classiquement attaché à l'exercice médical, c'est-à-dire le pouvoir médical¹⁰¹. Le caractère médical d'un exercice permet en effet de conférer un pouvoir décisionnel¹⁰², une autonomie d'exercice et une certaine forme de légitimité que celle-ci soit technique, intellectuelle, statutaire, de domination ou de position au sein de la société. La tradition conservatrice de ces aspects inhérents à l'exercice de la médecine s'inscrit dans une histoire s'étalant sur une période considérable allant de 1750 ans avant JC¹⁰³ à nos jours.

Le droit français ne reste d'ailleurs pas indifférent à ce phénomène en ayant admis une juridicisation de la médecine tout à fait confortable, en ce sens qu'elle bénéficie d'une existence ontologiquement très peu contraignante au sein du droit positif, lui confèrent cette

⁹⁶ Article L. 4111-1 du Code de la santé publique.

⁹⁷ FOLSCHIED Dominique, FEUILLET Brigitte, MATTEI Jean-François, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, op. cit., p.117.

⁹⁸ FOUCAULT Michel, *Naissance de la clinique*, op. cit., p.172. Il faut ajouter que la clinique revêt un caractère « artisanal » rendant son intellectualisation complexe, DUMESNIL Julien, *Art médical et normalisation du soin*, op. cit., p.122.

⁹⁹ L'article L. 4111-1 du Code de la santé publique modifié par la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 énonce les conditions permettant d'exercer une profession de santé médicale

¹⁰⁰ « Les défenseurs de la modernité s'affrontent aux gardiens austères de la tradition » PÉDROT Philippe, *La force des mots*, RGDM n° spécial : *Le sens des mots en droit des personnes et droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2007, p.8.

¹⁰¹ SPECTOR Céline, *Le pouvoir*, Paris, Flammarion, 1997, p.9.

¹⁰² VERON Paul, *La décision médicale*, op. cit., p.16,17.

¹⁰³ CHARPIN Dominique, *Hammu-rabi de Babylone*, PUF, 3^{ème} édition, 2015.

dimension monopolistique par la sémantique généreuse que lui accorde le droit¹⁰⁴. Le caractère normatif des règles juridiques¹⁰⁵ a en effet contribué à réguler et organiser les comportements des usagers. Néanmoins, les nombreux changements ayant d'ores et déjà commencés à s'être opérés obligent cette position à être questionnée, révélant ses incomplétudes et ses insuffisances. L'émancipation juridique de nombreuses activités de soin, et de l'ostéopathie en particulier, contribue à détrôner la médecine de son monopole sur l'exercice médical. La prétention initiale de la médecine d'appréhender exhaustivement tous les domaines relatifs à la santé de manière architectonique¹⁰⁶ l'a conduit à une destitution juridique par ce que les physiciens nomment un phénomène de fluage¹⁰⁷. C'est pour cette raison que, désormais, il devient possible de caractériser à l'aide d'un certain nombre d'éléments du droit positif la dimension médicale d'une activité de soin. C'est cette dimension qui sera alors qualifiée de médicalité.

Il est alors possible d'utiliser la médicalité pour qualifier l'activité d'ostéopathie à la lumière du droit français. Pour effectuer cette qualification, il convient de décomposer les différents actes inhérents à l'exercice de l'ostéopathie conformément à son champ de compétence. Chaque acte ostéopathique sera donc analysé par le prisme de la médicalité. Une limite doit aussitôt être énoncée. En effet, cette analyse préliminaire s'attachera davantage à déterminer schématiquement la médicalité ostéopathique. Des critères ont ainsi été imaginés afin de comparer des niveaux de médicalité entre eux. Hiérarchiser la médicalité d'un acte appartenant à un professionnel du milieu sanitaire permet seulement de le classer en ce qu'il correspondrait à une gradation élevée ou faible. Comparer des médicalités permet alors de déterminer lequel des actes réalisés par deux professionnels différents est davantage constitutif d'un exercice médical. Néanmoins, la description de la médicalité d'un acte permet également de déterminer s'il est à gradation élevée, modérée ou faible, sans impliquer nécessairement une méthodologie comparative.

¹⁰⁴ Article L. 4130-1 du Code de la santé publique.

¹⁰⁵ BÉAL Christophe, *Philosophie du droit – Norme, validité et interprétation*, op. cit., p.10.

¹⁰⁶ MICHEL Johann, *Une histoire personnelle de la philosophie – La fabrique des sciences sociales d'Auguste Comte à Michel Foucault*, Paris, PUF, 2018, p.9.

¹⁰⁷ Ce phénomène physique correspond à un test permettant d'établir la résistance d'une structure. L'objectif est de chercher à l'étendre par l'intermédiaire d'une contrainte jusqu'à une limite élastique. La recherche permet de déterminer le seuil au-delà duquel la structure ne peut plus se déformer et absorber la contrainte aboutissant à une fracture de l'élément étudié.

Section 2 – Les choix adaptés au traitement du sujet

Les recherches juridiques sur la médicalité de l'ostéopathie pourraient être multiples tant ce sujet reste pour le moment relativement peu investi par les juristes¹⁰⁸. Convoquer l'épistémologie a semblé indispensable pour chercher à mener une réflexion sur la connaissance scientifique de cet objet d'étude dès ses balbutiements¹⁰⁹ (§1). À la lumière de cette appréhension s'est révélée une fracture dans la compréhension de la médicalité ostéopathique qui opposerait son rejet par l'institution médicale, et sa révélation par le droit (§2).

§1 – Méthodologie employée sur le traitement de la médicalité ostéopathique

Pour établir la médicalité de l'ostéopathie en droit français il convient d'abord d'identifier ses différents déterminants. Analyser les données issues du droit positif, de la jurisprudence et des différentes sources doctrinales constitue une base tout à fait intéressante. Ces sources s'avèrent cependant insuffisantes pour appréhender ce sujet théorique mobilisant nombre de concepts. La fécondité de la recherche semble en effet plus importante si elle s'oriente non pas tant sur la médicalité de l'ostéopathie en droit français dans son acception ontologique, mais davantage sur sa dimension épistémologique. Ceci permet de parvenir à l'établissement de cette conception. Il existe indéniablement une articulation entre ontologie et épistémologie. Toutes deux poursuivent le même objectif de saisir la consistance d'une « réalité »¹¹⁰. Toutes deux sont téléologiquement animées par la compréhension et l'explication. Ces deux approches analytiques de la médicalité de l'ostéopathie révèlent leurs interactions réciproques puisque l'utilisation de l'une débouche inévitablement sur une mobilisation de l'autre. L'analyse ontologique portant sur la caractérisation de l'essence de la médicalité de l'ostéopathie introduit nécessairement un questionnement sur la méthode permettant d'aboutir à cette détermination, et inversement¹¹¹. Ce double questionnement s'intéresse donc à l'identité juridique du sujet d'étude (ontologie), mais également sur les modalités intellectuelles permettant de l'établir (épistémologie). Ainsi, saisir l'ostéopathie en droit français par le prisme de sa médicalité dans sa dimension ontologique implique une analyse à l'aune de l'épistémologie. Seule une explication reposant sur une méthodologie spécifique pourra conduire à cette ébauche de compréhension. L'objectif ne sera donc pas tant

¹⁰⁸ Peu d'articles existent en effet pour le moment au sujet de l'ostéopathie au sein de la doctrine.

¹⁰⁹ DECAUWERT Guillaume, *L'épistémologie*, Paris, Ellipses, 2018, p.11.

¹¹⁰ RAMOGNINO Nicole, *Épistémologie, ontologie ou théorie de la description?* in LIVET Pierre, OGIEN Ruwen, *L'enquête ontologique – Du mode d'existence des objets sociaux*, Paris, EHESS, 2000, p.159.

¹¹¹ LAVELLE Louis, *Introduction à l'ontologie*, Paris, Félin, 2008, p.73.

de chercher à connaître la médicalité de l'ostéopathie en droit français dans son acception ontologique, mais davantage la dimension épistémologique mobilisée pour y parvenir. D'autant plus que la médicalité se présente comme un concept protéiforme.

La représentation¹¹² spontanée qu'il est possible de s'en faire concerne les idées immédiatement associées à ce terme. La médicalité se rattache à ce qui est médical, ou permet de déterminer la dimension médicale attachée à un objet d'étude. La médicalité de l'ostéopathie serait donc la recherche d'une dimension médicale susceptible de lui être attribuée en droit français. Pour mener à bien cette réflexion, cette étude postule que la médicalité pourrait être entendue comme un concept attaché à l'institution éponyme. Ce concept remplirait la fonction d'un système culturel¹¹³, telle une école qui transmettrait des règles au sujet de pratiques diverses concernant à la fois des savoirs et des savoir-faire, les imposant ainsi aux individus¹¹⁴. Ce concept ainsi établi défend l'idée selon laquelle la médicalité ne peut juridiquement être rattachée qu'à l'exercice de la médecine qui se définit institutionnellement par la pratique des médecins dans un premier temps¹¹⁵. Néanmoins, le droit positif révèle que la médicalité pourrait se présenter sous une forme de gradation offrant un spectre plutôt qu'une classification binaire : médical ou non-médical. Cette gradation s'appliquerait conceptuellement à toutes sortes de pratiques émanant de professionnels. À condition que ceux-ci bénéficient d'une existence au sein du droit positif. Pour établir ce cheminement, il fallait donc agrandir la perspective de l'analyse pour l'étirer jusqu'aux influences excédant la seule investigation de l'ostéopathie au sein du droit français. Il semble qu'il ne soit possible d'établir la médicalité d'une entité que par l'intermédiaire du contexte systémique dans lequel elle se situe pour en comprendre les fonctionnements. En l'occurrence, l'activité de soin appelée ostéopathie se trouve au sein du système sanitaire français. Celui-ci possède ses propres conventions. Au cœur de ce système siège en figure de proue l'institution médicale. Celle-ci a donc logiquement été associée à la détermination de ce en quoi consiste un exercice médical pour des raisons historiques. Les institutions sont habituellement considérées comme « l'ensemble des mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité »¹¹⁶, leur permettant de demeurer au fil du

¹¹² BERTHELOT Jean-Michel, *Sociologie et ontologie*, *ibid.*, p.67 ; PETTIT Philip, *Défense et définition du holisme social*, in *ibid.*, p.47 et 48.

¹¹³ *Ibid.*, p.37.

¹¹⁴ LIVET Pierre, *Ontologie du social, institution et explication sociologique*, *Ibid.*, p.16.

¹¹⁵ Article L. 4130-1 du Code de la santé publique.

¹¹⁶ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition, Paris, PUF, 2011, p.328 in GASPARINI Éric, GOJOSSO Éric, *Introduction historique au droit et histoire des institutions*, 7^{ème} édition, Issy-les-Moulineaux, 2017, p.17.

temps par la structure idéologique qui les compose¹¹⁷. Cette structuration leur permet de ressortir vainqueur des rapports de force lors de confrontations avec d'autres structures sociales. L'institution médicale constitue donc une entité susceptible d'influencer la perception juridique de la médicalité des activités de soin, et en premier lieu l'activité d'ostéopathie.

En acceptant la dichotomie traditionnelle entre professions médicales et professions d'auxiliaires-médicaux dans une position intangible, celle-ci se fige dans un horizon indépassable. Pour raisonner cette bipolarisation et la dépasser, si possible, en dépit de la tradition, il n'est pas interdit de l'envisager en faveur d'une considération nouvelle. Celle-ci ne résumerait pas toutes les nuances ontologiques des exercices en santé à une catégorisation binaire. Ainsi l'ostéopathie se présente juridiquement comme un exercice singulier. Il n'appartient à aucune de ces catégories, contraignant pour autant le droit français à le considérer du fait de son existence positive. Néanmoins, malgré son existence juridique, son statut demeure marginal puisqu'il n'existe pas de possibilité de « fonctionnariser » un ostéopathe au sein d'un hôpital public, pas plus que de l'intégrer au sein d'une maison de santé réservée aux seuls « professionnels médicaux, auxiliaires médicaux ou pharmaciens »¹¹⁸. Autant de « verrous » perçus comme des discriminations qui seraient pratiquement rendus caduques si l'ostéopathie appartenait à l'ordonnancement traditionnel des professions de santé. Jusqu'à aujourd'hui, la facilité bipolarisante permet d'annihiler toute réflexion quant à l'organisation des professions de santé au sein du droit français, et de tranquilliser les modalités classificatoires habituelles. Néanmoins, elle ne semble plus adaptée à l'évolution de la société passant par le droit positif qui consacre juridiquement l'ostéopathie, la psychologie clinique ou encore la chiropraxie. De plus, un éveil semble se produire quant à l'autonomisation de certaines professions de santé dont les signes avant-coureurs annoncent une mutation des professions médicales¹¹⁹ et auxiliaires-médicales¹²⁰. L'apparition de nouvelles activités thérapeutiques ne semblant pas répondre à l'une de ces deux catégories interroge souvent les juges. Leur juridicité ambiguë oblige à des réflexions nouvelles dont les fondements juridiques et plus généralement ontologiques échappent. La question de savoir si un exercice juridiquement identifié doit voir le jour au sein de l'univers du droit selon cette répartition résolument bicéphale devient essentielle et questionne sa légitimité. La

¹¹⁷ SCHMITZ Julia, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, p.138.

¹¹⁸ Article L. 6323-3 du Code de la santé publique.

¹¹⁹ BRUNEL Marine, *Les sages-femmes sortent de l'ombre*, RDS n°75, Bordeaux, LEH, 2017.

¹²⁰ GUIGANTI Marc, *La notion « d'auxiliaire médical » et la mutation de la profession d'infirmière*, RDSS, Paris, Dalloz, juillet-août 2017.

catégorisation semble donc heurter dans de nombreux domaines du droit, à l'image des questions relatives au genre¹²¹. Il a pu être démontré qu'on ne naît pas phénotypiquement homme ou femme¹²², pas plus qu'une profession ne puisse naître qu'en tant que profession médicale ou auxiliaire-médicale. L'ambiguïté sexuelle induit une absence d'appartenance totale à l'un ou l'autre des deux sexes¹²³, ce qui pose des difficultés¹²⁴ au moment de la rédaction de son acte de naissance. Le droit positif ne semble pas réellement tenir compte de l'hypothèse d'une revendication non conforme à la dichotomie sexuelle préétablie, puisque la seule issue semble systématiquement tendre à rattacher un individu à un sexe conforme à une société juridiquement bisexuée. Ce mécanisme est identique dans les professions de santé en cherchant à rattacher aux catégories préexistantes toute nouvelle activité de soin. L'organisation juridique de ces professions oblige à respecter cette classification systématique qui contraint habituellement à se conformer au modèle de la *summa divisio* des professions de santé au sein du droit médical, à l'exclusion des professions de pharmacie¹²⁵.

La médicalité est alors un atout considérable pour résoudre la difficulté inhérente à la catégorisation¹²⁶. Des études de psychologie indiquent d'ailleurs que le processus de catégorisation implique *de facto* « une simplification de la réalité qui se fait grâce à deux mouvements complémentaires : accentuation des ressemblances entre les éléments d'une même catégorie et des différences entre les catégories »¹²⁷. Pour pallier aux insuffisances bien identifiées par la doctrine juridique à l'égard de la catégorisation, l'outil de la médicalité

¹²¹ Consacrer la « notion d'identité de genre » présenterait l'avantage de reposer exclusivement sur le comportement social de la personne, PARICARD Sophie, *Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe?*, La revue des droits de l'Homme, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux, 2015, p.5

¹²² VIALLA François, *La transidentité : Une jurisprudence en « équilibre instable »*, Revue Médecine et droit n°121, Nanterre, Elsevier-Masson, juillet, août 2013, p.105.

¹²³ À la différence d'un transsexuel qui a le sentiment d'appartenir au sexe opposé, une personne qui serait intersexuée et qui ne s'inscrirait pourtant pas dans une opposition dualiste caractérisant l'identité sexuelle : masculin et féminin, puisqu'elle présente des dispositions génétiques, neuro-hormonales, ou encore phénotypiques qui ne correspondent pas aux référentiels établis par l'institution médicale. Dans l'affaire du 20 août 2015 susmentionnée, le ministère public s'oppose à toute rectification, estimant que cela est davantage du ressort d'un débat sociétal et de ce fait appartient davantage à la compétence du législateur et non à l'office du juge.

¹²⁴ Le Professeur François Violla rappelle les discriminations persistantes vis-à-vis des différences sexuelles étudiées par nombre de rapports dont celui du commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe en 2015, VIALLA François, *Les variations du développement sexuel : leur tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, RDS n°77, Bordeaux, LEH, 2017, p.406. MORON-PUECH Benjamin, *Contrat ou acte juridique? : étude à partir de la relation médicale*, Thèse de droit privé, Université de Paris 2, 04/04/2016.

¹²⁵ Articles L. 4211-1 et suivants du Code de la santé publique.

¹²⁶ Les difficultés intimement liées avec le mécanisme de catégorisation sont multiples, en atteste la thèse de Gaëlle Lichardos, *La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, Thèse de droit public, Toulouse, 17 décembre 2015, p.109, 124, 127.

¹²⁷ SALES-WUILLEMIN Édith, *La catégorisation et les stéréotypes en psychologie sociale*, Paris, Dunod, 2006, p.1.

permet de considérer tout acte ou tout exercice professionnel en santé indifféremment de son statut lui attribuant une place dans le Code de la santé publique. Bien que cette entreprise soit novatrice, elle présente au-moins l'avantage d'établir une analyse classificatoire d'un niveau d'habilitation.

L'appréciation de la médicalité gagne à être renseignée sur tout élément susceptible d'enrichir sa compréhension. *Primo*, la médicalité peut s'établir en fonction d'un niveau d'habilitation à intervenir sur une personne dans le cadre de ce qui lui est attribué par le droit¹²⁸ mais ne repose pas sur des éléments précis rendant son appréciation contestable. *Secundo*, la médicalité une fois établie ne répond pas à une classification prédéfinie avec des critères spécifiques établissant sa gradation. Sa seule prétention actuelle est plutôt d'établir des comparaisons ou d'évaluer celle d'un exercice ou d'un acte selon qu'il serait élevé, intermédiaire ou faible, y intégrant des nuances comparatives.

Il s'agit donc dans cette étude de déterminer la médicalité de l'ostéopathie en droit français dans une appréhension davantage épistémologique. C'est-à-dire que l'objectif sera d'établir un discours critique sur l'ostéopathie quant à sa dimension juridiquement médicale, incarnée par la proposition innovante de médicalité. Pour remplir cette mission, il conviendra de proposer une analyse sur les déterminants permettant d'attester d'une quelconque médicalité juridique de l'ostéopathie. La question est donc de savoir quel discours critique et réflexif peut être établi à ce sujet. La médicalité interroge sur la légitimité de cet outil dans l'analyse épistémologique puisqu'il oblige à considérer non seulement l'ostéopathie, mais aussi la médecine selon ses termes, et non selon la façon dont ces éléments ont été jusqu'alors considérés. L'épistémologie relative à la médicalité contraint donc à une interrogation du consensus selon lequel ne sont médicales que les professions de santé médicales¹²⁹. Cette gymnastique mentale autorise donc à innover dans l'analyse d'une médicalité d'une profession sans *a priori* statutaire. En effet, l'épistémologie permet de questionner les conventions établies par l'institution médicale en admettant que « le consensus peut reposer sur de mauvaises raisons »¹³⁰. Par exemple, « pendant des siècles, la théorie médicale s'est efforcée d'expliquer le fait que les saignées guérissaient les malades »¹³¹. Toute décision n'est

¹²⁸ « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale » Article 16-3 du Code civil issu de la loi n°2004-800 du 9 août 2004 relative à la bioéthique.

¹²⁹ Selon les dispositions des articles L. 4111-1 et suivants du Code de la santé publique.

¹³⁰ SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, Paris, Ellipses, 2009, p.59.

¹³¹ LAUDAN Larry, *La dynamique de la science*, Paris, Pierre Mardaga, 1977, p.36.

soutenue que pour un certain temps¹³². Le but est donc de déterminer les gages de véridicité des éléments juridiques soumis à l'analyse de la médicalité, y compris celle de la médecine, aussi ubuesque que cela puisse paraître¹³³. Il conviendra donc d'analyser les conditions constitutives des croyances relatives à la médicalité, avant même qu'elle ait existé, par définition. D'autant plus que la science juridique fait une place importante au « jugement normatif et à ses fondements »¹³⁴ établissant les conventions. Or, les conventions sont des décisions non-nécessaires puisqu'elles auraient pu être autres¹³⁵. Leur établissement passe par la connaissance des objets que l'on peut décrire qui sont eux-mêmes intimement liée aux sentiments de croyance ou de conviction¹³⁶. Les éléments constitutifs d'une norme sont donc les réponses que les disciplines telles que la médecine ont précisément formulées aux questions qu'elles se posaient et aux enjeux qu'elles prétendaient résoudre. Ces conventions sont donc des « instruments par lesquels elles ont cherché à penser, amplifier le sens et la valeur de leur analyse »¹³⁷, cherchant ainsi à uniformiser leurs choix au fil du temps afin d'assurer une régulation¹³⁸. Pour comprendre ces mécanismes, il faut donc questionner la validité des affirmations relatives au groupe social à l'origine de ces normes¹³⁹. Il n'est pas ici fait référence au législateur mais aux conditions dans lesquelles il est possible d'affirmer dans la science juridique la médicalité d'une profession pour comprendre celle de l'ostéopathie. Pour évaluer ces justifications épistémologiquement, il faudra étudier la cognition sociale¹⁴⁰ ainsi que la sociologie¹⁴¹, ce qui signifie la manière dont se sont établies et dont sont perçues les normes juridiques relatives à la médicalité forgeant ce concept social¹⁴². Or, il n'y a d'objet de connaissance qu'à travers leurs énoncés¹⁴³ obligeant à une investigation de la genèse du droit positif relatif à la médecine. Il semble à cet égard que le vocabulaire ait été un

¹³² DHOMBRES Jean, KREMER-MARIETTI Angèle, *L'épistémologie était des lieux et positions*, Paris, Ellipses, 2006, p.96.

¹³³ « Il faut donc que l'épistémologie rende compte de la synthèse [...] quand bien même cette synthèse se présenterait philosophiquement comme un problème désespéré » BACHELARD Gaston, *Le nouvel esprit scientifique*, (1934), Paris, PUF, 2013, p.20.

¹³⁴ BERTHELOT Jean-Michel, *Épistémologie des sciences sociales*, op. cit., p.12.

¹³⁵ SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, Paris, Ellipses, 2009, p.166.

¹³⁶ POPPER Karl, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1973, p.98.

¹³⁷ LAKATOS Imre, *Falsification and the methodology of scientific research program*, (1970), Paris, PUF, 1994, p.35.

¹³⁸ DE SOUSA SANTOS Boaventura, *Épistémologies du Sud – Mouvements citoyens et polémiques sur la science*, op. cit., p.28.

¹³⁹ SOKAL Alan, BRICMONT Jean, *Impostures intellectuelles*, Paris, Odile Jacob, 1997, p.276.

¹⁴⁰ BERTHELOT Jean-Michel, *Épistémologie des sciences sociales*, op. cit., p.13.

¹⁴¹ BOBBIO Norberto, *De la structure à la fonction – Nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2012, p.37 ; Il faut ajouter l'ouvrage de Georges Gruvitch expliquant le rôle absolument majeur de l'appréhension sociologique du droit pour saisir ces données, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Dalloz, 2012.

¹⁴² BERTHELOT Jean-Michel, *Épistémologie des sciences sociales*, op. cit., p.13.

¹⁴³ SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, op. cit., p.94.

facteur de déséquilibre considérable dans l'établissement des professions de santé. La médecine est en effet pratiquée par les médecins. Ce qui implique le fait que quiconque aurait pour ambition de pratiquer la médecine sans en avoir les autorisations prévues par le droit commettrait un délit d'exercice illégal de la médecine¹⁴⁴. La création de profession d'auxiliaires médicaux¹⁴⁵ atteste davantage d'une adjuvance que d'une compétence médicale particulière. Les exemples du langage juridique en attestent à cet égard. Cette étude devra donc prêter une attention toute particulière au langage relatif au droit médical. Celui-ci est vecteur des valeurs répandues qui sont constitutives du paradigme médical dominant actuellement. Il établit la médicalité de la médecine comme une évidence et fait de la médicalité de l'ostéopathie un syncrétisme.

Les croyances dominantes sont celles qui satisfont le sentiment général la rendant aux yeux de tous justifiée¹⁴⁶. En effet, les valeurs et la culture forment un ensemble de systèmes symboliques structurés par le langage en tant que règlement matriciel de l'établissement des choses soumises à l'appréciation¹⁴⁷. La quête d'objectivité se révèle plutôt superfétatoire tant un nombre considérable de paramètres peuvent être susceptibles de participer à l'élaboration d'une pensée. « Le problème de l'objectivité avait été, de tout temps, l'un des problèmes centraux de la théorie de la connaissance, de la science »¹⁴⁸ et la doctrine juridique insiste sur la nécessité de relativiser le concept de connaissances objectives en droit¹⁴⁹. Le langage du droit est donc « inséparable de la réalité politique, notamment géopolitique, de la réalité sociologique et psychologique (c'est-à-dire ethnologique ou culturelle) de la réalité linguistique et religieuse, mais aussi et surtout de la réalité économique et commerciale, agricole et industrielle qui est indissociable du progrès scientifique et technologique »¹⁵⁰. Le langage propose un découpage telle une « grille de lecture de la réalité »¹⁵¹. Le travail de définition, indispensable dans l'univers juridique, voit son entreprise rendue plus difficile encore qu'elle ne l'est déjà¹⁵² dans le droit de la santé pour plusieurs raisons¹⁵³.

¹⁴⁴ Article L. 4161-1 du Code de la santé publique.

¹⁴⁵ Articles L. 4311-1 et suivants du Code de la santé publique.

¹⁴⁶ KREMER-MARIETTI Angèle, *Épistémologiques, philosophiques, anthropologiques*, Paris, L'Harmattan, 2005, p.124.

¹⁴⁷ BERTHELOT Jean-Michel, *Épistémologie des sciences sociales*, op. cit., p.172.

¹⁴⁸ BAYER Raymond, *Épistémologie et logique depuis KANT jusqu'à nos jours*, Paris, PUF, 1954, p.8.

¹⁴⁹ RICCI Roland, *Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique*, Droit et Société, p. 154.

¹⁵⁰ DUBOUCHET Paul, *Pour une sémiotique du droit international* in *Essai sur le fondement du droit*, Paris, L'Harmattan, 2007, p.14.

¹⁵¹ SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, op. cit., p.105.

¹⁵² « La supposée « clarté » du droit français, trop facilement liée aux qualités de sa langue d'expression, serait davantage attribuable aux hasards de l'histoire, peut-être à une forme (la codification), qu'à un « système abstrait

L'accommodation du droit aux spécificités du milieu sanitaire l'oblige souvent à abandonner le regroupement dans une norme suffisamment englobante face à des exceptions si fréquentes qu'elles en contrarient son fondement normatif. Ces solutions « sur-mesure »¹⁵⁴ ne semblent pas pouvoir intégrer les catégories traditionnelles dans lesquelles elles seraient susceptibles d'entrer. Les catégories sont des « règles qui sont groupées pour répondre à la réglementation de l'ensemble d'une matière donnée »¹⁵⁵. Une tendance naturelle de l'esprit humain consisterait à brider la diversité, l'hétérogénéité du réel pour l'amputer de ses nuances les plus subtiles. Cette opération permet d'obtenir l'effet antalgique de faciliter le processus de catégorisation et emprisonne la pensée dans un certain réductionnisme non conforme aux multiples expressions du monde observable. Néanmoins, le droit médical mobilise des éléments tels que la vie, la mort, la possibilité d'intervenir sur les personnes et de leur proposer une prise en charge. Toutes ces idées semblent paradoxalement à la fois d'une simplicité naturelle, tant elles appartiennent à des phénomènes classiques de l'existence, et à la fois d'une infinie complexité. En effet, dès qu'une tentative de définition est entreprise, elle semble aussitôt échapper à son concepteur par les nombreux biais qu'elle éveille systématiquement. Les mots étant des reconstructions intellectuelles, ne constituent que des images mentales tentant de qualifier le réel dont Philippe Pédrot rappelle qu'il convient d'établir la distinction entre objet réel et objet de connaissance¹⁵⁶. Ainsi, « le pouvoir des mots est quelque chose qui dépasse la simple analyse juridique en ce que les mots font loi, sans que pour autant la loi se réduise au texte de loi, ni que le texte se résume à l'addition des mots qui le composent »¹⁵⁷. De plus l'usage des mots modifie les schémas cognitifs établis à la faveur de nouvelles représentations sans cesse mouvantes. Ces lacunes définitionnelles sont parfois compensées par des énumérations ou des avis d'experts destinés à éclairer la compréhension des juges puisque le droit essaye à travers les normes juridiques de se substituer à une qualification trop difficile par divers outils dont des mots du langage ordinaire avec « ses ambiguïtés et ses imprécisions »¹⁵⁸. La difficulté de la qualification juridique¹⁵⁹ se pose

de signes » (formule saussurienne qui semble bien ancrée dans les représentations des juristes) » DEBONO Marc, *Langue et droit, Approche sociolinguistique, historique et épistémologique*, p.66.

¹⁵³ TRUCHET Didier, *Droit de la santé publique, op. cit.*, p.19.

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ ROUBIER Paul, *Théories générales du droit – Histoires des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Dalloz, 2005, p.15.

¹⁵⁶ PÉDROT Philippe, *La force des mots*, RGDM n° spécial : *Le sens des mots en droit des personnes et droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2007, p.8.

¹⁵⁷ DAVID Pascal, *Le pouvoir des mots*, RGDM n° spécial : *Le sens des mots en droit des personnes et droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2007, p.17.

¹⁵⁸ PÉDROT Philippe, *La force des mots*, in *Ibid.*, p.9.

pourtant en termes de santé, de pathologie, de maladie, de médecine, d'ostéopathie et donc de médicalité puisque cette opération produit des effets juridiques¹⁶⁰. Les politiques prennent pourtant appui sur l'idéologie de l'institution médicale et proposent des conventions orientant l'action organisée selon ses termes¹⁶¹. En effet, les théories retenues sont celles qui étaient plus confortables pour les institutions dominantes. Au moment de procéder à un choix « nous choisissons la théorie qui se défend le mieux dans la compétition avec d'autres théories, celle qui, par sélection naturelle, prouve qu'elle est la plus apte à survivre »¹⁶². Ludwig Wittgenstein ajoute que les théories retenues sont aussi celles qui répondent à un impératif de simplicité dans leurs objet¹⁶³. Ainsi la médicalité de la médecine ne présente pas d'obstacles au raisonnement. En revanche celle de l'ostéopathie se heurte à la sémantique, puisque le mot médicalité renvoie à la médecine et aux médecins. Quand bien même abstraction aurait été faite de la sémantique, elle renvoie à la question de la légitimité juridique. En effet, le paradigme sociétal incorporant le système juridique français qui a donné forme à l'actuel représentation uniforme de la médicalité n'autorise à modeler les diverses opinions qu'au regard de ce modèle. Ce qui implique de reposer sur la convention elle-même, rejetant par essence des modèles alternatifs les rendant unimaginables¹⁶⁴. La fonction promotionnelle entendue par Norberto Bobbio résulte d'actions que le droit réalise grâce aux mécanismes d'incitation qui arrivent à promouvoir une logique plutôt qu'une autre¹⁶⁵. Un des garants de la médicalité actuelle au sein du droit français est sa stabilité ontologique assurée par l'institution médicale¹⁶⁶. Le maintien dans la durée, c'est-à-dire dans un temps suffisamment long assure à la logique générale la sensation d'appartenir à l'évidence. Pour Gaston Bachelard l'esprit à irrésistiblement tendance à considérer comme plus clair l'idée qui lui sert le plus souvent rejoignant Henri Bergson pour qui, à l'usage, les idées se valorisent indument. Ces observations corroborent les propositions de Ludwig Wittgenstein quant au caractère de simplicité des objets traités par l'esprit à travers le langage¹⁶⁷. « Les explications valorisées du fait de leur charge effective et imaginaire inconsciente, l'habitude qui perturbe ces images

¹⁵⁹ « La qualification constitue la base de toute démarche juridique » NICOD Marc, *Les affres de la qualification juridique*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse, LGDJ, 2015.

¹⁶⁰ VISSER'T-HOOFT Wendrik, *La philosophie du langage ordinaire et le droit*, Archives de philosophie du droit, T. 19, p.23 in *Ibid.*, p.10.

¹⁶¹ KREMER-MARIETTI Angèle, *Épistémologiques, philosophiques, anthropologiques*, *op. cit.*, p.91.

¹⁶² POPPER Karl, *La logique de la découverte scientifique*, *op. cit.*, p.108.

¹⁶³ WITTGENSTEIN Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, (1922), Paris, Gallimard, 1993, p.35.

¹⁶⁴ DE SOUSA SANTOS Boaventura, *Épistémologies du Sud – Mouvements citoyens et polémiques sur la science*, *op. cit.*, p.30.

¹⁶⁵ BOBBIO Norberto, *De la structure à la fonction – Nouveaux essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p.36.

¹⁶⁶ SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, *op. cit.*, p.181.

¹⁶⁷ *Idem.* et WITTGENSTEIN Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, *op. cit.*, p.35

figées, les renforce toujours davantage comme valeurs [...] autant de facteurs d'inertie qui ralentissent, voire bloquent complètement l'évolution intellectuelle »¹⁶⁸. C'est en d'autres termes ce que Gaston Bachelard nomme les obstacles épistémologiques¹⁶⁹ qui sont des adhésions passionnées à des idées qui « ne trouvent dans le monde objectif que des prétextes »¹⁷⁰. L'institution médicale a favorisé un présupposé selon lequel le paradigme actuel offre des réponses suffisantes dans la structuration des professions inhérentes au milieu sanitaire. Ce qui lui permet aussi de rejeter les subtilités des modèles alternatifs n'y voyant qu'un symptôme de subversion irrationnelle ne souhaitant pas « voyager à l'aide de cartes historiquement éprouvées »¹⁷¹, bien que la médicalité permet de questionner la légitimité d'analyse. L'institution médicale souhaiterait appliquer les mêmes recettes inhérentes à la classification des professions de santé avec l'espoir que les phénomènes générant des questionnements aboutissant à des méthodes de soin non-conventionnelles telles que l'ostéopathie, ne soient réduites à des artefacts ou à des velléités sans conséquences sur les règles précédemment établies et éprouvées. Il est en effet difficile d'envisager la médicalité en dehors du prisme habituel. Cela justifie de qualifier d'épistémologique une recherche qui souhaiterait déterminer les conditions dans lesquelles les connaissances relatives à la médicalité se sont établies au sein du droit. Ce qui pourrait expliquer pourquoi aujourd'hui il semble que celle de l'ostéopathie puisse légitimement se poser.

La méthode utilisée consistera donc à procéder à une évaluation de la médicalité à la fois sur le plan synchronique (structure actuelle telle qu'elle se présente) ainsi que diachronique (telle qu'elle s'est développée). Son évolution permet d'attester des différents états qui se sont succédés et d'éviter les analyses de temporalités potentiellement conflictuelles¹⁷². Il faudra alors réaliser une rétrospective historique¹⁷³, analyser puis essayer de tirer des conclusions de ces constats juridiques. Par la suite il faudra utiliser ces éléments considérés comme des énoncés susceptibles d'être soumis à un examen¹⁷⁴. Ainsi l'établissement de la médicalité selon les critères de l'institution médicale pourra être

¹⁶⁸ *Ibid.*, p.221.

¹⁶⁹ BACHELARD Gaston, *Le nouvel esprit scientifique*, *op. cit.*, p.14.

¹⁷⁰ FOUCAULT Michel, *Archéologie du savoir*, (1969), Paris, Gallimard, 2004, p.87.

¹⁷¹ DE SOUSA SANTOS Boaventura, *Épistémologies du Sud – Mouvements citoyens et polémiques sur la science*, *op. cit.*, p.30.

¹⁷² BERTHELOT Jean-Michel, *Épistémologie des sciences sociales*, *op. cit.*, p.161.

¹⁷³ TZITZIS Stamatis, *Introduction à la philosophie du droit*, Paris, Vuibert, 2011, p. 5 ; BARREAU Hervé, *Que sais-je? L'épistémologie*, (1990), Paris, PUF, 2013, P. 15.

¹⁷⁴ HEMPEL Carl, *Éléments d'épistémologie*, Paris, Armand Colin, 2014, p.38.

critiquée de manière circonstanciée, à l'image des comparaisons à des hypothèses *ad hoc*¹⁷⁵ permettant d'attester de sa validité absolue. De nombreuses questions devront alors être traitées relativement à l'établissement des conventions de médicalité, aux difficultés rencontrées que l'institution médicale a dû chercher à résoudre, les étapes par lesquelles le raisonnement a cheminé et enfin la légitimité de cette appréhension de la médicalité ostéopathique¹⁷⁶. C'est ce que Karl Popper nomme sa cohérence interne¹⁷⁷. Puis, le second temps de l'analyse devrait servir à établir un inventaire des dispositions juridiques relatives à l'ostéopathie. À l'aide du critère de la médicalité il deviendra alors possible d'évaluer cette médecine non-conventionnelle¹⁷⁸ au regard du droit. Néanmoins, cette recherche va constater que cette l'estimation se heurte à de nombreuses insuffisances définitionnelles qui l'obligeront à faire preuve d'abstraction pour en résoudre les difficultés. Le législateur ayant établi un certain nombre de normes juridiques relatives à l'ostéopathie s'est trouvé au dépourvu. Il a dû recourir à des locutions ambiguës¹⁷⁹ pour proposer une définition de l'ostéopathie et plus particulièrement du champ de compétence des ostéopathes. Ces actions présentent des questions majeures quant à leur essence. Il semble que l'analyse des actes juridiques relatifs au champ de compétence des ostéopathes révèle surtout les limites conceptuelles de ce que représente l'ostéopathie par rapport à la médecine orthodoxe. La frontière de compétence entre ces deux activités semble parfois si poreuse que la distinction en est délicate. Or, c'est aussi à partir du moment où l'on oppose à l'objet d'étude ce qu'il n'est pas qu'il devient possible d'affirmer son ontologie¹⁸⁰. Néanmoins, dissocier juridiquement l'activité d'ostéopathie et l'activité médicale s'avère insuffisante pour affirmer la singularité de l'ostéopathie. Cela oblige à revoir les limites paradigmatiques de la médecine occidentale. Ce que révèle en somme l'exploitation du droit positif à travers le critère de la médicalité, c'est que cette dernière n'appartient pas nécessairement à une logique binaire attestant du caractère

¹⁷⁵ Ce procédé est classique dans le processus de falsification de Karl Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1973, p.36, 76 à 91.

¹⁷⁶ DHOMBRES Jean, KREMER-MARIETTI Angèle, *L'épistémologie était des lieux et positions*, op. cit., p.30 ; HEMPEL Carl, *Éléments d'épistémologie*, Paris, Armand Colin, 2014, p.49.

¹⁷⁷ POPPER Karl, *La logique de la découverte scientifique*, op. cit., p.29.

¹⁷⁸ Cette appellation semble désormais ancrée dans les usages puisqu'à la fois la doctrine la reconnaît, notamment au sein des ouvrages suivants : LECA Antoine, *Droit tradimédical*, Bordeaux, LEH, 2015, DESSI Florent, *Le statut juridique des médecines non conventionnelles*, Mémoire de master 2 recherche droit public et privé de la santé, Aix en Provence, 2013 ; LECA Antoine, *La situation juridique des médecines « douces »*, Bordeaux, RGDM n°63 ; ROBARD Isabelle, *Médecines non-conventionnelles et droit*, op. cit., mais également l'État dans ses communications officielles : Ministère des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes : *Pratiques de soins non conventionnelles*, 7 janvier 2011. Mais surtout, l'expression a été employée par le Parlement Européen le 16 mars 1997 au sujet des médecines non-conventionnelles mentionnant l'ostéopathie.

¹⁷⁹ Confère l'article 1 du décret n°2007-435 du 25 mars 2007 relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie, ainsi que les définitions tardives des actes de diagnostic au sein des annexes de l'arrêté du 12 décembre 2014 relatif à la formation en ostéopathie.

¹⁸⁰ LAVELLE Louis, *Introduction à l'ontologie*, Paris, Félin, 2008, p.133.

médical ou non-médical d'un exercice, mais d'une certaine gradation de médicalité selon laquelle un exercice serait plus ou moins médical selon certains critères issus de la compréhension du droit. La jurisprudence et la doctrine juridique¹⁸¹ dévoilent les prémices d'une reconsidération des catégories initiales par une abolition de la dichotomie présente dans le Code de la santé publique. Le critère de médicalité classe les actes de diagnostic et de soin des professionnels indifféremment de leur identité professionnelle. Il pourrait alors tendre à démedicaliser la médecine. Ce phénomène a déjà été étudié lorsqu'il s'est agi de promouvoir le développement de la recherche médicale (science médicale). Celle-ci s'effectue désormais par des personnes non-médecins mais disposant de qualifications supérieures à celles des médecins en matière de sciences médicales. « Alors que l'institut Pasteur s'engage dans les voies de la biologie cellulaire et moléculaire, ses chercheurs convaincus de l'ignorance des médecins en la matière, n'envisageant d'autre salut pour l'avenir de la recherche médicale que sa démedicalisation »¹⁸² ayant entraîné pour les néo-cliniciens l'emménagement de paillasse à côté du lit des patients.

§2 – Chronologique de l'étude

Le plan de cette thèse se décompose en deux parties principales. La première partie s'interrogera sur le rejet de la médicalité ostéopathique (**A**), la seconde s'intéressera davantage à la révélation de cette médicalité (**B**).

A – Le rejet de la médicalité ostéopathique

L'analyse juridique n'est pas hostile à porter son attention à plusieurs niveaux de discours. Le positivisme juridique présente des avantages et des inconvénients que la sociologie juridique vient combler par une lecture différente permettant d'envisager un élément, un phénomène, un fait juridique avec un autre regard. Différentes lectures vont ainsi être mobilisées afin de comprendre les raisons du rejet de la médicalité ostéopathique par l'institution médicale. Pour cela il conviendra d'étudier les règles juridiques qualifiées classiquement de non-formelles¹⁸³. Ces règles supposent que l'étude du droit positif peut

¹⁸¹ GUIGANTI Marc, *La notion « d'auxiliaire médical » et la mutation de la profession d'infirmière*, art. cité. ; MORET-BAILLY Joël, *Les modes de définition des professions de santé : présent et avenir*, RDSS n°3, Paris, Dalloz, 2008 ; MORET-BAILLY Joël, *L'ostéopathie, profession de santé ou activité de soins?*, art. cité. ; BRUNEL Marine, *Les sages-femmes sortent de l'ombre*, RDS n°75, Bordeaux, LEH, 2017.

¹⁸² PICARD Jean-François, MOUCHET Suzy, *La métamorphose de la médecine*, op. cit., p.5.

¹⁸³ ROUBIER Paul, *Théories générales du droit – Histoires des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, op. cit., p.11.

présenter des insuffisances à de nombreux égards¹⁸⁴ tel que le vieillissement de l'ordre juridique, les changements sociétaux menaçant d'obsolescence certaines règles formelles, ou faisant du droit positif une représentation largement lacunaire. Ainsi, les éventuels manquements du droit positif obligent les juristes, et en particulier les juges, à procéder à des interprétations parfois assez délicates. Certains auteurs vont même jusqu'à considérer que le juge peut être susceptible d'aller jusqu'à interpréter la règle de droit dans les circonstances les plus actuelles, faisant fi de son contexte historique d'établissement pour l'adapter au temps de la décision. C'est ce qu'affirme le premier président de la Cour de cassation « [...] lorsque le texte présentera quelque ambiguïté, j'estime que le juge a les pouvoirs d'interprétation les plus étendus, il ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code, en rédigeant tel ou tel article, il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux »¹⁸⁵. Les règles formelles constituent pourtant indéniablement une sécurité juridique au sein de laquelle la société fonctionne dans la préservation de l'intérêt du plus grand nombre. Néanmoins, son caractère est illusoire¹⁸⁶ du fait de la dimension dynamique de la société qui est génératrice d'une intranquillité permanente obligeant les normes à demeurer en mouvement. Le droit médical a essentiellement pris forme avec l'institution médicale qui a produit la médecine conventionnelle, c'est-à-dire orthodoxe, ou encore allopathique, expliquant logiquement de nombreuses inadaptations relativement à l'apparition au sein de ce même ordre juridique de l'ostéopathie en tant que médecine non-conventionnelle¹⁸⁷.

Ces règles non-formelles se déclinent en diverses sources telles que le discours doctrinal, la coutume, les usages juridiques qui sont vecteurs d'une certaine interprétation du droit, d'une certaine habitude à comprendre une norme juridique, d'une certaine prédisposition cognitive à accepter des idées du fait de leur caractère évident ou allant de soi. Néanmoins, ces règles sont apparues progressivement au sein d'un contexte validant leur justification initiale et attestant d'une certaine généalogie. Si la réflexion de ce travail de recherche est de nature juridique, elle ne peut esquisser, en raison de son objet d'étude, une investigation de l'histoire et s'intéresser aux processus d'élaboration de l'élément appelée

¹⁸⁴ « Le droit ne correspond pas seulement à un ensemble de textes, de procédures, de règles, de principes. C'est aussi un instrument d'échanges et de communication qui passe par le raisonnement et l'argumentation » PÉDROT Philippe, *La force des mots, art. cité.*, p.9.

¹⁸⁵ Discours du premier président de la Cour de cassation à l'occasion du centenaire du Code civil BUILLOT-BEAUPRÉ, *Le centenaire du Code civil*, Paris, 1904, p.27 in SÈVE René, *Philosophie et théorie du droit*, Paris, Dalloz (2^{ème} édition), 2016, p.264.

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ ROBARD Isabelle, *Médecines non-conventionnelles et droit, op. cit.*

médecine en droit français. Il permet en effet de comprendre la naissance de la médicalité et de ses propriétés. C'est à la lumière de ces constats que la compréhension du rejet d'une médicalité ostéopathique pourra s'expliquer. Ainsi, les théories relatives à la médicalité de la médecine sont issues d'un processus. « Pour expliquer comment une théorie se porte quand elle se trouve immergée dans un certain milieu idéologique et sujette à certaines pressions, il faut savoir comment elle est construite et comment elle est reliée à ces pressions »¹⁸⁸. La naissance de la médecine, et par la suite son épanouissement monopolistique, lui a fait bénéficier d'une hypertrophie sémantique¹⁸⁹. Elle éclipse aussitôt toute conception alternative du soin derrière elle. Elle refuse par la même occasion toute alternative au système orthodoxe jusqu'à la sémantique qu'elle s'est accaparée. Ce qui explique la conception univoque de la médicalité. Soit elle est, soit elle n'est pas. En l'occurrence, elle est attachée à la médecine. La nature médicale de la médecine semble aller de soi, en revanche la médicalité d'un autre élément devient une aberration conceptuelle. Derrière la sacralisation linguistique de la médecine, aucune autre forme de soin ne semble en effet légitimement pouvoir exister, tel un totem figurant comme un impératif sur lequel s'économiserait toute réflexion. La domination linguistique constitue un élément majeur dans une analyse juridique, puisque le parallèle entre le droit et la langue fait admettre qu'il existe entre eux des rapports profondément contigus. « Ce sont tous deux des phénomènes sociaux, de formation largement coutumière, et empreints d'un certain caractère contraignant, normatif »¹⁹⁰. De plus, il semble que le discours juridique, justement, du fait de sa spécificité, se prête plutôt bien aux diverses formes de représentations baignant le langage du droit « le discours juridique fait une place importante aux discours codifiés »¹⁹¹. Il est donc important d'investiguer le langage juridique relatif à la médecine à travers différents actes juridiques et la généalogie conceptuelle de celle-ci au sein du droit français. « En droit, les mots doivent être vus de façon interne parce qu'ils ont une consistance intrinsèque. Mais ils doivent également être vus de façon externe, car l'attribution du sens des mots est liée au contexte »¹⁹². La médecine actuellement régulée par l'institution médicale qui assure sa pérennité à travers ses influences au sujet de sa juridicité et sa présence tentaculaire au sein du système sanitaire est alors devenue un véritable « complexe

¹⁸⁸ FEYERABEND Paul, *Contre la méthode, Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Paris, Seuil, 1979, p.169.

¹⁸⁹ Les rapports entre la linguistique et le droit sont fondamentaux puisque les normes juridiques utilisent les mots issus y compris du langage courant.

¹⁹⁰ CARBONNIER, *Introduction*, p.21 in CORNU Gérard, *Linguistique juridique*, p.4.

¹⁹¹ *Ibid.*, p.59

¹⁹² PÉDROT Philippe, *La force des mots*, art. cité., p.9.

organique »¹⁹³. L'institution médicale fournit alors des bases donnant une stabilité temporelle et une logique juridique assurant une médicalité par principe conférée aux médecins dans leurs exercice de la médecine. En effet, sous son empire la médecine n'exclue rien, puisqu'elle inclue tout. Dans l'univers du droit elle semble être le fruit d'une succession d'évidence. À tel point que le législateur n'a pas estimé utile de la définir¹⁹⁴, tel un axiome, une pensée synthétisant certains éléments relatifs au bon sens concernant les représentations communément admises à son sujet. Par définition, la médecine est donc omnipotente et concerne tout acte relatif à la santé. Ce qui pourrait être suffisant dans l'hypothèse où elle demeurerait seule, dépourvue de concurrence en termes de pratique médicale. Or, l'apparition de nouvelles professions depuis la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, vient contrarier la position impériale de la médecine et l'oblige à se définir. En effet, penser l'identité en revient à penser en termes de frontières. « C'est justement quand la différence n'est pas énorme que l'on tient le plus à se distinguer »¹⁹⁵.

Toutefois, une institution subissant une contrainte peut conduire à une opposition de principe de la part de cette dernière. L'étude des discours relatifs aux collectifs organisés constituant l'institution médicale est à cet égard très révélatrice de cette sensation de rejet corroborant ainsi cette idée. Face à une institution médicale historique, fermement ancrée au sein du droit et des représentations sociétales, la médicalité de l'ostéopathie semble ne pouvoir être en mesure d'émerger. La sociologie explique qu'au sein des espaces fortement encadrés et relativement stables « il est rare de faire une « carrière » déviante et *a fortiori* subversive »¹⁹⁶. En un mot, il faut se conformer aux canons de l'institution médicale qui a participé à la conception dichotomique du Code de la santé publique consistant à adopter une lecture classificatoire des professions de santé. Elles n'ont en effet pour seul destin que de devenir médicales ou auxiliaires-médicaux¹⁹⁷. Ce qui explique pourquoi la médicalité est également envisagée de manière binaire par l'institution médicale. Et c'est cette même institution qui ne peut en effet conceptuellement accorder une quelconque médicalité à l'activité de soin ostéopathie.

¹⁹³ ROUBIER Paul, *Théories générales du droit – Histoires des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, op. cit., p.17.

¹⁹⁴ Article L. 4130-1 du Code de la santé publique.

¹⁹⁵ BAYER Raymond, *Épistémologie et logique depuis KANT jusqu'à nos jours*, op. cit., p.297.

¹⁹⁶ DULONG Delphine, *Au-dedans et en dehors : la subversion en pratiques* in LAGROYE Jacques, OFFERLÉ Michel, *Sociologie de l'institution*, op. cit., p.261.

¹⁹⁷ Conformément aux dispositions respectives des articles L. 4130-1 et suivants et L. 4311-1 et suivants du Code de la santé publique.

Cette investigation ne se conçoit dans un premier temps qu'à travers l'analyse des mécanismes ontogénétiques de l'institution médicale. Puis, il s'agira de déterminer sa capacité à demeurer du fait de sa constitution. Son caractère institutionnel forme alors une unité organique lui permettant d'atteindre cet objectif. Par la suite il conviendra d'analyser le monopole de l'institution médicale sur l'exercice de la médecine. Cela passera à travers l'investigation des différents actes médicaux qu'il est possible de découper en actes de diagnostic et actes de soin. Ainsi la médicalité sera accordée de manière monopolistique à la médecine institutionnelle et rejetée aux pratiques qui n'entrent pas sous son empire par la maîtrise de nombreux éléments constituant sa juridicité. À l'affirmation de Marcel Proust selon laquelle « la médecine, faute de guérir, s'occupe à changer le sens des verbes et des pronoms »¹⁹⁸, il serait possible d'ajouter que l'institution médicale, faute d'asseoir sa domination juridique, s'occupe à influencer la perception juridique de la médicalité en la refusant à l'ostéopathie.

B – La révélation de la médicalité ostéopathique

La seconde partie proposera une analyse davantage basée sur l'étude du droit positif relatif à l'ostéopathie pour en déterminer sa médicalité. Les règles formelles issues essentiellement de la législation et la jurisprudence¹⁹⁹ devraient pouvoir éclairer la façon dont le droit considère la médicalité propre à l'ostéopathie. Les nombreuses innovations dont a dû faire preuve le législateur en termes de juridicité de l'ostéopathie obligent à considérer ces actes à la lumière de l'analyse prospective et comparative du champ de compétence de professions de santé existantes. Le recours à ces stratégies s'explique du fait de la nature extrêmement ressemblante de l'exercice ostéopathique à celui de l'exercice de la médecine. Pour dissocier ces deux arts thérapeutiques, il a fallu que le législateur fasse preuve « d'originalité » pour que ces deux activités de soin puissent demeurer dissemblables et ne puissent être confondues²⁰⁰. Cela s'explique par l'histoire de son processus de juridicisation. L'activité d'ostéopathie a d'abord fait partie de l'exercice de la médecine à travers 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'analyses médicales non médecins. Ainsi envisagée, il n'était

¹⁹⁸ PROUST Marcel, *À la recherche du temps perdu*, Sodome et Gomorre II, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1988, p.292.

¹⁹⁹ ROUBIER Paul, *Théories générales du droit – Histoires des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, op. cit., p.9.

²⁰⁰ Le droit positif « vise à établir une pseudo-distinction entre le diagnostic qu'effectuent un ostéopathe exclusif et un médecin » COUSIN Clément, *Vers la redéfinition de l'acte médical*, op. cit., p.111.

nullement nécessaire d’approfondir les détails des actes relatifs à l’ostéopathie puisque le champ de compétence des médecins était aussi vaste que l’imagination humaine relative aux actes de soin. Seulement, la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a permis, dans son article 75, à des personnes non-médecins d’exercer l’ostéopathie. Elle fut complétée par les décrets d’applications de 2007 et d’autres actes réglementaires en 2014 au sujet des actes et conditions d’exercice, ainsi qu’à la formation en ostéopathie afin que celle-ci soit homogénéisée sur le territoire. Déterminer le champ de compétence des ostéopathes est alors devenu une nécessité. La détermination de la pratique ostéopathique, dont la racine grecque (*téknè*) nous rappelle sa commune origine avec la dimension « artistique »²⁰¹ qu’elle implique automatiquement, devenait alors essentielle pour caractériser son exercice sur le plan juridique.

Ce que révèle l’analyse du droit positif, de la jurisprudence ainsi que de certains éléments de la doctrine est que la médicalité pourrait être un outil de gradation. Il ne serait pas envisagé comme un couperet tranchant en deux catégories : médical ou non-médical. En revanche, celui-ci pourrait se révéler plutôt comme un instrument évaluatif. Il pourrait être un élément d’appréciation d’un acte réalisé par un professionnel dont les déterminants reposeraient sur l’analyse du niveau d’habilitation conféré par les actes juridiques relatifs au champ de compétence. Cette appréciation permettrait alors de classer l’acte en question en une gradation soit élevée, soit faible, soit modérée. C’est à l’aide de cet outil que l’activité d’ostéopathie sera disséquée. Le droit positif révèle alors que la *téknè* ostéopathique peut être décomposée entre des actes de diagnostic et des actes de soin. L’analyse juridique va se heurter aux innovations langagières utilisées pour qualifier l’activité de soin d’ostéopathie²⁰².

Pour les diagnostics, le recours à des expressions comme « diagnostic d’opportunité » ou « diagnostic fonctionnel » invite à une réflexion profonde sur la nature juridique de ces actes. Leur pénétration au sein du droit permet de constater que l’opportunité ne s’applique d’ailleurs pas uniquement aux ostéopathes. Ils ne figurent pourtant qu’au sein d’actes juridiques relatifs à l’ostéopathie. La transposition qui peut être effectuée vis-à-vis du champ de compétence des autres professions de santé renseigne d’ailleurs sur son niveau de médicalité. La dimension d’opportunité d’un acte de diagnostic permet en effet d’autonomiser une activité de soin en déterminant ce qui entre dans son champ de compétence et ce qu’il faut exclure. Ce qui implique des compétences à un niveau d’habilitation élevé pour pratiquer

²⁰¹ DUMESNIL Julien, *Art médical et normalisation du soin*, op. cit., p.122.

²⁰² MORET-BAILLY Joël, *L’ostéopathie, profession de santé ou activité de soins?*, art. cité.

cette appréciation. Toutefois, cette compétence était originellement réservée de manière exclusive aux médecins avant d'être partagée avec les professions de santé médicales. Les dispositions juridiques attestent de l'autonomisation relative de leur exercice aux articles L. 4141-1 du Code de la santé publique pour les chirurgiens-dentistes, et L. 4151-1 du Code de la santé publique pour les sages-femmes, puis aux ostéopathes et chiropraticiens. Ces évolutions du droit positif ont donc obligé à recourir à des expressions nouvelles pour dissocier l'exercice ostéopathique de l'exercice médical, conformément à la volonté de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002. L'idée de « diagnostic fonctionnel » vient également interroger sur l'idée de fonctionnalité en santé, en référence à la prise en charge des « troubles fonctionnels »²⁰³ qui constituent l'objectif principal des ostéopathes. Ces éléments conduisent à des analyses résolument prospectives puisqu'ils questionnent le paradigme médical actuel quant à l'idée juridique qu'il est possible de se faire de la maladie ou de la pathologie, de la physiologie ou de l'aphysiologie, notamment. Les ostéopathes adressant leur art à la fonction de l'organisme (et plus particulièrement aux dysfonctions²⁰⁴) interrogent nécessairement sur ses limites. Le caractère fonctionnel correspond en effet à un élément nouveau dans l'appréciation de l'état de l'organisme humain. Cette réflexion s'envisage nécessairement de manière extensive questionnant nombre d'évidences médicales dont la sémantique pourra être discutée afin d'en évaluer la pertinence. Les objectifs définitionnels de cette thèse s'inscrivent donc essentiellement dans le champ de la prospection qui semble être indispensable.

Au sein de l'exercice de leur activité, les ostéopathes agissent par l'intermédiaire d'actes de soins. Ces actes de soin sont doubles. Le droit positif autorise les ostéopathes à faire usage à la fois d'actes de manipulation et d'actes de mobilisation²⁰⁵. Cette étude a choisi de prioriser l'analyse de la médicalité relative aux actes de manipulation pour deux raisons. D'abord, les mobilisations sont des actes de soin qui sont partagés entre différents auxiliaires-médicaux ainsi que les ostéopathes et les chiropraticiens. En termes de médicalité, les actes réalisés par les auxiliaires-médicaux sont d'un niveau d'habilitation assez faible du fait de leur activité très largement subordonnée à la prescription médicale. Ce constat pourrait induire l'idée selon laquelle les actes de mobilisation des ostéopathes pourraient donc être également de faible médicalité. La définition juridique retenue pour ces actes est la suivante. « La mobilisation est un mouvement passif parfois répétitif, de vitesse et d'amplitude variables,

²⁰³ Article 1 du décret n°2007-435 du 25 mars 2007 relatifs aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie.

²⁰⁴ Glossaire des annexes 1 du référentiel d'activités et de compétences de l'arrêté du 12 janvier 2014 relatif à la formation en ostéopathie.

²⁰⁵ Décret n°2007-435 du 25 mars 2007 relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie.

appliqué sur une composante du système somatique en état de dysfonction »²⁰⁶. Ainsi, ces actes de soin ne sont factuellement pas le reflet de la multitude d'actions réalisées par les ostéopathes sur leurs patients. Sans prétendre à l'exhaustivité il serait simplement possible de mentionner qu'entre les techniques dites viscérales abdomino-pelviennes, thoraciques ou crânio-cervicales, les techniques relatives aux tissus conjonctifs de l'organisme humain, les techniques neurovégétatives, le simple terme de mobilisation ne semble pas approprié pour embrasser l'ensemble des approches ostéopathiques par essence non-manipulatives. Puisque selon le droit positif, tout ce qui n'est pas une manipulation est *de facto* une mobilisation. « Les changements intervenus dans la société peuvent faire apparaître de véritables lacunes dans les sources formelles »²⁰⁷ qui nécessiteront certainement d'être modifiées par des réformes juridiques ultérieures. De cette manière il est possible de comprendre que les actes de mobilisation se définissent davantage par leur téléologie que par leur caractérisation technique au sein du droit positif. Ces techniques se destinent en effet à des dysfonctions ostéopathiques pour prendre en charge des troubles fonctionnels. Ensuite, l'étude des actes de manipulation suscite juridiquement des questions plus intéressantes puisqu'elle semble incarner la spécificité de l'activité d'ostéopathie en exhibant sa singularité ontologique au sein du droit. Le partage de cette compétence semble être une exclusivité chiropraxique, ostéopathique et médicale révélant une médicalité dont on peut supposer qu'elle serait plus élevée. De plus, l'analyse prétorienne révèle qu'en matière de qualification relative au délit d'exercice illégal de la médecine²⁰⁸, les juges judiciaires²⁰⁹ et administratifs²¹⁰ se focalisaient uniquement sur l'hypothèse d'un acte de manipulation pour condamner des personnes pratiquant l'ostéopathie sans pouvoir présenter les autorisations juridiques les habilitant à l'exercer. Le professeur Violla rappelle à cet égard qu'une des spécificités du droit médical est qu'il « transcende les branches classiques du droit »²¹¹ réunissant les problématiques administratives et judiciaires. La question des actes manipulatifs a donc été bien plus investie par le droit à travers les actes réglementaire de 1962, de 2007 et de 2014, ainsi que par maintes sources doctrinales rendant son exploitation juridique plus indiquée.

²⁰⁶ Glossaire des annexes 1 du référentiel d'activités et de compétences de l'arrêté du 12 janvier 2014 relatif à la formation en ostéopathie.

²⁰⁷ ROUBIER Paul, *Théories générales du droit – Histoires des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, *op. cit.*, p.11.

²⁰⁸ Article L. 4161-1 du Code de la santé publique.

²⁰⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, 11 mars 1998, pourvoi n°97-80106, Cour de cassation, chambre criminelle, 3 mai 2016, pourvoi n°15-84171.

²¹⁰ Conseil d'État, 5 avril 2004, n°252367.

²¹¹ VIALLA François, *Sciences médicales et droit*, Médecine et droit n°141, 2016, p. 139.

La première partie s'attachera donc à comprendre les raisons qui pousse l'institution médicale à rejeter la médicalité ostéopathique (**Première partie**). Ce mécanisme étant essentiellement conceptuel, le recours aux objets abstraits sera assez fréquent obligeant cette thèse à mobiliser de nombreux outils tels que l'analyse historico-critique de l'épistémologie. Par la suite, l'utilisation d'analyses prospectives s'avèrera précieuse puisque ce travail se portera davantage sur une analyse critique du droit positif. Celui-ci permettra de comprendre en quoi la médicalité ostéopathique semble *a contrario* être révélée par son investigation (**Seconde partie**).

Première partie : La médicalité ostéopathique rejetée par l'institution médicale

Seconde partie : La médicalité ostéopathique révélée par le droit