

UNIVERSITE DE NANTES
UNITE DE FORMATION ET DE RECHERCHE D'ODONTOLOGIE

Année : 2003

N° :

**LE CONSENTEMENT DU PATIENT EN
ODONTOLOGIE : CAS PARTICULIER DE
L'INCAPACITE DE DROIT OU DE FAIT**

THESE POUR LE DIPLOME D'ETAT DE
DOCTEUR EN CHIRURGIE DENTAIRE

présentée et soutenue publiquement par

ROY Elisabeth

Le 30 octobre 2003 devant le jury ci-dessous

Président	M le Pr H. HAMEL
Assesseur	M le Pr B. GIUMELLI
Assesseur	M le Dr D. MARION
Assesseur	M le Dr J. DENIAUD

Directeur de thèse : M le Dr O. LABOUX

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	5
Historique du consentement.....	6
Le contrat de soins en odontologie.....	7
Les fondements juridiques du droit de la santé.....	10
Conséquences de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.....	12
L'information due au patient.....	12
Modalités pratiques de l'expression du consentement éclairé.....	15
1. Les incapacités.....	16
1.1 Généralités sur les incapacités.....	18
1.1.1 Les différentes incapacités.....	18
1.1.1.1 Incapacités de jouissance et incapacités d'exercice.....	18
1.1.1.2 Incapacités naturelles et incapacités légales.....	19
1.1.1.3 Incapacités de prévention et incapacités de protection.....	19
1.1.1.4 Incapacités spéciales.....	20
1.1.2 Les incapacités de protection.....	20
1.1.2.1 Sanction de l'incapacité.....	20
1.1.2.2 Remède à l'incapacité.....	20
1.1.2.3 Le caractère exceptionnel des incapacités.....	21
1.2 Les mineurs.....	21
1.2.1 L'incapacité des mineurs.....	21
1.2.1.1 Le mineur non discernant.....	22
1.2.1.1.1 Les contrats.....	22
1.2.1.1.2 Les faits illicites.....	22
1.2.1.2 Le mineur discernant.....	23
1.2.1.2.1 Capacité quant aux délits.....	23
1.2.1.2.2 Incapacité quant aux actes juridiques.....	23
1.2.2 Le représentant légal.....	24
1.2.2.1 Fonctions du représentant légal.....	24
1.2.2.1.1 Protection des intérêts du mineur.....	24
1.2.2.1.2 Protection des intérêts de la société.....	25
1.2.2.2 Désignation du représentant légal.....	25
1.2.2.2.1 Titulaires de l'autorité parentale.....	25
1.2.2.2.1.1 Enfant légitime.....	25
1.2.2.2.1.2 Enfant naturel.....	26
1.2.2.2.1.3 Enfant adoptif.....	27
1.2.2.2.2 Délégation de l'autorité parentale.....	27
1.2.3 La tutelle.....	27
1.2.3.1 Ouverture de la tutelle.....	28
1.2.3.1.1 Tutelle des enfants légitimes.....	28
1.2.3.1.2 Tutelle des enfants naturels.....	28
1.2.3.2 Organisation de la tutelle.....	28
1.2.3.2.1 Caractères de la tutelle.....	28
1.2.3.2.2 Désignation du tuteur.....	29
1.2.3.3 Missions de la tutelle.....	29
1.2.3.4 Cessation de la tutelle.....	29
1.3 Les majeurs protégés.....	30
1.3.1 Principes généraux.....	30

1.3.2	La protection occasionnelle.....	32
1.3.2.1	Le principe de la protection.....	32
1.3.2.1.1	Les actes juridiques.....	32
1.3.2.1.2	Les faits dommageables.....	33
1.3.2.2	L'exercice de la protection.....	33
1.3.3	Les régimes de protection.....	33
1.3.3.1	Les régimes de protection dans le Code de la santé publique.....	34
1.3.3.1.1	Hospitalisation d'office.....	34
1.3.3.1.2	Hospitalisation à la demande d'un tiers.....	34
1.3.3.2	La sauvegarde de justice.....	34
1.3.3.2.1	Définitions.....	34
1.3.3.2.2	Procédure de placement.....	35
1.3.3.2.3	Conséquences de la mise en place d'une sauvegarde de justice...35	35
1.3.3.3	La tutelle.....	36
1.3.3.3.1	Définitions.....	36
1.3.3.3.2	Mise en œuvre de la procédure.....	36
1.3.3.3.3	Conséquences d'un placement sous tutelle.....	37
1.3.3.3.4	Incapacité du majeur en tutelle.....	38
1.3.3.3.5	Cessation de la tutelle.....	38
1.3.3.4	La curatelle.....	39
1.3.3.4.1	Définitions.....	39
1.3.3.4.2	Procédure.....	39
1.3.3.4.3	Organisation de la curatelle.....	39
1.3.3.4.4	Incapacités liées à la curatelle.....	40

2. Difficultés liées au consentement chez le patient incapable,

	rencontrées en pratique clinique.....	41
2.1	Le premier entretien clinique.....	43
2.1.1	Motifs de consultation.....	43
2.1.1.1	Consultation à la demande du patient.....	43
2.1.1.2	Consultation à la demande de l'accompagnant.....	44
2.1.2	Interrogatoire.....	44
2.1.2.1	Interrogatoire adapté à la personnalité de chacun.....	44
2.1.2.2	Aspect psychologique de l'abord du patient.....	44
2.1.3	Constitution du dossier.....	45
2.1.3.1	Dossier médical global.....	45
2.1.3.2	Dossier odontologique.....	45
2.1.4	Examens complémentaires.....	46
2.1.4.1	Imagerie.....	46
2.1.4.2	Bilans sanguins.....	46
2.1.5	Conduite à tenir.....	47
2.1.5.1	Thérapeutique.....	47
2.1.5.2	Communication.....	47
2.1.5.3	Cibler le patient d'une part, l'accompagnant d'autre part.....	48
2.1.5.4	Dépendance.....	48
2.2	Les différentes disciplines cliniques.....	49
2.2.1	L'odontologie conservatrice et l'endodontie.....	49
2.2.2	La parodontologie.....	49
2.2.3	La chirurgie buccale.....	50

2.2.4	La prothèse.....	50
2.2.5	L'orthopédie dento-faciale.....	51
2.2.6	L'implantologie.....	51
2.2.7	L'odontologie cosmétique.....	52
2.2.8	L'odontologie du sport.....	52
2.3	Aspects délicats de la relation de soins.....	53
2.3.1	Les honoraires- le devis.....	53
2.3.1.1	Honoraires :définition.....	53
2.3.1.2	Réglementation.....	53
2.3.2	La gestion, la prévention des conflits praticien-patient.....	56
2.3.2.1	S'efforcer d'éviter tout préjugé.....	56
2.3.2.2	Demande du patient.....	57
2.3.2.3	Inégalité soignant-soigné.....	57
2.3.2.4	Prise en compte de la personnalité propre du malade.....	57
2.3.3	Particularités liées à l'âge ou aux pathologies dans le cas de l'incapable majeur.....	58
2.3.3.1	L'âge.....	58
2.3.3.2	Le handicap.....	59
3.	Le consentement du patient incapable en odontologie.....	60
3.1	Les mineurs.....	61
3.1.1	Les mineurs non discernant.....	61
3.1.1.1	Rappels.....	61
3.1.1.2	Modalités d'application.....	61
3.1.2	Les mineurs discernant.....	64
3.1.2.1	Rappels.....	64
3.1.2.2	Modalités d'application.....	64
3.1.3	Cas d'urgence.....	64
3.1.4	Les mineurs émancipés.....	65
3.2	Les majeurs protégés.....	66
3.2.1	Le majeur sous sauvegarde de justice.....	66
3.2.1.1	Rappels.....	66
3.2.1.2	Modalités d'application.....	66
3.2.2	Le majeur sous tutelle.....	67
3.2.2.1	Rappels.....	67
3.2.2.2	Modalités d'application.....	67
3.2.3	Le majeur sous curatelle.....	68
3.2.3.1	Rappels.....	68
3.2.3.2	Modalités d'application.....	68
3.2.4	Le majeur incapable de fait.....	69
3.2.4.1	Personnes hors d'état d'exprimer leur volonté.....	69
3.2.4.2	Cas limites.....	70
3.2.5	Cas particulier des étrangers ne maîtrisant pas notre langue.....	71
3.3	Tableaux récapitulatifs des modalités de consentement du patient incapable en odontologie.....	72
	Conclusion.....	75
	Références bibliographiques.....	77

Introduction

Introduction

Le consentement du patient incapable en odontologie est une question d'actualité. En effet, les pouvoirs publics et les médias mettent aujourd'hui l'accent sur les êtres vulnérables et la prise en compte de leur avis dans la société : handicap, maltraitance à enfants, à personnes âgées... Nous développerons les aspects juridiques et pratiques du sujet. Avant cela, il est indispensable d'établir un préambule qui va nous permettre de saisir au mieux la notion générale du consentement. Nous brosserons un historique du consentement, puis nous donnerons les bases du contrat médical, les fondements du droit auxquels nous sommes confrontés en odontologie, les répercussions de la célèbre loi du 4 mars 2002, les règles de l'information au patient, et nous définirons enfin les modalités modernes de l'expression du consentement.

Historique du consentement

La réflexion éthique est l'aboutissement de l'évolution lente et régulière de la médecine depuis Hippocrate et Galien jusqu'à la première moitié du dernier siècle, où l'explosion des sciences médicales a révolutionné les comportements (Gil, 1994). La médecine s'inscrit depuis toujours dans une démarche éthique parce que son objectif est autrui, la souffrance d'autrui. Aujourd'hui, l'histoire contemporaine fait que nous nous interrogeons (Rameix, 1996). Le consentement est au cœur de ces observations.

La notion de consentement, et plus exactement de consentement éclairé, est une conséquence du jugement du 19 août 1947 du Tribunal Militaire International de Nuremberg qui avait à juger les médecins criminels nazis et a défini, pour la première fois, la notion de crime contre l'humanité. Le Code de Nuremberg a permis d'établir des recommandations à propos des expérimentations sur l'homme. Des limites ont été posées : compétences des expérimentateurs, soins donnés aux sujets de l'expérimentation, liberté de mettre fin à l'essai de la part du sujet ou de l'expérimentateur...

Il faut réaliser que les médecins nazis avaient mené dans les camps de concentration des expériences d'une grande cruauté sans obtenir pour autant des résultats scientifiques. C'est dans ce contexte que le tribunal a choisi d'énoncer des normes de conduite pour l'expérimentation sur l'homme. En effet, pour qualifier juridiquement ces expérimentations de crimes, il fallait énoncer ce que les auteurs du Code nommeront « les principes fondamentaux qui devraient être observés aux concepts moraux, éthiques et légaux » ; ces principes constituent le Code de Nuremberg (Rameix, 1994). Cette notion ne sera reprise que presque quarante ans plus tard dans la loi de bioéthique française dite loi Huriet. Le consentement passe alors d'un domaine très spécifique à un domaine général en étant associé à l'idée de contrat médical, qui impose l'information complète préalable du malade pour tout acte diagnostique ou thérapeutique effectué sur la personne.

Le contrat de soins en odontologie

Toutes les professions médicales s'exercent dans un cadre précis, qui définit les relations du praticien et du malade. Ces dernières relèvent d'un contrat, sur lequel reposent les

principes juridiques médecin-patient (Béry, 2002). Le contrat de soins est signifié par l'arrêt MERCIER énoncé par la Cour de cassation le 20 mai 1936 et selon lequel « il se forme, entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises et actuelles de la science ».

Voyons à présent les caractéristiques de ce contrat médical [Béry (2002), Nossintchouk (1998), Muller (2002), Mémeteau (1996), Ernouf et Pellegrain (1997)] :

- Il s'agit d'un contrat civil, non commercial. C'est « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » (Code civil, article 1101). Ce contrat est donc soumis aux règles du Code civil.
- Le contrat est synallagmatique ou bilatéral, c'est-à-dire qu'il impose des obligations réciproques et interdépendantes, qui engagent les deux parties (Code civil, article 1102) : le praticien doit soigner le patient et le patient doit rémunérer le praticien et observer les prescriptions ; en cas de manquement d'une des parties à la convention, l'autre partie peut se retirer.
- Ce contrat est résiliable unilatéralement. Il n'existe aucune limite fixée pour le patient ; le praticien, de son côté, doit assurer la continuité des soins et remédier aux situations d'urgence, comme l'indique l'article 26 du Code de déontologie des chirurgiens-dentistes « Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, le chirurgien dentiste a toujours le droit de refuser ses soins pour des raisons personnelles ou professionnelles, à condition :

1. De ne jamais nuire de ce fait à son patient ;

2. De s'assurer de la continuité des soins et de fournir à cet effet tous renseignements utiles. ».

- Il s'agit d'un contrat à titre onéreux, impliquant une rémunération. Tous les auteurs précisent que la gratuité des soins est envisageable, en s'appuyant sur l'article 33 du Code de déontologie des chirurgiens-dentistes « Le chirurgien-dentiste doit toujours déterminer le montant de ses honoraires avec tact et mesure...Le chirurgien-dentiste est libre de donner gratuitement des soins. Mais il lui est interdit d'abaisser ses honoraires dans un but de détournement de la clientèle. ».
- Le contrat est conclu *intuitu personae*, en fonction de la qualité du chirurgien-dentiste, de façon strictement personnelle, ce qui traduit le libre choix du praticien par son patient ; ce principe garantit des rapports de confiance entre chacune des parties ; il est réaffirmé par l'article 6 du Code de déontologie médicale « Le médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin. Il doit lui faciliter ce droit », et l'article 7 du Code de déontologie des chirurgiens-dentistes « Les principes ci-après énoncés, traditionnels dans l'exercice de l'art dentaire, s'imposent à tout chirurgien-dentiste... Ces principes sont : libre choix du chirurgien-dentiste par le patient... ».
- Il s'agit d'un contrat consensuel, impliquant l'échange des consentements.
- Il n'est pas question d'un contrat de résultats mais d'un contrat de moyens : le malade est en droit de demander tous les moyens, y compris les moyens d'information, qui sont à la disposition du praticien pour traiter l'affection dont il est porteur, conformément aux termes de l'Arrêt Mercier ; il est cependant impossible de lui assurer une guérison.
- Le contrat est continu dans le temps.

Ce contrat particulier, « *sui generis* », le seul de son espèce, peut s'exprimer oralement, l'écrit ne constituant qu'un élément de preuve des engagements réciproques des parties. Il s'applique dès la première rencontre entre le praticien et le patient. Il s'étend à l'interrogatoire, à la prise en considération des pathologies générales du malade, au diagnostic, aux thérapeutiques, à la prescription... Certes, le contrat médical semble rigide et aux mains des seuls juges, mais en dépit des controverses, n'oublions pas qu'il doit demeurer un contrat de confiance (Béry, 2002).

Le droit civil implique que pour contracter les deux parties soient capables. Nous verrons la conduite à tenir dans le cas particulier de l'incapacité de droit ou de fait du patient.

Les fondements juridiques du droit de la santé

Le droit de la santé repose sur des sources juridiques formelles qui établissent les règles de droit, à l'origine de confusion pour les profanes (Demichel, 1998). Exposons les bases fondamentales :

- La Constitution : elle fait allusion indirectement au droit à la santé ou plutôt au droit aux soins au nom du principe d'égalité (Demichel, 1998).
- Le Code civil et la jurisprudence prennent en considération la santé au même titre que toutes les activités humaines. Comme tout contrat, le contrat médical relève de l'article 1147 du Code civil. La responsabilité civile de l'odontologiste libéral est mise en question en cas d'inexécution du contrat (Quatrehomme, 2001).
- Le Code pénal s'applique aux praticiens qui commettent des infractions telles que les blessures par imprudence, la non-assistance à personne en danger, le non respect du secret

professionnel...La responsabilité pénale est mise en jeu s'il y a infraction à un article du Code pénal (Quatrehomme, 2001).

- Le droit administratif intervient dans la gestion des institutions d'encadrement en matière de santé, ce qui est le cas des ordres professionnels, de l'Agence du médicament, et dans le statut des agents administratifs comme les praticiens hospitaliers. La responsabilité administrative des praticiens hospitaliers est soumise aux dispositions du droit public [Quatrehomme (2001), Bannier (2002), Paire et coll.(1999)].
- Le droit international, en particulier le droit européen, est à l'origine de directives.
- Les lois et réglementations spécifiques à la santé, telle que la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, le Code de la santé.
- Les Codes de déontologie concernent les droits et les devoirs de certains professionnels de la santé. La responsabilité déontologique peut intervenir en cas de manquement à un article du Code de déontologie (Quatrehomme, 2001).

Si le contrat de soins semble s'appliquer uniquement au praticien libéral, qui met en jeu sa responsabilité civile, les faits démontrent que la pratique hospitalière est également concernée par ces principes généraux, car les obligations d'information sont très importantes à l'hôpital (Muller, 2001, citant la circulaire 95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés).

Conséquences de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé [Clément (2002), Castelletta (2002), Cormier (2002)]

La loi KOUCHNER du 4 mars 2002 est novatrice dans la mesure où elle institutionnalise le droit des malades, face au pouvoir médical, ce qui est le fruit de l'évolution de la société et de ses comportements sur près de cinquante années. La loi nouvelle comporte une centaine d'articles, répartis en cinq titres : la solidarité envers les personnes handicapées, la démocratie sanitaire, la qualité du système de santé, la réparation des conséquences des risques sanitaires et l'assurance de responsabilité civile médicale, les dispositions relatives à l'outre-mer.

Dans la question que nous avons choisi d'aborder, la loi aménage les droits des personnes incapables et renforce les droits à l'information et au consentement. Ainsi, le législateur prévoit que chacun a accès aux informations concernant son état de santé directement ou par l'intermédiaire d'un médecin, que toute personne doit connaître les frais auxquelles elle pourrait être exposée, qu'aucun acte médical ni traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne. Un majeur pourra désigner par écrit une personne de confiance.

L'information due au patient

Il s'agit bien plus en la matière d'une évolution, d'une application logique des jurisprudences que d'un véritable bouleversement. Il n'est pas inutile de rappeler que

l'obligation d'information et de conseil est formalisée par différents textes et notamment par le Code de déontologie médicale :

Article 35 : « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations, et les soins qu'il propose. »

Article 36 : « Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. »

Article 64 : « Lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen et au traitement d'un malade, ils doivent se tenir mutuellement informés ; chacun des praticiens assume sa responsabilité personnelle et veille à l'information du malade... ».

L'obligation d'information est également contenue dans l'article 16-3 du Code civil issu de la loi du 29 juillet 1994 « relative au respect du corps humain » qui rappelle que « le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

L'évolution marquée de la position de la cour de cassation a porté, ces dernières années, sur l'étendue et sur la charge de la preuve de cette obligation (Sargos, 2002). Pour cette raison, le Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes fait allusion dans sa Lettre de l'été 1999 à l'impérieuse obligation d'information des patients. Jusqu'en 1997, la jurisprudence décidait que cette information devait porter sur les risques normalement prévisibles et sur les risques sérieux et habituels de l'acte chirurgical. La 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation dans un Arrêt de principe du 25 février 1997 indique :

« - Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation.

- Attendu qu'en statuant ainsi alors que le médecin est tenu d'une obligation d'information vis à vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Cette preuve peut être rapportée par tout moyen, les juges ayant notamment retenu comme éléments d'appréciation ayant conduit à retenir que l'obligation avait été respectée : la profession du malade, son temps de réflexion, les mentions des dossiers médicaux...en fait l'existence d'un faisceau de présomptions.

A la suite de cette jurisprudence, il a été envisagé pour le praticien, l'opportunité de faire signer un écrit certifiant que le malade a été informé de l'acte médical envisagé et de ses risques. Cet écrit ne dispense pas le médecin ou l'odontologiste d'établir que le patient a reçu une information verbale claire, intelligible et complète. L'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES), juge quant à elle que l'information doit être orale ; l'information écrite est un document possible, souvent rédigé dans un but défensif, n'ayant pas vocation à recevoir la signature du patient (La lettre de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes, été 2000). Pour l'ANAES, dans son rapport rendu public en avril 2000, l'information doit porter sur l'état de santé du patient, son évolution prévisible, la description et le déroulement des examens, des investigations, des thérapeutiques et interventions envisagées et les alternatives. Par ailleurs, d'après ces mêmes conclusions, le praticien doit faire part des complications éventuelles, y compris des risques exceptionnels, en s'assurant que le patient a compris l'information délivrée. Cette vision est partagée par Pellegrain qui analyse l'évolution de la jurisprudence et conclut qu'il faut faire part des risques mortels ou invalidants connus à l'époque des soins. Laborier apporte une nuance à ce discours, deux arrêts de la Cour de cassation du 20 juin 2000 et du 21 août 2000 restreignant le devoir

d'information : les juges ont considéré qu'une information trop complète ne devait pas empêcher le malade de prendre la décision la meilleure pour lui, par crainte du pire.

Modalités pratiques de l'expression du consentement éclairé [Ernouf et Pelegrain (1997), Nossintchouk (1998)] :

L'obligation médicale d'information n'est que la conséquence logique de la protection de la dignité de la personne humaine. Quelle valeur aurait un consentement s'il n'était pas éclairé? Le recueil d'un consentement éclairé par l'information donnée est la condition *sine qua non* du droit d'agir sur la personne humaine, de porter atteinte à l'intégrité du corps humain, fréquent en odontologie où nous mutilons sans jamais obtenir de reconstitution *ad integrum* de l'organe lésé. Le praticien ne doit jamais cesser d'expliquer pour faire adhérer le patient, ressentir ce qu'il se passe, chercher à savoir ce qu'en pense le malade, lui parler, mettre en place un climat de confiance rassurant. Certains auteurs distinguent un consentement pécuniaire, qui se traduit par un devis co-signé par les deux parties et un consentement thérapeutique, dont les modalités sont à adapter au cas par cas.

Les incapacités

1. LES INCAPACITES

L'odontologiste est devenu un acteur du monde de la technologie au même titre que les scientifiques, les médecins, les pharmaciens... Il n'en demeure pas moins un citoyen, en proie au doute, qui essaie d'adapter l'approche médicale de son environnement au comportement global de la société. Il est ainsi soumis aux nombreux textes, lois, arrêtés, décrets et autres circulaires qui réglementent la vie de chacun. Il est d'usage d'affirmer que « nul ne doit ignorer la loi », sentence sévère pour les professionnels de la santé, pris de vertige par l'aspect tentaculaire du droit. C'est pourquoi, avant d'étudier les difficultés, liées au consentement, rencontrées en pratique clinique chez le patient incapable, puis de présenter les solutions éventuelles, cette première partie abordera le cadre juridique des incapacités. Elle tentera d'exprimer le plus clairement possible des concepts qui ne sont pas familiers aux odontologistes. Certes, les professionnels de santé ne sont pas des juristes, et leur raisonnement est souvent à l'antithèse de ces derniers. Essayons de comprendre certains principes, à l'interface du droit et de la médecine, du droit et de l'odontologie. Il est inévitable d'employer des termes spécifiques.

1.1 Généralités sur les incapacités

1.1.1 Les différentes incapacités

Le Code civil ne consacre pas une partie distincte aux incapacités. Toutefois, il met en place les principales mesures de protection des incapacités : autorité parentale, tutelle, protection des majeurs, etc. (Carbonnier, 2000) dans le but de limiter voire d'écartier les dangers du quotidien (Teyssié, 2001).

La notion d'incapacité est un concept large, recouvrant plusieurs situations, dont toutes n'intéressent pas notre propos. Nous sommes concernés par ce que le droit définit comme les incapacités d'exercice générales qui ont le caractère d'incapacités de protection. Ceci permet à Carbonnier d'établir les distinctions suivantes.

1.1.1.1 Incapacités de jouissance et incapacités d'exercice

L'incapacité de jouissance est l'inaptitude à être sujet de droit, à en être titulaire, à en acquérir de nouveaux. Il s'agit d'un cas de figure peu fréquent (exemple : un mineur ne peut pas établir un testament ou faire une donation). L'incapacité d'exercice est l'inaptitude à faire valoir par soi-même un droit supposé acquis. Toute personne frappée d'une incapacité d'exercice pourra être représentée.

1.1.1.2 Incapacités naturelles et incapacités légales

Les incapacités naturelles se distinguent des incapacités légales par le fait qu'elles n'imposent pas la nécessité d'un régime de protection de l'incapable. L'incapacité du jeune enfant est légale et naturelle, tandis que l'incapacité d'un adolescent de dix-sept ans est légale sans être naturelle.

Ajoutons qu'il existe une incapacité de fait qui caractérise un individu hors d'état de manifester sa volonté. Cette vulnérabilité est liée à des difficultés de compréhension, d'expression de la langue française pour des raisons d'atteintes des fonctions sensorielles, des capacités cognitives ou par des carences socioculturelles (Cressard, 2003). Dans ce contexte, il est d'usage de faire appel à ceux que l'on appelle les « protecteurs naturels ». Il s'agit le plus souvent du conjoint, puis des descendants et enfin des ascendants. Néanmoins, le protecteur naturel peut être un étranger proche et qui rend service à l'individu (Chastant-Morand et Nossintchouk, 2001).

1.1.1.3 Incapacités de prévention et incapacités de protection

Les incapacités de prévention sont en réalité des incapacités dites de suspicion (interdiction des droits civils et de la famille). Un régime de protection a pour mission de protéger le patrimoine de l'incapable des dangers de la vie de tous les jours. Dans cet esprit, des dispositions sont prises pour éviter que quiconque exerçant une influence sur un incapable (médecin, représentant du culte, personnel d'un établissement) ne s'approprié ses biens (Teyssié, 2001).

1.1.1.4 Incapacités spéciales

Elles sont limitées à un type d'acte : par exemple interdit de chèques...

Nous constatons la diversité des incapacités, dictée par le droit. Il est difficile d'en saisir les nuances. Passons à un aspect plus pratique aux yeux de professionnels de la santé.

1.1.2 Les incapacités de protection

Il s'agit de définir les moyens destinés à pourvoir aux intérêts de l'incapable [Carbonnier (2000), Courbe (2000), Teyssié (2001)].

1.1.2.1 Sanction de l'incapacité :

L'acte juridique accompli en violation d'une incapacité est atteint d'une nullité de protection (Carbonnier, 2000). L'annulation doit être prononcée en justice.

1.1.2.2 Remède à l'incapacité : il diffère selon la gravité de l'incapacité.

Une incapacité profonde implique une représentation du sujet par un administrateur légal.

Une incapacité moins importante suppose une assistance, qu'il est difficile de définir avec précision.

1.1.3 Le caractère exceptionnel des incapacités

L'incapacité doit demeurer exceptionnelle puisqu'elle impose une limitation de la personnalité. Le juge choisira toujours la mesure la moins restrictive qui sera nécessaire et suffisante.

1.2 Les mineurs

Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans (art.388 du Code civil modifié par la loi 74-631 du 5 juillet 1974, cité par Courbe et Béry).

La loi fixe deux catégories de mineurs. Le mineur non émancipé, toujours frappé d'incapacité, peut être discernant ou non discernant (Carbonnier, 2000). Le mineur émancipé a la même capacité que le majeur, aussi ce cas particulier ne sera pas évoqué dans ce travail.

1.2.1 L'incapacité des mineurs

La finalité de l'incapacité du mineur, quel que soit son âge, est d'assurer sa protection contre lui-même et contre les tiers qui abuseraient de son inexpérience. Cette mesure est le plus souvent, exercée dans le cadre de l'autorité parentale. Cependant, les tensions étant

inévitables entre enfants et parents, la loi concède une relative autonomie au mineur au sein de l'autorité parentale. Cette disposition est dans l'esprit de la Déclaration des droits de l'enfant de 1990, dite de l'O.N.U., et implique d'étudier toute situation au cas par cas.

Voyons maintenant les distinctions, établies par Carbonnier entre le mineur non discernant et le mineur discernant.

1.2.1.1 Le mineur non discernant

Il s'agit ici du jeune enfant, ne disposant pas d'une volonté assez ferme pour se défendre et pour prévoir. Ce mineur est caractérisé par une incapacité d'exercice totale, relative aux contrats et aux faits illicites.

1.2.1.1.1 Les contrats :

L'enfant ne peut s'engager par un contrat. Tout contrat passé par lui est nul, considéré comme inexistant.

1.2.1.1.2 Les faits illicites

L'enfant n'est jamais considéré responsable, même s'il est à l'origine d'un dommage commis intentionnellement, par négligence ou par imprudence. La victime devra donc avoir recours à ses parents.

1.2.1.2 Le mineur discernant

Il est question à présent d'un grand enfant ou adolescent, disposant d'une volonté consciente, intelligente, mais néanmoins défini comme incapable par le Code civil. Le législateur a voulu apporter une nuance dans ce raisonnement : la loi du 8 janvier 1993 accorde au mineur une autonomie dite contestataire dans les procédures le concernant.

Il convient de préciser la capacité quant aux délits commis par le mineur et l'incapacité quant aux actes juridiques.

1.2.1.2.1 Capacité quant aux délits (Carbonnier, 2000) :

Le mineur est responsable du dommage causé par sa faute, qu'elle soit intentionnelle, par négligence ou par imprudence. Il est donc tenu de réparer. Notons que dans la plupart des cas, la responsabilité des parents s'ajoute à celle de l'enfant. Le but évident de ces dispositions est de protéger la victime du délit.

1.2.1.2.2 Incapacité quant aux actes juridiques :

Le mineur est théoriquement incapable de réaliser par lui-même un quelconque contrat. Les faits admettent pourtant des exceptions. Ainsi, en ce qui nous concerne, le mineur a une personnalité propre en face du corps médical (Code de déontologie médicale, article 43 « le médecin doit être le défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage. »).

1.2.2 Le représentant légal

Ces termes apparaissent dans la grande ordonnance du 2 février 1945 pour désigner les père, mère, tuteur ou une personne à qui l'enfant a été confié. La loi du 8 janvier 1993 les reprend à son compte en conférant aux père, mère ou tuteur la fonction de représenter le mineur dans tous les actes civils. Il convient de définir les fonctions et les modes de désignation du représentant légal.

1.2.2.1 Fonctions du représentant légal

Le représentant légal a la double mission d'assurer la protection de l'incapable d'une part et de la société d'autre part (Carbonnier, 2000).

1.2.2.1.1 Protection des intérêts du mineur :

Le représentant légal administre les biens du mineur en bon père de famille. Les textes exposent les pouvoirs des représentants légaux dans le cadre d'actes importants, tels que la vente d'immeubles, l'emprunt...

Tout manquement à ces devoirs peut constituer une faute.

1.2.2.1.2 Protection des intérêts de la société :

Le représentant légal est un interlocuteur crédible, en lieu et place d'un mineur psychologiquement et financièrement instable. Il est un rempart devant :

- les personnes privées : créanciers, voisins...
- les organismes publics : police, justice, école
- les délits du mineur

1.2.2.2 Désignation du représentant légal

Nous abordons ici le thème de l'autorité parentale.

1.2.2.2.1 Titulaires de l'autorité parentale :

1.2.2.2.1.1 Enfant légitime :

Il s'agit ici d'un enfant issu d'une famille dite légitime, c'est-à-dire constituée dans le cadre d'un mariage (Béry, 1990).

Principes :

L'autorité est exercée en commun par les parents (Code civil, article 372).

En cas de désaccord, un recours auprès du juge des affaires familiales sera nécessaire (Code civil, article 372-1-1).

L'article 373 du Code civil aborde la perte de l'autorité parentale. Les motifs sont les suivants : incapacité à manifester sa volonté, consentement à une délégation des droits, condamnation pour abandon de famille, jugement de retrait. L'autre parent est alors désigné comme représentant légal.

En cas de décès d'un des parents, l'autorité est exercée par le survivant.

Divorce et séparation de corps :

Le juge désigne les deux parents ou l'un des deux en tant que représentant légal, en fonction de l'intérêt de l'enfant (Code civil, articles 373-2 et 373-3).

Décès des deux parents : ouverture de la tutelle (Code civil, article 373-5).

1.2.2.2.1.2 Enfant naturel :

L'enfant naturel est issu d'une famille naturelle ce qui équivaut dans le cadre juridique à une famille hors mariage (Béry, 1990).

L'exercice de l'autorité parentale sera accordée à l'un ou aux deux parents qui se seront déclarés .

1.2.2.2.1.3 Enfant adoptif

Le représentant légal désigné est l'adoptant (Code civil, articles 358 et 365).

1.2.2.2.2 Délégation de l'autorité parentale (Code civil, article 376)

La délégation de l'autorité parentale est toujours une décision du juge aux affaires familiales. On distingue trois applications.

- La délégation volontaire concerne un mineur remis à un établissement ou à un particulier avec l'accord des parents qui ont renoncé à l'exercice de leur autorité.
- En cas de désintérêt des parents, la délégation est prononcée par jugement seul.
- Lorsqu'un mineur de seize ans est recueilli par un particulier ou un établissement, celui-ci doit en faire la déclaration administrative ; si dans les trois mois suivant, les parents ne se sont pas manifestés, la délégation peut être décidée.

1.2.3 La tutelle

La tutelle est une institution destinée à protéger le mineur, en confiant le soin de sa personne et de ses biens à un tuteur.

1.2.3.1 Ouverture de la tutelle

1.2.3.1.1 Tutelle des enfants légitimes

Cette procédure s'applique dans les situations suivantes :

- décès des deux parents
- perte de l'autorité parentale
- décision du juge aux affaires familiales de confier le mineur à un tiers dans un cas de divorce ou de séparation de corps

1.2.3.1.2 Tutelle des enfants naturels

La procédure s'exerce :

- si l'enfant n'est reconnu par aucun de ses parents
- dans certains cas en assistance de l'autorité du parent qui a reconnu l'enfant.

1.2.3.2 Organisation de la tutelle

1.2.3.2.1 Caractères de la tutelle

La tutelle est une charge personnelle, qui ne se transmet ni au conjoint du tuteur, ni à ses héritiers (articles 418 et 419 du Code civil).

La tutelle présente un caractère obligatoire ; elle ne peut être refusée par celui ou celle à qui cette charge est confiée sauf dispense (article 427 du Code civil).

La fonction de tuteur doit demeurer non lucrative pour celui qui l'exerce (article 454 du Code civil).

1.2.3.2 Désignation du tuteur

Le tuteur est déterminé par désignation testamentaire, recours aux ascendants, décision du conseil de famille convoqué par le juge des tutelles.

L'enfant recueilli par l'aide sociale est considéré comme pupille de l'Etat ; le tuteur est alors le préfet qui donne délégation au directeur départemental de l'aide sociale (articles 60 et 61 du Code de la famille).

1.2.3.3 Missions de la tutelle

- Protection de la personne du mineur : entretien, éducation... (articles 449 et 450 du Code civil)
- Administration du patrimoine du mineur « en bon père de famille » (article 450 du Code civil)

1.2.3.4 Cessation de la tutelle

La tutelle prend fin à la majorité du mineur, ou bien en cas de décès ou de destitution du tuteur qui est aussitôt remplacé.

1.3 Les majeurs protégés

1.3.1 Principes généraux [Béry (1990), Carbonnier (2000)]

- La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis (article 488 du Code civil), sous réserves des dérogations suivantes :

- Le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir à ses intérêts est protégé par la loi.

Nous distinguons l'altération des facultés mentales et l'altération des facultés corporelles.

En ce qui concerne les causes mentales, l'article 490 du Code civil fait état, à titre indicatif de la maladie, l'infirmité, l'affaiblissement lié à l'âge. Dans le cas d'une altération des facultés corporelles, les facultés mentales demeurent intactes mais la libre expression d'une volonté consciente du sujet est impossible.

- Le majeur qui par sa prodigalité, son intempérance, son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin, ou compromet l'exécution de ses obligations familiales, peut être protégé par la loi (article 488 du Code civil).

- Il existe trois catégories de majeurs incapables.

Les majeurs sous sauvegarde de justice ont besoin d'être protégés dans tous les actes de la vie civile (article 491 du Code civil).

Les majeurs en tutelle ont besoin d'être représentés en continu dans tous les actes de la vie civile (article 492 du Code civil).

Les majeurs en curatelle, sans être hors d'état d'agir eux-mêmes, ont besoin d'être conseillés ou contrôlés dans les actes de la vie civile (article 508 du Code civil).

- Voyons quelles sont les dispositions communes à tous les régimes de protection.

a. Le contrôle médical :

« L'altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie » (article 490 du Code civil).

b. L'indépendance du traitement médical et du régime de protection des intérêts civils (article 490 du Code civil).

c. La sauvegarde du logement et des biens de la personne protégée aussi longtemps que possible (article 490 du Code civil).

- Analysons à présent la condition juridique d'un sujet atteint d'un trouble mental.

« Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit » (article 489 du Code civil). Il peut donc être décidé une annulation des actes passés.

Dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle, le majeur atteint de troubles mentaux, qui a causé un dommage à autrui, n'en est pas moins obligé à réparation

(article 489 du Code civil). Toutefois si le dommage résulte d'un délit pénal, son auteur peut être reconnu pénalement irresponsable (article 122-1 du Code pénal).

1.3.2 La protection occasionnelle

Cette protection occasionnelle va s'exercer dans deux types de circonstances (Carbonnier, 2000) :

- Lors d'une perte des facultés personnelles d'une durée courte qui ne peut donner l'occasion d'établir un régime de protection (accès de folie exceptionnel, ivresse), mais qui implique de protéger le sujet. Nous parlerons ici de protection occasionnelle par nature.
- Lorsque aucun régime de protection n'a été mis en place par ignorance ou négligence. Nous parlerons dans ce cas de protection occasionnelle de fait.

1.3.2.1 Le principe de la protection

1.3.2.1.1 Les actes juridiques :

L'individu qui n'a pas sa raison au moment précis où il passe un acte juridique, c'est-à-dire à l'instant où il appose sa signature, doit être protégé contre les conséquences de son geste (Carbonnier, 2000 citant les articles 1108, 489, 901 et 1123 du Code civil).

1.3.2.1.2 Les faits dommageables :

Nous suivons ici les principes généraux qui régissent l'incapacité des majeurs. Le législateur exclue la responsabilité pénale mais maintient la responsabilité civile dans un esprit de réparation et de protection des victimes de la faute.

1.3.2.2 L'exercice de la protection

La nullité des actes juridiques est demandée par le sujet lui-même s'il a recouvré sa lucidité ou par le tuteur ou le curateur quand un régime de protection est organisé (article 489 du Code civil).

1.3.3 Les régimes de protection

Avant de décrire les régimes de protection décrits par le Code civil, il convient de présenter au préalable les régimes de protection, prévus dans le code de la santé publique (articles L.326 à 355 du code de la santé publique), et auxquels nous pouvons être confrontés en odontologie.

1.3.3.1 Les régimes de protection dans le Code de la santé publique :

1.3.3.1.1 Hospitalisation d'office :

Cette mesure est appliquée quand un individu met en danger l'ordre public, la sécurité des personnes ou sa propre sécurité. L'hospitalisation d'office est décidée par arrêté préfectoral, basé sur un rapport médical circonstancié, qui doit être confirmé dans les vingt-quatre heures suivant l'admission par un certificat d'un psychiatre de l'établissement où le sujet est placé.

1.3.3.1.2 Hospitalisation sur demande d'un tiers :

Dans ce cadre, l'hospitalisation est demandée par la famille ou l'entourage de l'individu dont l'état de santé mentale impose une surveillance en milieu hospitalier. La demande d'admission doit être manuscrite, signée par un proche du malade, appuyée par deux certificats médicaux récents et circonstanciés.

1.3.3.2 La sauvegarde de justice

1.3.3.2.1 Définitions :

La sauvegarde de justice est le plus léger des régimes de protection prévus par le code civil.

Le majeur qui a besoin d'être protégé temporairement dans les actes de la vie civile peut être placé sous sauvegarde de justice (articles 490, 491 du Code civil et 1236 du Nouveau Code de procédure civile).

1.3.3.2.2 Procédure de placement (article 491-1 du Code civil) :

En dehors de toute procédure, le placement sous la sauvegarde de justice résulte de la déclaration au procureur de la République faite par le médecin traitant, et accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre ; lorsque l'individu est soigné dans un établissement de soins, un médecin du dit établissement fait la déclaration au procureur de la République, qui informe à son tour le préfet.

Au cours d'une procédure de tutelle ou de curatelle, le juge des tutelles peut décider de placer le sujet sous sauvegarde de justice.

1.3.3.2.3 Conséquences de la mise en place d'une sauvegarde de justice :

Le majeur sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits : il n'est donc pas incapable. Néanmoins, ses actes et ses engagements peuvent être rescindés, c'est-à-dire annulés, ou réduits (articles 489 et 491-1 du Code civil). Le sujet peut conclure le contrat médical (Chastant-Morand et Nossintchouk, 2001).

Un mandataire peut être désigné pour administrer ses biens et son patrimoine.

La sauvegarde de justice cesse lorsque les circonstances qui ont nécessité sa mise en place n'existent plus, lorsqu'une tutelle ou une curatelle est ouverte, lorsque le procureur de la République exerce un contrôle et juge qu'un renouvellement serait abusif.

1.3.3.3 La tutelle

1.3.3.3.1 Définitions :

La tutelle est le plus rigoureux des régimes de protection des personnes : l'individu est interdit civilement (Béry, 1990).

La tutelle est ouverte quand un majeur a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile (article 490 du Code civil).

1.3.3.3.2 Mise en œuvre de la procédure (articles 493 du Code civil et 1243 du Nouveau Code de procédure pénale) :

L'altération des facultés mentales ou corporelles est constatée par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République.

Une requête, énonçant les faits tenant lieu d'explication, est faite auprès du juge des tutelles par le majeur à protéger, son conjoint, ses ascendants, ses descendants, ses frères et sœurs, le curateur ou le ministère public.

Le juge des tutelles reçoit le majeur concerné si cette démarche ne risque pas de le perturber, puis transmet le dossier au parquet. Le jugement est ensuite notifié à l'individu dans la mesure où son état le permet. Un recours auprès du tribunal de grande instance est possible dans les quinze jours suivant la décision.

1.3.3.3.3 Conséquences d'un placement sous tutelle :

Les règles de la tutelle des mineurs s'appliquent (article 1243 du Nouveau Code de procédure civile).

La tutelle est déferée à un proche ou à une personne morale (article 496 du Code civil).

Le médecin traitant ne peut être tuteur du malade.

Ni l'établissement qui accueille le malade, ni son personnel rémunéré ne peuvent exercer la tutelle.

Le droit d'accès au dossier médical est exercé par le tuteur : les informations sur l'état de santé du malade, les thérapeutiques appliquées, les risques encourus sont données à ce dernier (Cressard, 2003). Le malade ne peut pas conclure le contrat médical.

1.3.3.3.4 Incapacité du majeur en tutelle :

Les actes juridiques passés par le sujet après l'ouverture de la tutelle sont considérés comme nuls, de même que les actes antérieurs si l'altération des facultés de l'individu est reconnue à ce moment là.

Après consultation du médecin traitant, le juge des tutelles peut établir une liste d'actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire elle-même, soit seule, soit avec l'assistance du tuteur (article 501 du Code civil). La dérogation ne s'applique en aucun cas à l'incapacité de voter.

1.3.3.3.5 Cessation de la tutelle :

La tutelle s'arrête avec ses causes (article 507 du Code civil).

La procédure est réalisée dans les mêmes conditions que lors de l'ouverture de la tutelle.

Le majeur reprend l'exercice de ses droits dès notification de la décision.

1.3.3.4 La curatelle

1.3.3.4.1 Définitions

La curatelle est un régime de protection intermédiaire. Examinons les situations qui en relèvent.

La personne, dont les facultés mentales ou corporelles sont diminuées, « sans être hors d'état d'agir lui-même, a besoin d'être conseillée ou contrôlée dans les actes de la vie civile » (article 508 du Code civil).

L'individu qui, par sa prodigalité, son intempérance, son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales (article 508-1 du Code civil).

1.3.3.4.2 Procédure :

Les conditions sont identiques à la mise en tutelle.

1.3.3.4.3 Organisation de la curatelle (article 509 du Code civil) :

Le curateur est désigné par le juge des tutelles. Il peut s'agir du conjoint du majeur à protéger.

Les biens et le patrimoine ne sont pas gérés par le curateur car il ne représente pas le majeur mais il l'assiste.

1.3.3.4 Incapacités liées à la curatelle (articles 510, 511 du Code civil) :

Certains actes ne sont pas réalisables sans l'assistance du curateur, notamment recevoir des capitaux et les utiliser.

Le curateur a un recours auprès du juge des tutelles si la personne refuse son assistance.

Le juge des tutelles établit une liste des actes que l'individu en curatelle peut réaliser seul, après avis du médecin traitant. Notons que ce majeur peut conclure le contrat médical (Chastant-Morand et Nossintchouk, 2001).

Lorsque le majeur en curatelle a effectué un acte sans l'assistance du curateur, ce dernier peut demander au juge la nullité des actes, qui sera ou non accordée.

La curatelle prend fin dans les mêmes règles que la tutelle.

Difficultés liées au consentement chez le
patient incapable, rencontrées en pratique
clinique

2. DIFFICULTES LIEES AU CONSENTEMENT CHEZ LE PATIENT INCAPABLE RENCONTREES EN PRATIQUE CLINIQUE

Le consentement du patient est à la base du contrat de soins. Certes, il s'agit d'un lien de nature juridique ; mais sa mise en pratique se révélerait impossible sans une relation de confiance ; qui est depuis toujours le fondement du colloque singulier qui s'instaure entre le praticien et le malade.

Les lois, les règles existent...Elles ne suffisent pas à elles seules à traduire la complexité de l'exercice clinique et la nécessité de reconduire tacitement le consentement du patient tout au long des soins.

Nous allons tenter de présenter chronologiquement les difficultés qui peuvent être rencontrées dans la pratique odontologique. Elles sont exacerbées chez l'incapable, qu'il soit majeur ou mineur, mais elles n'en sont pas pour autant spécifiques. Nous verrons le cheminement du patient et de son praticien à travers une étape clef, le premier entretien clinique, puis les différents aspects de l'odontologie, en étant conscient qu'il nous sera difficile d'être exhaustif dans chacune des disciplines évoquées, enfin nous aborderons quelques questions délicates dans la relation de soins.

2.1 Le premier entretien clinique

Le premier contact est déterminant pour tout patient car il contribue à établir une relation de confiance, sans laquelle les soins sont impossibles. Cela est donc d'autant plus important lorsque nous avons affaire à un patient incapable, qu'il soit majeur ou mineur. En effet, le malade est fragile, par sa jeunesse, sa psychologie ou son contexte médical. Par ailleurs, le patient incapable est le plus souvent accompagné. Le colloque singulier devient ainsi un entretien à trois interlocuteurs dont il est nécessaire de tenir compte.

2.1.1 Motifs de consultation

2.1.1.1 Consultation à la demande du patient :

Le patient peut souhaiter consulter pour de multiples raisons : bilan, demande esthétique, inconfort, douleur, problème fonctionnel, traumatismes, ... La douleur reste aujourd'hui la première des motivations (Ruel-Kelermann, 1989).

Le premier entretien clinique est déterminant pour la suite des soins. Dans une situation d'urgence, le praticien doit d'emblée prouver sa disponibilité en réalisant le geste salvateur et en créant un climat de confiance (Nossintchouk, 1998).

2.1.1.2 Consultation à la demande de l'accompagnant

Cette situation nous paraît délicate. Le patient est conduit chez un praticien choisi par un tiers, sans qu'il ne se sente malade, sans qu'il n'ait mal. L'odontologiste est associé à la peur, à l'intrusion dans la bouche, à l'agression, à l'atteinte à l'intégrité corporelle (Ruel-Kelermann, 1989). Le patient, d'autant plus s'il s'agit d'un enfant, se sent en position de vulnérabilité sur le fauteuil dentaire (Théry-Hugly et Todorova, 1998).

2.1.2 Interrogatoire

2.1.2.1 Interrogatoire adapté à la personnalité de chacun

Le langage est adapté au patient et à l'accompagnant. Les mots employés sont simples et non simplistes, et le praticien veille à ne pas mentir, ce qui compliquerait cette relation triangulaire (Nossintchouk, 1998). Il tient compte des insuffisances du patient : handicap ou altérations physiques liées à l'âge (Berteretche, 2001).

2.1.2.2 Aspect psychologique de l'abord du patient

Nous ne pouvons détailler dans ce travail la psychologie de la relation de soins en fonction du type de patient et du développement psychologique de celui-ci. Nous retiendrons que c'est un élément dont il est indispensable de tenir compte, en gardant à l'esprit que la relation de soins est toujours susceptible de devenir une situation à

risque, basculant vers l'hostilité et l'agressivité. Le praticien doit s'efforcer de garder le contrôle, la maîtrise du patient en faisant preuve de respect; de sincérité et d'empathie (Vannoti, 1997).

2.1.3 Constitution du dossier

Les éléments de l'état civil et les informations propres à l'incapacité du patient sont recueillies (Dossiers de l'ADF, 1999). Il est important de cerner le contexte familial du mineur ou le cadre juridique du majeur incapable.

2.1.3.1 Dossier médical global [Dossiers de l'ADF (1999), Roche (1996), Cavaillon (1988), Nossintchouk (1998)] :

L'odontologiste sera attentif aux pathologies pulmonaires, cardio-vasculaires, néphrologiques, hépatiques, hématologiques, neurologiques et systémiques. Il se renseignera sur les traitements médicamenteux et prendra contact par courrier avec les médecins du malade. Prendre des risques dans la pratique quotidienne, en méconnaissant les pathologies et les médicaments du patient, peut mettre en jeu la responsabilité du praticien.

2.1.3.2 Dossier odontologique [Dossiers de l'ADF (1999), Nossintchouk (1998)] :

Il présente l'anamnèse des traitements antérieurs, les radiographies réalisées, les moulages d'étude, les photos cliniques... et le plan de traitement à venir.

2.1.4 Examens complémentaires [Nossintchouk, (1998), Cavezian et coll. (1993)]

Ces examens effectués par l'odontologiste ou par un autre spécialiste, doivent être expliqués au patient et à l'accompagnant pour qu'ils en perçoivent l'utilité.

2.1.4.1 Imagerie

Ces examens sont réalisés pour orienter le diagnostic, faire en sorte que le dossier du patient soit le plus complet possible afin de minimiser les risques conflictuels avec le patient et le tiers qui l'accompagne. Ils font partie de l'obligation de moyens demandée au chirurgien-dentiste.

Ils comportent :

- Les examens radiographiques pratiqués au cabinet dentaire ou chez le radiologue
- L'échographie
- Le scanner
- ...

2.1.4.2 Bilans sanguins

- Formule sanguine
- Vitesse de sédimentation
- Exploration de la coagulation
- Examens sérologiques

2.1.5 Conduite à tenir

2.1.5.1 Thérapeutique :

Un geste ou une prescription appropriée est pratiquée (Nossintchouk, 1998).

2.1.5.2 Communication :

La communication tient compte de la présence probable de trois intervenants, donc de trois personnalités différentes, ce qui complique la relation soignant-soigné : un patient incapable mineur, majeur, plus ou moins vulnérable..., l'accompagnant parent ou non du patient, et l'odontologiste.

Il semble indispensable d'établir une communication verbale qui permettra au patient d'être un acteur de la relation de soins et donc de s'épanouir au sein de celle-ci. Une communication non verbale, liée à l'environnement, au décor, au comportement du praticien, à sa gestuelle, aux expressions de son visage, est aussi importante pour contribuer à créer un climat de confiance, d'écoute, de respect, d'empathie, de coopération [Théry-Hugly et Todorova (1998), Ruell-Kelermann (1989)].

2.1.5.3 Cibler le patient d'une part, l'accompagnant d'autre part (psychologiquement, médicalement) :

- Le patient : âge incapacité handicap besoin de protection...
- L'accompagnant : liens avec le patient, personnalité, expérience dentaire, relation aux soins.

2.1.5.4 Dépendance :

Le praticien peut être confronté à des malades autonomes, dépendants moteurs ou dépendants médicalement et nécessitant des soins constants. L'odontologiste se doit d'adapter son matériel technique et ses thérapeutiques (Berteretche, 2001).

2.2 Les différentes disciplines cliniques

Le premier contact avec le patient est établi. Il reste au praticien à entretenir le consentement de celui-ci, à le faire adhérer à sa thérapeutique à long terme, et ceci dans les divers aspects que revêt l'odontologie.

2.2.1 L'odontologie conservatrice et l'endodontie :

En faisant le compte-rendu du troisième congrès international d'endodontie, qui a eu lieu en 1996, Bohin et Cumier ont rapporté les principales conclusions concernant la responsabilité en endodontie. Ils insistent sur les plaintes des patients : ingestion des instruments (faute grave sur le plan juridique), conséquences des anesthésies et coupures des muqueuses. Cela implique d'informer complètement le malade, d'utiliser les moyens adéquats, de ne pas sur-traiter. Ces conseils sont d'autant plus vrais que nous avons à faire à un patient incapable. Nossintchouk et Sauveur précisent qu'en chirurgie endodontique, l'odontologiste doit fixer ses propres limites ainsi que celles du patient.

2.2.2 La parodontologie :

La parodontologie représente un aspect délicat de l'odontologie dans la mesure où les protocoles thérapeutiques peuvent sembler rébarbatifs au patient. Aucun résultat ne sera possible sans une information du patient, sa motivation et sa coopération. Il semble que la parodontologie soit la discipline où le consentement du malade est le plus difficile à obtenir (Dossiers de l'ADF, 1999).

2.2.3 La chirurgie buccale :

En chirurgie buccale, il est important de présenter l'environnement qui sera celui de l'intervention et d'exposer les éventuelles complications opératoires au patient et à l'accompagnant. Le praticien doit tenir compte de ce que le patient peut assimiler psychiquement (Mommaerts et coll. 1991).

2.2.4 La prothèse [Lemeillet (1990), Nossintchouk (1998)] :

Le domaine prothétique présente, plus que tout autre, un risque de recours en responsabilité au motif d'insuccès thérapeutique.

Les raisons sont nombreuses :

- Existence de différents plans de traitement pour une même situation clinique
- Emploi de divers matériaux
- Impérieuse nécessité d'une coopération du patient qui devra faire des efforts d'adaptation à sa prothèse
- Coût du traitement
- Psychologie du patient
- ...

Tout défaut de consentement se traduira souvent par une poursuite du praticien. Une information écrite sous forme de mode d'emploi de la prothèse et de méthode d'entretien est conseillée (Muller-Bolla et Béry, 2001).

chirurgien-dentiste doit observer rigoureusement un principe de base de l'exercice médical : « *Primum non nocere.* ».

Dans la pratique quotidienne un consentement écrit est demandé. Ce type de document ne permet pas d'éviter tous les conflits, mais les limite et matérialise l'information à donner au patient (Dossiers de l'ADF, 1999).

2.2.7 L'odontologie cosmétique :

Nous signalons ici des techniques à visée strictement esthétique, telles que le blanchiment. Un dialogue doit s'instaurer entre le praticien et le patient afin que celui-ci soit en mesure de donner un consentement libre et éclairé (Sanciaux et coll., 1993).

2.2.8 L'odontologie du sport

L'odontologie du sport semble en plein essor. L'odontologiste a pour mission de prévenir ses patients des risques encourus en fonction des sports pratiqués et de proposer les moyens de protection adéquats (Machen et Machen, 2000). Notons que ces thérapeutiques n'apparaissent pas à la nomenclature. Lamendin et coll. veulent attirer l'attention du chirurgien-dentiste sur la prévention du dopage volontaire ou involontaire. Dans notre propos, l'odontologie du sport concerne avant tout le mineur.

2.3 Aspects délicats de la relation de soins

2.3.1 Les honoraires- Le devis :

2.3.1.2 Les honoraires : définition

- Selon Littré : rétribution qu'on donne pour leur service à ceux qui exercent une profession qualifiée d'honorable, tels que les prêtres, les avocats, les médecins.
- Les honoraires sont une conséquence du contrat de soins, consenti à titre « onéreux » (Nossintchouk, 1998).

2.3.1.2 La réglementation

- La Convention nationale en vigueur prévoit que le devis doit être signé par le praticien et l'assuré, ici le patient ou son représentant légal, et doit mentionner le base de remboursement des organismes sociaux (Chocque, 2001).
- Le Code de déontologie des chirurgiens-dentistes stipule :
Article 33 : Le chirurgien dentiste doit toujours déterminer le montant de ses honoraires avec tact et mesure.
Les éléments d'appréciation sont, indépendamment de l'importance et de la difficulté des soins, la situation matérielle du patient, la notoriété du praticien et les circonstances particulières.

Le chirurgien dentiste est libre de donner gratuitement des soins. Mais il lui est interdit d'abaisser ses honoraires dans un but de détournement de la clientèle.

Le chirurgien dentiste n'est jamais en droit de refuser à son patient des explications sur le montant de ses honoraires.

Il ne peut solliciter un acompte que lorsque l'importance des soins le justifie et en se conformant aux usages de la profession. Il ne peut refuser d'établir un reçu pour tout versement d'acompte.

Aucun mode particulier de versement ne peut être imposé aux patients.

Lorsque le chirurgien dentiste est conduit à proposer un traitement d'un coût élevé, il établit au préalable un devis écrit qu'il remet à son patient.

Nossintchouk retient deux aspects :

- La règle du tact et mesure : prendre en considération la complexité du traitement, les techniques, les matériaux, le savoir du praticien, la situation médicale, juridique et financière du patient.
- La nécessité d'établir un devis lors de la proposition d'un plan de traitement coûteux.

Les articles suivants du Code de déontologie des chirurgiens-dentistes complètent l'article 33 :

Article 34 : La consultation entre le chirurgien-dentiste traitant et un médecin ou un autre chirurgien-dentiste justifie des honoraires distincts.

Article 35 : La présence du chirurgien-dentiste traitant à une opération chirurgicale lui donne droit à des honoraires distincts mais au cas seulement où cette présence a été demandée ou acceptée par le patient ou sa famille.

Article 36 : Tout partage d'honoraires entre chirurgiens-dentistes et praticiens à quelque discipline médicale qu'ils appartiennent est formellement interdit.

Chaque praticien doit demander ses honoraires personnels.

L'acceptation, la sollicitation ou l'offre d'un partage d'honoraires, même non suivi d'effet, constitue une faute professionnelle grave.

La distribution des dividendes entre les membres d'une société d'exercice ne constitue pas un partage d'honoraires prohibé.

Article 37 : Le choix des assistants, aides opératoires ou anesthésistes ne peut être imposé au chirurgien-dentiste traitant.

Chacun des médecins ou chirurgiens-dentistes intervenant à ce titre doit présenter directement sa note d'honoraires.

Nossintchouk constate que les différends à propos des honoraires sont fréquents et revient sur l'importance du consentement, non seulement à la thérapeutique, mais aussi à son prix.

Article 28 : Le chirurgien-dentiste doit mettre son patient en mesure d'obtenir les avantages sociaux auxquels son état lui donne droit, sans céder à aucune demande abusive.

Les différentes conventions nationales conclues avec les organismes sociaux ont prévu l'obligation de fournir un devis sur les traitements faisant l'objet de dépassement d'honoraires (Chocque, 2001).

Chocque retient que le devis satisfait à l'obligation contractuelle d'information et à l'obligation conventionnelle.

Les contentieux naissent en situation d'échec esthétique, fonctionnel...(Nossintchouk, 1998). La polémique est susceptible de naître dès lors que plusieurs plans de traitement sont envisageables, et que le patient n'a pas les moyens de s'offrir le meilleur, ou que sa famille se voit contrainte à financer le traitement.

Les liens entre l'argent et la santé sont complexes. Le paiement de l'acte est sain puisqu'il annule le déséquilibre entre le praticien qui a le pouvoir et le patient « infantilisé » (Théry-Hugly et Todorova, 1998).

2.3.2 La gestion, la prévention des conflits praticien-patient

2.3.2.1 S'efforcer d'éviter tout préjugé

Le patient ressent la façon dont il est perçu et adapte son attitude : le praticien essaie d'adopter une écoute empathique, sans affectivité ni jugement de sa part (Dossiers de l'ADF, 1999).

2.3.2.2 Demande du patient

La demande du patient peut être possible ou impossible. Lorsque celle-ci n'est pas réalisable, le patient peut faire preuve d'incompréhension devant le refus du praticien (Théry-Hugly et Todoreva, 1998). Le patient n'accepte pas toujours un schéma corporel qui se modifie.

2.3.2.3 Inégalité soignant-soigné

La relation d'inégalité entre le soignant, qui détient la connaissance, et le soigné, qui ne sait pas, est inévitable. Ceci est d'autant plus vrai dans le domaine très particulier de la cavité buccale, qui présente une spécificité psycho-émotionnelle (Ruell-Kelermann, 1989).

La relation de soins triangulaire complique ces rapports.

2.3.2.4 Prise en compte de la personnalité propre du malade

Certains patients sont susceptibles de poser plus de problèmes relationnels [Théry-Hugly et Todoreva (1998), Ruel-Kelermann (1989), Vannoti (1997)].

- L'enfant n'est pas un « adulte en miniature » : l'aspect psychologique ne sera pas développé dans ce travail.

- L'adolescent est: en train de construire son identité, en s'opposant au monde des adultes, à l'autorité parentale (refus des soins et de l'hygiène) ; l'odontologiste se doit de respecter la personnalité propre du mineur.
- Patient âgé vulnérable présentant une incapacité de fait : son autonomie est menacée et le malade a des difficultés à se rendre compte de ce qui ne va pas (idem déshydratation).
- Patient présentant une psychopathologie : des renseignements sur la pathologie sont nécessaires ; demander l'expérience du psychiatre pour adapter son comportement à chaque pathologie.

Dans ces situations à risque, la tenue des dossiers doit particulièrement être soignée. Le praticien ne peut pas se contredire ni refuser une explication (Nossintchouk, 1998).

2.3.3 Particularités liées à l'âge ou aux pathologies dans le cas de l'incapable majeur

2.3.3.1 L'âge [Berteretche (2001), Ruel-Kelermenn (1989), Jones (2000)]

En France, l'espérance de vie est parmi les plus élevées du monde : 72,5 ans pour les hommes et 82,7 ans pour les femmes en 2001. Le vieillissement s'accompagne d'un ralentissement physiologique, de l'apparition de polypathologies et donc de polymédication. L'autonomie des patients diminue et les approches thérapeutiques doivent changer. Les atteintes ophtalmologiques et arthrosiques sont responsables d'une dégradation de l'hygiène buccale. Le praticien doit informer et

adapter ses techniques au patient. Se surajoutent une malnutrition, des épisodes dépressifs. Les patients dépendants ne consultent pas. Le rôle de l'entourage et de l'établissement d'accueil de long séjour est essentiel. Le chirurgien-dentiste doit tenir compte des besoins évidents du patient et des désirs de la famille, l'adéquation est parfois difficile à obtenir.

Les traits de caractère du patient s'accroissent avec le temps. Il perd ses capacités d'adaptation. Le rôle du personnel hospitalier est important dans le maintien de l'hygiène et de la fonction.

Dans les démences d'Alzheimer des protocoles de modification des thérapeutiques et d'hygiène existent.

2.3.3.2 Le handicap

Si le handicap est lourd, il est préférable de s'adresser à un service odontologique spécialisé (Hennequin, 1998).

Le consentement du patient incapable en
odontologie

3. LE CONSENTEMENT DU PATIENT INCAPABLE EN ODONTOLOGIE

Après avoir évoqué le cadre juridique de l'incapacité et les difficultés que pose le consentement du patient en pratique clinique, nous allons tenter d'établir une conduite à tenir pour chaque type d'incapacité.

3.1 Les mineurs

3.1.1 Les mineurs non discernant

3.1.1.1 Rappels

Il s'agit du jeune enfant présentant une incapacité d'exercice totale. Il ne conclut jamais le contrat médical.

3.2.1.2 Modalités d'application (Béry, 1990)

Le praticien demande le consentement du titulaire de l'autorité parentale, auquel le législateur confère le devoir de « protéger la santé de l'enfant » (Code civil, article L.371-2). Le consentement est soit exprimé par écrit, soit implicite par la présence du titulaire de l'autorité parentale au cours des soins. La détermination des titulaires dépend du contexte familial.

- Enfant évoluant dans une famille dite légitime, c'est-à-dire dont les parents sont mariés :

Les deux parents sont détenteurs de l'autorité parentale. Le chirurgien-dentiste n'est pas obligé de recueillir le consentement conjoint des deux parents car la loi considère que le parent qui donne son consentement le fait avec l'accord du second. Seul un acte grave, notamment chirurgical, exige l'accord des deux parents. L'odontologie ne semble pas entrer dans ce cadre.

En cas de décès d'un des parents, l'autorité parentale est exercée par le survivant, qui pourra consentir aux soins.

- Enfant dont les parents sont séparés ou divorcés :

Le juge peut attribuer l'autorité parentale à un des parents ou aux deux parents. Si l'autorité parentale est exercée en commun, le consentement est donné par le parent présent, supposé agir avec l'accord de l'autre parent. Si le juge a confié l'autorité parentale à un des deux parents, seul ce dernier est en mesure de donner son consentement.

- Enfant issu d'une famille dite naturelle, c'est-à-dire dont les parents ne sont pas mariés (union libre, famille monoparentale...) :

L'autorité parentale est exercée par le ou les parents qui se sont déclarés. Le praticien demandera le consentement du parent détenteur de l'autorité parentale ou de la mère de l'enfant si l'enfant a été reconnu par ses deux parents (Code civil, article 374).

- Enfant adoptif :

Le représentant légal propre à donner son consentement est le ou les adoptants.

- Enfant sous tutelle :

Le tuteur exerce le consentement.

3.1.2 Les mineurs discernant

3.1.2.1 Rappels

Le mineur discernant est un grand enfant ou un adolescent, présentant une volonté, mais déclaré incapable par le législateur.

3.1.2.1 Modalités d'application

Les différents cas de figure de la situation de famille restent identiques et par conséquent, les principes généraux du consentement demeurent valables.

Le nouveau dispositif législatif reconnaît une autonomie au mineur en soulignant le fait que son consentement doit être systématiquement recherché dès lors qu'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la prise de décision. Par ailleurs, le praticien peut se dispenser d'obtenir le consentement des titulaires de l'autorité parentale quand le mineur s'y oppose afin de garder le secret sur son état de santé.

3.1.3 Cas d'urgence

L'odontologiste peut parfois se voir dispensé d'obtenir l'accord de l'autorité parentale : en cas d'urgence et en présence d'un enfant en internat. C'est ce qu'exprime le Code de déontologie des chirurgiens-dentistes.

Article 29-1 : Lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement du représentant légal d'un mineur ou autre incapable, le chirurgien-dentiste doit néanmoins, en cas d'urgence, donner les soins qu'il estime nécessaires.

Article 30 : Hors les cas prévus à l'article 29-1, le chirurgien-dentiste attaché à un établissement comportant le régime de l'internat doit, en présence d'une affection grave, faire avertir le représentant légal du patient et accepter ou provoquer, s'il le juge utile, la consultation du praticien désigné par le patient ou son représentant légal.

De plus, si le praticien estime que les intérêts de l'enfant ne sont pas protégés, que sa santé bucco-dentaire est compromise, ce qui peut avoir de lourdes répercussions sur son avenir, il est en mesure d'aviser le procureur de la république (Code civil, article 375, confirmé par les dernières dispositions légales).

D'après la loi du 4 mars 2002, les mineurs de plus de seize ans, en rupture avec leur famille peuvent bénéficier de la couverture maladie universelle (CMU) et sont totalement autonomes en ce qui concerne le consentement.

3.1.4 Les mineurs émancipés

L'émancipation est une anticipation de la majorité, prononcée par le juge des tutelles. Les mineurs émancipés ne sont plus considérés par la loi comme incapables de droit. Ils sont donc en droit de donner leur consentement au praticien.

3.2 Les majeurs protégés

3.2.1 Le majeur sous sauvegarde de justice

3.2.1.1 Rappels :

Le patient sous sauvegarde de justice peut conclure seul le contrat médical car il conserve l'exercice de ses droits, mais ce contrat peut être rescindé par mesure de protection du sujet (Chastant-Morand et Nossintchouk, 2001).

Pour Chastant-Morand, les tribunaux prennent en considération « la fortune de la personne protégée, la bonne ou la mauvaise foi de ceux qui auront traité avec elle, l'utilité ou l'inutilité de l'opération ».

3.2.1.2 Modalités d'application :

Le consentement du patient sous sauvegarde de justice s'exercera dans les mêmes conditions que pour tout patient capable. Il demeure un majeur protégé ; l'odontologiste se doit de tenir compte de son éventuelle fragilité et ne saurait profiter d'un climat de confiance pour solliciter, par exemple, des honoraires abusifs. D'ailleurs ceux-ci seraient annulés (Chastant-Morand et Nossintchouk, 2001). Le système en vigueur au CSERD (Centre de soins et de recherche dentaires) du CHU de Nantes semble en mesure de protéger le patient, tous les tarifs étant visés par l'administration.

3.2.2 Le majeur sous tutelle

3.2.2.1 Rappels :

Le majeur sous tutelle doit être représenté d'une manière continue dans tous les actes de la vie civile. Dans le cadre du contrat de soins, le contractant sera le représentant légal du patient, c'est-à-dire son tuteur.

3.2.2.2 Modalités d'application [Cressard (2003), Chocque et Le Breton (2001)]

Les informations sur l'état de santé du malade, les thérapeutiques choisies et les risques éventuels sont données au tuteur. Le praticien donne au patient une information adaptée à ses facultés de discernement. Le droit d'accès au dossier est exercé par le tuteur. Le devis éventuel est signé par le tuteur.

Le consentement est donné par le tuteur, mais d'après la loi du 4 mars 2002, le consentement du patient majeur incapable doit être systématiquement recherché. Il convient de prendre en considération sa personnalité propre, en gardant à l'esprit les altérations de ses facultés mentales ou corporelles, entraînant une difficulté à exprimer sa volonté et justifiant les mesures de protection établies. La loi instaure donc un nouveau droit à l'information médicale où l'incapable participe à la prise de décision, où son accord est nécessaire.

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malade a pour ambition de rapprocher les droits de l'incapable de ceux du capable, mais elle ne prévoit aucune disposition en cas de refus de soin. Le praticien devra sous sa propre responsabilité, et

en accord avec le tuteur, prendre les décisions qu'il estimera nécessaires pour le maintien de l'intégrité physique et psychique de l'individu.

Rappelons les consignes du Code de déontologie du chirurgien-dentiste, qui aborde le thème de l'incapacité à travers le thème de l'urgence et le cas du praticien rattaché à un établissement fonctionnant sous le régime de l'internat :

Article 29-1 : Lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement du représentant légal d'un mineur ou autre incapable, le chirurgien-dentiste doit néanmoins, en cas d'urgence, donner les soins qu'il estime nécessaires.

Article 30 : Hors les cas prévus à l'article 29-1, le chirurgien-dentiste attaché à un établissement comportant le régime de l'internat doit, en présence d'une affection grave, faire avertir le représentant légal du patient et accepter ou provoquer, s'il le juge utile, la consultation du praticien désigné par le patient ou son représentant légal.

3.2.3 Le majeur sous curatelle

3.2.3.1 Rappels

Le patient placé sous curatelle a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans tous les actes de la vie civile. Il peut conclure seul le contrat médical.

3.2.3.2 Modalités d'application

Nous retrouvons des conditions identiques à celles du patient sous sauvegarde de justice. Le consentement du malade sera identique au consentement d'un sujet

capable de droit. Dans un but de protection du patient, le curateur, représentant légal, peut contester des honoraires ou travaux excessifs et demander leur annulation (Chastant-Morand et Nossintchouk, 2001).

3.2.4 Le majeur incapable de fait [Chastant-Morand et Nossintchouk (2001), Chocque et Le Breton (2001), Cressard (2003), Mémeteau (1996), Cormier (2002), Castelletta (2002)]

3.2.4.1 Personnes hors d'état d'exprimer leur volonté

Il est impossible d'en dresser une liste exhaustive. Citons les patients dans le coma, amnésiques, présentant des troubles physiques ou psychiques consécutifs à une maladie (fièvre, par exemple), ou à un accident, les hospitalisés d'office ou à la demande d'un tiers.

Jusqu'à mars 2002, la jurisprudence faisait appel à la notion de « protecteur naturel » du majeur non incapable en droit mais incapable en fait. Dans l'ordre, on reconnaît le conjoint, les descendants, puis les ascendants. Toutefois, il peut s'agir d'un étranger à la famille proche du patient. Le comportement, l'attitude du praticien ne peuvent en aucun cas être codifiées : il faudra faire preuve d'une grande prudence.

En pratique, le consentement sera demandé au protecteur naturel. En cas d'avis contraires, le praticien sera seul à prendre une décision.

La loi du 4 mars 2002 introduit la notion de personne de confiance : « Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un proche, un parent ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette

désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

Lors de toute hospitalisation dans un établissement, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci. »

3.2.4.2 Cas limites

Il s'agit de patients présentant une fragilité, liée à l'âge (personne âgée vulnérable), à un état spécifique (dépendance à un toxique...), ou à une pathologie. Ces malades ne sont pas pour autant des malades mentaux, menacés de mort prochaine. L'odontologiste se doit d'assurer leur protection en tenant compte de leur comportement et des moments où ils manquent de lucidité. Dans ces conditions, même si le patient donne son consentement, il pourrait être remis en cause si le praticien en abusait.

Conformément à la loi du 4 mars 2002, la désignation d'une personne de confiance est possible.

3.2.5 Cas particulier des étrangers ne maîtrisant pas notre langue (Chiodo et Tolle, 1997)

Nous sortons de la question du consentement du patient incapable. Là encore, le praticien doit veiller à protéger au mieux le patient. Les auteurs américains confrontés à la diversité de la population émigrée, posent le problème : les incompréhensions réciproques sont fréquentes, l'information est difficile à donner au malade ; par ailleurs, la présence d'interprètes est utile, même si elle contribue à rompre la confidentialité des soins.

3.3 Tableaux récapitulatifs des modalités de consentement du patient incapable en odontologie, selon le type d'incapacité

Incapacités juridiques	Consentement	Spécificités
Mineurs		
<i>Mineurs non discernant (jeune enfant)</i>	Consentement donné par écrit ou par la présence du représentant légal	
- Parents mariés	- un des deux parents pour un acte bénin les deux parents pour un acte grave (rare en odontologie)	<i>Information appropriée à l'âge de l'enfant</i>
- Parents séparés ou divorcés	- le seul parent détenteur de l'autorité parentale - ou si l'autorité parentale est commune, l'un des deux pour un acte bénin les deux parents pour un acte grave	
- Parents non mariés	- le parent déclaré ; la mère en priorité si les deux parents ont reconnu l'enfant	
- Parents adoptifs	- le ou un des deux adoptants, selon les mêmes règles que pour tous les parents exerçant en commun l'autorité parentale	
- Tutelle	- le tuteur	

<i>Mineur discernant (grand enfant, adolescent)</i>	Consentement donné par écrit ou par la présence du représentant légal	
- Parents mariés	- un des deux parents dans les actes courants d'odontologie	<i>Le mineur participe à la décision</i>
- Parents séparés ou divorcés	- le parent détenteur de l'autorité parentale ou l'un des deux si le juge leur a attribué	<i>Son consentement est recherché</i>
- Parents non mariés	- le parent déclaré ; la mère en priorité si les deux parents ont reconnu l'enfant	<i>Le mineur peut vouloir garder le secret sur son état de santé</i>
- Parents adoptifs	- le ou un des deux adoptants dans les mêmes conditions que précédemment	<i>Le praticien se dispense alors du consentement des titulaires de l'autorité parentale</i>
- Tutelle	- le tuteur	
<i>En cas d'urgence</i>	<i>Information du procureur de la république</i>	
<i>Mineur de plus de seize ans en rupture avec leur famille</i>	Autonomie du patient quant au consentement	
<i>Mineur émancipé</i>	Autonomie du patient quant au consentement Si doute, vérifier la décision d'émancipation du juge des tutelles	

Incapacités juridiques	Consentement	Spécificités
Majeurs incapables		
<p><i>Majeurs incapables de droit</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - sauvegarde de justice - curatelle 	<ul style="list-style-type: none"> - le patient donne son consentement médical ; il ne signe pas de devis - le patient donne son consentement médical ; il ne signe pas de devis 	<p><i>En cas d'abus du praticien les décisions sont annulées</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> - tutelle 	<ul style="list-style-type: none"> - le tuteur donne son consentement médical et signe les devis 	<p><i>Une information adaptée est donnée. Le consentement du patient est recherché. En cas de refus de soins le praticien prend ses responsabilités.</i></p>
<p><i>Majeurs incapables de fait</i></p>	<p>Le consentement est donné par un proche ou une personne de confiance désignée auparavant par écrit par le patient</p>	<p><i>Une information adaptée est donnée, si possible.</i></p>

Conclusion

Conclusion

L'exercice médical a considérablement évolué depuis une cinquantaine d'années. Le paternalisme a disparu et le patient est devenu un acteur à part entière de la prise en charge de sa santé. Le principe du consentement est aujourd'hui indissociable du contrat médical. Le droit médical encadre de plus en plus la pratique quotidienne. Il est cependant difficile au législateur de codifier les relations praticien-patient, qui demeurent des relations humaines. Le contrat médical doit avant tout demeurer un contrat de confiance.

Le cadre juridique des incapacités est parfaitement défini. Les modalités du consentement du malade incapable sont bien réglementées. Quelles qu'elles soient, l'odontologiste devra veiller au respect du patient, en l'informant, en lui expliquant ce qu'il fait, en restant à sa portée. La protection de l'individu est à la base de tout. Aussi, laissons la conclusion à Kant : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen. ».

REFERENCES

BIBLIOGRAPHIQUES

1. **ANAES**
Information des patients. Recommandations destinées aux médecins.
Agence Nationale d'Accréditation et d'Evaluation en Santé, Mars 2000.
2. **AUBOIRON M.**
Vers une responsabilité orthodontique.
Inf Dent 1990;4:229-234.
3. **BANNIER P.**
Responsabilité hospitalière.
Actual Odontostomatol (Paris) 2002;218:165-171.
4. **BERTERETCHE MV.**
L'odontologie face au vieillissement des patients.
Chir Dent Fr 2001;1053:26-28.
5. **BERY A.**
Conditions requises pour la formation du contrat de soins.
Rev Orthop Dento Faciale 1990;24:111-117.
6. **BERY A.**
Contrat de soins: impérialisme, paternalisme, consumérisme?
Actual Odontostomatol (Paris) 2002;218:225-243.
7. **BOHIN F et CUMIER F.**
Troisième congrès international d'endodontie. Reportage.
Inf Dent 1996;39:3015-3020.
8. **CARBONNIER J.**
Droit civil. Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales.
Paris : Presses Universitaires de France, 2000.
9. **CASTELLETTA A.**
Responsabilité médicale. Droit des malades.
Paris : Dalloz, 2002.
10. **CAVAILLON JP.**
Les responsabilités en situation d'urgence au cabinet dentaire.
Chir Dent Fr 1988;429:21-22.
11. **CAVEZIAN R, PASQUET G, THIBIERGE M et CABANIS A.**
Justice et imagerie en odonto-stomatologie. De la responsabilité médicale à la radiologie maxillo-dentaire...
Actual Odontostomatol (Paris) 1993;182:313-326.
12. **CHASTANT-MORAND MC et NOSSINTCHOUK R.**
Consentement éclairé chez la personne âgée vulnérable.
Actual Odontostomatol (Paris) 2001;214:225-232.

- 13. CHIODO GT et TOLLE S.W.**
Informed consent across cultures.
Gen Dent 1997;45:421-424.
- 14. CHOCQUE JC.**
Sur le montant des honoraires : l'obligation d'information.
Chir Dent Fr 2001;1029:22-24.
- 15. CHOCQUE JC et LE BRETON D.**
Le devoir d'information : le consentement libre et éclairé du patient.
Chir Dent Fr 2001;1024/1025:20-29.
- 16. CLEMENT JM.**
Droits des Malades.
Les répercussions de la loi du 4 mars 2002 dans le champ du droit hospitalier.
Les Etudes Hospitalières , Paris, 2002.
- 17. COMMISSION DE LEGISLATION PROFESSIONNELLE DE L'ADF**
La relation patient praticien.
Dossiers de l'ADF, 1999.
- 18. CORMIER M.**
Les droits des malades dans la loi du 4 mars 2002.
Actual Dossier Sante Pub 2002;40:6-10.
- 19. COURBE P.**
Droit civil. Les personnes la famille les incapacités.
Paris : Dalloz, 2000.
- 20. CRESSARD P.**
Quelles précautions prendre quand on soigne un majeur sous tutelle ?
Bulletin de l'Ordre des médecins, mai 2003.
- 21. DEMICHEL A.**
Le droit de la santé.
Paris : Les Etudes Hospitalières, 1998.
- 22. ERNOUF GE et PELLEGRAIN V.**
Le consentement éclairé.
Chir Dent Fr 1997;865:10-15.
- 23. GIL R.**
Rentrée solennelle de l'Université de Poitiers, 1994.
- 24. HENNEQUIN M.**
Le service d'odontologie et les personnes handicapées.
Méd Hôp Publ 1998;162:11-12.

- 25. JONES J.**
New information for our special care of patients with demantia.
Spec Care Dent 2000;**20**:80-80.
- 26. LABORIER B.**
La Cour de cassation restreint le devoir d'information.
Lettre Ordre Nat Chir Dent 2000;**20**:26-27.
- 27. LAMENDIN H, NIEF L, SIMON C et BARRAULT D.**
Contrôle positif de dopage chez les sportifs : possible responsabilité des chirurgiens-
dentistes.
Chir Dent Fr 1988;416:73-77.
- 28. LEMEILLER M.**
Responsabilité et prothèse.
Actual Odontostomatol (Paris) 1990;169:79-88.
- 29. LETTRE DU CONSEIL NATIONAL**
L'impérieuse obligation d'information des patients
Eté 1999.
- 30. LETTRE DU CONSEIL NATIONAL**
L'ANAES prône l'information orale du patient.
Eté 2000.
- 31. MACHEN D et BERNSTEIN MACHEN H.**
Legal considerations in sports dentistry.
Dent Clin North Am 2000;**44**:189-207.
- 32. MEMETEAU G.**
Droit médical.
Paris : Les Cours de Droit, 1996.
- 33. MOMMAERTS M et JACOBS W.**
La lésion du nerf lingual lors de l'extraction des dents de sagesse inférieures.
Rev Belge Méd Dent 1991;**3**:27-46.
- 34. MULLER M.**
Le contrat de soins en odontologie.
Cercle Dent 2001;**10**:1-2.
- 35. MULLER-BOLLA M et BERY A.**
La preuve de l'information.
Actual Odontostomatol (Paris) 2002;217:105-108.

- 36. NOSSINTCHOUK R.**
Prévenir le risque conflictuel au cabinet dentaire.
Guide clinique.
Paris : CdP, 1998.
- 37. NOSSINTCHOUK R et SAUVEUR G.**
Chirurgie endodontique et responsabilité.
Prat Dent 1987;7:45-47.
- 38. ORDRE NATIONAL DES CHIRURGIENS-DENTISTES**
Code de déontologie des chirurgiens-dentistes.
- 39. ORDRE NATIONAL DES MEDECINS**
Code de déontologie médicale.
- 40. PAIRE C, DUPONT M, ESPER C et MUZZIN L.**
Droit hospitalier.
Paris : Dalloz, 1999.
- 41. PELLEGRAIN V.**
Responsabilité professionnelle: des précisions sur le contenu du devoir d'information;
Chir Dent Fr 2001;1056:5-6.
- 42. PIERRE J.**
Implantologie et responsabilité.
Inf Dent 1992;16:1309-1317.
- 43. QUATREHOMME G.**
Contrat de soins et responsabilités.
Cercle Dent 2001;10:2-3.
- 44. RAMEIX S.**
Fondements philosophiques de l'éthique médicale.
Paris : Ellipses, 1994.
- 45. ROCHE Y.**
Chirurgie dentaire et patients à risque.
Paris : Flammarion, 1996.
- 46. RUEL-KELERMANN M.**
La relation praticien-patient en odontologie.
Encycl Méd Chir (Paris), Odontologie, 23840-C-10, 1989, 3.
- 47. SANS AUTEUR**
Code civil.
<http://www.legifrance.gouv.fr>

48. SANS AUTEUR

Code pénal.

<http://www.legifrance.gouv.fr>

49. SANS AUTEUR

Code de la santé publique.

<http://www.legifrance.gouv.fr>

50. SANCIAUX L, JAMMET P, SOUYRIS F et SANTORO JP.

Le blanchiment des dents. Risques thérapeutiques et conséquences médico-légales.

Actual Odontostomatol (Paris) 1993;184:569-575.

51. SARGOS P.

Responsabilité civile médicale. Grandes évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Actual Odontostomatol (Paris) 2002;218:137-149.

52. TEYSSIE B.

Droit civil des personnes.

Paris : Litec, 2001.

53. THERY-HUGLY MC et TODOROVA I.

Relation praticien-patient.

Encycl Méd Chir (Paris), Odontologie, 23840-C-10, 1998, 10.

54. VANOTTI M.

Médecin-patient: une relation à risque?

Schweiz Monatschr Zahnmed 1997;107:207-222.

N°

ROY (Elisabeth).- Le consentement du patient en odontologie : cas particulier de l'incapacité de droit ou de fait.-

82 f., tabl., 30 cm,-

(Thèse : Chir. Dent. ; Nantes ; 2003 ; N°2778)

Résumé de la thèse : Le consentement du patient est une question d'actualité, aussi bien en médecine qu'en odontologie. Il importe de rappeler les bases du consentement, indissociable des notions d'information et de contrat médical. Ce travail aborde le cadre juridique des incapacités de droit ou de fait, et les difficultés liées au consentement chez le patient incapable rencontrées en pratique clinique. Des conduites à tenir, sous forme de tableaux, sont proposées pour chaque type d'incapacité.

Rubrique de classement : MEDECINE ET ODONTOLOGIE LEGALES

Mots Clés : Consentement éclairé, Législation médicale, Jurisprudence

MESH : Informed consent, Legislation, medical, Jurisprudence

Jury :
Président : Monsieur le Professeur Henri HAMEL
Assesseurs : Monsieur le Professeur Bernard GIUMELLI
Monsieur le Docteur Dominique MARION
Monsieur le Docteur Joël DENIAUD
Directeur : Monsieur le Professeur Olivier LABOUX

Adresse de l'auteur : 42, Quai Magellan
44000 Nantes