

**UNIVERSITE PAUL SABATIER-TOULOUSE III**

**FACULTÉ DE CHIRURGIE DENTAIRE**

Année : 2012

Thèse n°2012-TOU3-3058

# **T H È S E**

pour le

**DIPLÔME D'ETAT DE DOCTEUR EN CHIRURGIE DENTAIRE**

Présentée et soutenue publiquement  
par

**Stéphane OULÈS**

Le 19 Novembre 2012

## **LE CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ EN ODONTOLOGIE CHEZ LA PERSONNE VULNÉRABLE**

Directeur de thèse : **Docteur Olivier HAMEL**

### **JURY**

Professeur BAILLEUL-FORESTIER Isabelle

Président

Docteur HAMEL Olivier

Assesseur

Docteur NOIRRIT-ESCLASSAN Emmanuelle

Assesseur

Docteur DOMINÉ Sébastien

Assesseur



# FACULTÉ DE CHIRURGIE DENTAIRE

-----

## ➔ DIRECTION

### DOYEN

Mr SIXOU Michel

### ASSESEURS DU DOYEN

#### • ENSEIGNANTS :

Mme GRÉGOIRE Geneviève  
Mr CHAMPION Jean  
Mr HAMEL Olivier  
Mr POMAR Philippe

#### • PRÉSIDENTE DU COMITÉ SCIENTIFIQUE

Mme GRIMOUD Anne-Marie

#### • ÉTUDIANT :

Mr HAURET-CLOS Mathieu

### CHARGÉS DE MISSION

Mr PALOUDIER Gérard  
Mr AUTHER Alain

### RESPONSABLE ADMINISTRATIF

Mme GRAPELOUP Claude

## ➔ HONORARIAT

### DOYENS HONORAIRES

Mr LAGARRIGUE Jean  
Mr LODTER Jean-Philippe  
Mr PALOUDIER Gérard  
Mr SOULET Henri

## ➔ ÉMÉRITAT

Mr PALOUDIER Gérard

## ➔ PERSONNEL ENSEIGNANT

-----

### 56.01 PÉDODONTIE

#### Chef de la sous-section :

Professeur d'Université :

Maîtres de Conférences :

Assistants :

Chargé d'Enseignement :

#### Mr VAYSSE

Mme BAILLEUL-FORESTIER

Mme NOIRRIT-ESCLASSAN, Mr VAYSSE

Mlle BACQUÉ, Mr DOMINÉ

Mlle BACQUÉ, Mme PRINCE-AGBODJAN, Mr TOULOUSE

### 56.02 ORTHOPÉDIE DENTO-FACIALE

#### Chef de la sous-section :

#### Mr BARON

Maîtres de Conférences :

Assistants :

Chargés d'Enseignement :

Mr BARON, Mme LODTER, Mme MARCHAL-SIXOU, Mr ROTENBERG,

Mme ELICEGUI, Mme OBACH-DEJEAN, Mr PUJOL

Mr GARNAULT, Mme MECHRAOUI, Mr MIQUEL

### 56.03 PRÉVENTION, ÉPIDÉMIOLOGIE, ÉCONOMIE DE LA SANTÉ, ODONTOLOGIE LÉGALE

#### Chef de la sous-section :

#### Mr HAMEL

Professeur d'Université :

Maître de Conférences :

Assistant :

Chargés d'Enseignement :

Mme NABET, Mr PALOUDIER, Mr SIXOU

Mr HAMEL

Mr MONSARRAT

Mr DURAND, Mr PARAYRE, Mr VERGNES

### **57.01 PARODONTOLOGIE**

***Chef de la sous-section :*** **Mr BARTHET**

Maîtres de Conférences : Mr BARTHET

Assistants : Mr MOURGUES, M

Chargés d'Enseignement : Mr. CALVO, Mme DALICIEUX-LAURENCIN, Mr LAFFORGUE, Mr PIOTROWSKI,  
Mr SANCIER

### **57.02 CHIRURGIE BUCCALE, PATHOLOGIE ET THÉRAPEUTIQUE, ANESTHÉSIOLOGIE ET RÉANIMATION**

***Chef de la sous-section :*** **Mr CAMPAN**

Professeur d'Université : Mr DURAN

Maîtres de Conférences : Mr CAMPAN, Mr COURTOIS, Mme COUSTY

Assistants : Mme BOULANGER, Mr FAUXPOINT, Mme FERNET-MAGNAVAL

Chargés d'Enseignement : Mr GANTE, Mr L'HOMME, Mme LABADIE, Mr PLANCHAND, Mr SALEFRANQUE

### **57.03 SCIENCES BIOLOGIQUES (BIOCHIMIE, IMMUNOLOGIE, HISTOLOGIE, EMBRYOLOGIE, GÉNÉTIQUE, ANATOMIE PATHOLOGIQUE, BACTÉRIOLOGIE, PHARMACOLOGIE**

***Chef de la sous-section :*** **Mr KÉMOUN**

Professeurs d'Université : Mme DUFFAUT

Maîtres de Conférences : Mme GRIMOUD, Mr KEMOUN, Mr POULET

Assistants : Mr BLASCO-BAQUE, Mme GAROBY-SALOM, Mme SOUBIELLE, Mme VALERA

Chargés d'Enseignement : Mr BARRÉ, Mme DJOUADI-ARAMA, Mr SIGNAT

### **58.01 ODONTOLOGIE CONSERVATRICE, ENDODONTIE**

***Chef de la sous-section :*** **Mr GUIGNES**

Maîtres de Conférences : Mr DIEMER, Mr GUIGNES, Mme GURGEL-GEORGELIN, Mme MARET-COMTESSE

Assistants : Mr ARCAUTE, Mlle DARDÉ, Mme DEDIEU, Mr ELBEZE, Mme FOURQUET, Mr  
MICHETTI

Chargés d'Enseignement : Mr BALGUERIE, Mr BELAID, Mlle BORIES, Mr ELBEZE, Mr MALLET, Mlle PRATS,  
Mlle VALLAEYS

### **58.02 PROTHÈSES (PROTHÈSE CONJOINTE, PROTHÈSE ADJOINTE PARTIELLE, PROTHÈSE COMPLÈTE, PROTHÈSE MAXILLO-FACIALE)**

***Chef de la sous-section :*** **Mr CHAMPION**

Professeurs d'Université : Mr ARMAND, Mr POMAR

Maîtres de Conférences : Mr BLANDIN, Mr CHAMPION, Mr ESCLASSAN

Assistants : Mr DESTRUHAUT, Mr GALIBOURG, Mr LUCAS, Mr RAYNALDY, Mme SOULES

Chargés d'Enseignement : Mr ABGRALL, Mr DEILHES, Mr FARRÉ, Mr FLORENTIN, Mr FOLCH, Mr  
GHRENASSIA,

Mr KAHIL, Mme LACOSTE-FERRE, Mme LASMOLLES, Mr LUCAS, Mr MIR, Mr  
POGEANT,

Mr RAYNALDY

### **58.03 SCIENCES ANATOMIQUES ET PHYSIOLOGIQUES, OCCLUSODONTIQUES, BIOMATÉRIAUX, BIOPHYSIQUE, RADIOLOGIE**

***Chef de la sous-section :*** **Mme GRÉGOIRE**

Professeur d'Université : Mme GRÉGOIRE

Maîtres de Conférences : Mme JONJOT, Mr NASR

Assistants : Mr AHMED, Mr CANIVET, Mr DELANNÉE

Chargés d'Enseignement : Mme BAYLE-DELANNÉE, Mme MAGNE, Mr MOUNET, Mr TREIL, Mr VERGÉ

-----  
L'université Paul Sabatier déclare n'être pas responsable des opinions émises par les candidats.  
(Délibération en date du 12 Mai 1891).

Mise à jour au 23 octobre 2012

Je dédie cette thèse :

*A mes parents, pour m'avoir soutenu en toutes circonstances et pour avoir toujours été là quand j'en avais besoin. Merci.*

*A mes amis, pour tous les bons moments passés ensemble, et pour tous ceux à venir.*

*Au docteur Maurel, pour m'avoir donné l'envie d'exercer ce beau métier.*

*Aux docteurs Vigneau, pour avoir pris à cœur de partager avec moi leur expérience et leur enthousiasme.*

A notre présidente de jury,

Madame le professeur BAILLEUL-FORESTIER Isabelle

- Professeur des Universités, Praticien Hospitalier d'Odontologie,
- Docteur en Chirurgie Dentaire
- Diplôme de Doctorat de l'Université Paris-Diderot,
- Lauréate de l'Académie Nationale de Chirurgie Dentaire

*Pour l'honneur que vous nous avez fait en acceptant la présidence de notre jury,  
Pour l'enseignement que vous nous avez dispensé,  
Nous vous prions de trouver ici l'assurance de notre plus grand respect et de notre  
profonde reconnaissance.*

A notre directeur de thèse,

Monsieur le docteur HAMEL Olivier

- Maître de Conférences des Universités, Praticien Hospitalier d'Odontologie,
- Vice-Doyen de la Faculté de Chirurgie Dentaire de Toulouse,
- Chef de Service du Service d'Odontologie – Hôtel Dieu, Pôle Odontologie du C.H.U.,
- Responsable de la sous-section "Prévention, Epidémiologie, Economie de la Santé, Odontologie Légale",
- Enseignant-chercheur au Laboratoire d'Ethique Médicale et de Médecine Légale de la Faculté de Médecine de l'Université Paris Descartes (EA 4569),
- Docteur en Chirurgie Dentaire,
- Diplôme d'Etudes Approfondies en Ethique Médicale et Biologique,

*Pour l'enseignement que vous nous avez dispensé,  
Pour votre disponibilité et vos conseils avisés,  
C'est avec une grande considération que nous vous remercions d'avoir pu mener à bien  
ce travail sous votre direction*

A notre jury de thèse,

Madame le docteur NOIRRIT-ESCLASSAN Emmanuelle

- Maître de Conférences des Universités, Praticien Hospitalier d'Odontologie,
- Docteur en Chirurgie Dentaire,
- Ancienne Interne des Hôpitaux,
- Docteur de l'Université Paul Sabatier,
- Lauréate de l'Université Paul Sabatier.

*Pour l'enseignement que vous nous avez dispensé,  
Pour avoir accepté de juger ce travail,  
Nous sommes très honorés que vous ayez accepté de siéger à notre jury de thèse.*

A notre jury de thèse,

Monsieur le docteur DOMINE Sébastien

- Assistant hospitalo-universitaire d'Odontologie,
- Docteur en Chirurgie Dentaire,
- CES de Chirurgie Dentaire : Prothèse dentaire, option : Prothèse scellée,
- Maîtrise Sciences de la Vie et de la Santé, mention : analyse fonctionnelle des génomes

*Pour l'enseignement que vous nous avez dispensé,  
Pour avoir accepté de juger ce travail,  
Nous sommes très honorés que vous ayez accepté de siéger à notre jury de thèse.*

## SOMMAIRE

Introduction .....	12
I - DEFINITION DU CONSENTEMENT ECLAIRE .....	13
I.1 - Du modèle paternaliste vers le modèle autonomiste.....	14
I.1.1 - Le principe de bienfaisance .....	14
I.1.2 - Evolution vers le principe d'autonomie .....	16
I.1.3 - Le concept d'autonomie .....	18
I.1.3.1 - Définition anglo-saxonne.....	18
I.1.3.2 - Définition française du siècle des lumières .....	19
I.1.3.3 - L'autonomie en question .....	21
I.1.3.4 – Un paternalisme respectant l'autonomie : une troisième voie .....	21
I.2 - Historique juridique .....	22
I.2.1 - Prémices.....	22
I.2.2 - Evolutions juridiques .....	24
I.2.2.1 - Arrêt Mercier (20 mai 1936).....	24
I.2.2.2 - Code de Nuremberg (19 août 1947) .....	26
I.2.2.3 - Déclaration d'Helsinki (Juin 1964).....	26
I.2.2.4 - Loi Huriet (20 Décembre 1988).....	27
I.2.2.5 - Arrêt Hedreul ( 25 Fevrier 1997 ) .....	28
I.2.2.6 - Loi du 4 Mars 2002. « Loi Kouchner » .....	28
I.2.3 - Historique du statut des enfants .....	30
II - LA PERSONNE VULNERABLE.....	32
II.1 - Vulnérabilité et incapacité à consentir.....	32
II.2 – Evaluer la capacité ou l'incapacité .....	33
II.2.1 - Les normes de la capacité et de l'incapacité.....	35
II.2.2 - La stratégie de l'échelle variable.....	37
II.3 - Cas des majeurs protégés.....	38
II.3.1 - Les directives anticipées .....	39
II.3.2 - La personne de confiance .....	40
II.3.2.1 - Qui peut désigner une personne de confiance ? .....	42
II.3.2.2 - Qui peut être désigné comme personne de confiance ?.....	43

II.3.2.3 - La procédure de designation.....	44
II.3.2.4 – Le moment de la désignation .....	45
II.3.2.5 - Le consentement de la personne de confiance.....	46
II.3.2.6 - Sa mission durant l’hospitalisation.....	46
II.3.2.7 - Sa mission en dentisterie libérale .....	47
II.3.3 - Interrogations sur la personne de confiance et les directives anticipées .....	48
II.4 - Cas des mineurs .....	50
II.4.1 - Le mineur et la personne de confiance .....	50
II.4.2 - Un enfant peut-il être autonome ? .....	50
II.4.3 - Le consentement du mineur et l’autorité parentale .....	51
II.4.3.1 - Cas particulier des familles recomposées.....	53
II.4.3.2 - La recherche de l’adhésion de l’enfant.....	54
III - CONDUITE A TENIR POUR LE CHIRURGIEN DENTISTE .....	56
III.1 - Evaluer la capacité à consentir .....	56
III.2 - Obtenir le consentement éclairé .....	57
III.2.1 - Informations à donner .....	57
III.2.2 - Obligation de Conseil.....	60
III.2.3 - Garder une trace du consentement .....	61
III.2.4 – Sanctions et notion de « perte de chance ».....	64
III.2.5 - Le refus de soins.....	67
II.2.5.1 – Aspect légal.....	67
III.2.5.2 - Validité du refus et autonomie .....	69
II.2.5.3 - Gérer le refus de soins .....	70
III.2.6 - Exceptions et cas spécifiques d’abstention de l’information. ....	71
III.3 - Spécificités en odontologie .....	72
III.3.1 - Le consentement.....	72
III.3.2 – La demande esthétique .....	73
III.3.3 - Les honoraires .....	73
CONCLUSION .....	76

## **Introduction**

Le consentement éclairé est un critère primordial du contrat de soins, lequel constitue la relation juridique entre un patient et le praticien qui le prend en charge.

Il paraît difficile de consentir sans être au préalable informé, mais l'information donnée par le praticien ne peut pas toujours être comprise par le patient, et ce dernier n'est pas toujours en mesure de donner un consentement valide.

Le consentement éclairé chez les personnes vulnérables, qu'il s'agisse de mineurs ou bien de majeurs placés ou non sous un régime de protection, pose des questions aussi bien éthiques que légales.

Pour faire face à toutes les situations qui peuvent se présenter à lui, le chirurgien-dentiste se doit de connaître la définition légale et les modalités d'un consentement éclairé. Il doit aussi être capable d'évaluer la compétence de son patient et mettre en œuvre la conduite à tenir appropriée, en étant conscient de la responsabilité qui pèse sur lui.

Donner une place importante au consentement, revient à reconnaître la liberté des patients et adhérer au principe d'autonomie. Le consentement apparaît comme un contre-pouvoir au paternalisme médical et crée un nouvel équilibre dans la relation soignant-soigné.

L'objectif de ce travail est de répondre aux questions légales et éthiques que peut se poser le chirurgien-dentiste au sujet du consentement éclairé lors de la prise en charge d'une personne vulnérable dans son cabinet.

Dans un premier temps la notion de « consentement éclairé » sera décrite.

Dans un second temps nous définirons ce qu'est la « personne vulnérable » et la manière d'évaluer son niveau de compréhension.

Enfin, nous verrons quelle est la conduite à tenir pour le chirurgien-dentiste confronté à un patient vulnérable.

## I - Définition du consentement éclairé

L'acte médical est une atteinte à l'intégrité corporelle du patient. Dans les systèmes juridiques fondés sur l'idée de liberté et de démocratie, tout traitement nécessite le consentement du patient. Le patient est seul à pouvoir décider d'une intervention sur son propre corps.

L'acte de soins est une action autorisée pour le soignant. C'est un des aspects des droits fondamentaux à l'intégrité physique, à la sécurité et à la liberté individuelle.<sup>(1)</sup>

D'après la littérature, un patient peut donner son consentement éclairé à un acte de soins s'il est capable d'agir et s'il reçoit une information sous forme de compte-rendu minutieux. Il doit pouvoir comprendre ce compte-rendu, prendre sa décision et donner son accord de manière volontaire à l'acte de soin proposé.

Le devoir de conseil du praticien, en sa qualité de professionnel de la santé, est indispensable.

On peut donc classer ces éléments en trois étapes :

- **Les conditions préalables**, qui sont la capacité du patient à prendre sa décision et le caractère volontaire de cette décision.
- **Les éléments de l'information**, qui sont la révélation de l'information, les recommandations du praticien et la compréhension par le patient.
- Et enfin **les éléments du consentement**, qui sont la prise de décision puis l'autorisation par le patient.<sup>(3)</sup>

## **I.1 - Du modèle paternaliste vers le modèle autonomiste**

La relation médecin-malade peut être illustrée en philosophie par deux grands modèles: le modèle paternaliste qui est fondé sur le principe moral de bienfaisance et le modèle autonomiste qui se base sur le principe d'autonomie de la personne.

### **I.1.1 - Le principe de bienfaisance**

Dans l'antiquité, la médecine était sous l'influence de la morale aristotélicienne du bien (Aristote : 384-322 av. J.C.). Il s'agit d'une morale hétéronome (extérieure à l'homme) et téléologique (télos = finalité), selon laquelle la quête du bien représente l'activité la plus noble de l'esprit.

Le principe de bienfaisance est un fondement de l'impératif hippocratique « *Primum non nocere* » (avant tout ne pas nuire). C'est un principe qui recherche avant tout le bien de la personne. L'oeuvre d'Hippocrate (né en 460 av. J.C.) fonde traditionnellement l'émergence de la médecine occidentale.

L'exercice de la profession se fonde sur un concept de compétence médicale, concept transmis par Socrate et rapporté par Platon dans les « Dialogues ». Hippocrate se distingue par la volonté de théoriser la pratique médicale, en établissant des procédures fondées sur l'observation des maladies, de leur contexte, de leur évolution, ainsi que des règles à respecter dans les relations avec les malades. Ainsi, à la mort d'Hippocrate, vers 377 avant notre ère, la médecine s'était dotée de ses propres repères et bases de réflexion sur la façon d'exercer et de se comporter face au patient, en dehors de toutes croyances religieuses.

Ce principe a longtemps alimenté le paternalisme médical, suffisant pour justifier un interventionnisme total dans le domaine de la santé. Le principe de bienfaisance peut également se muer en un utilitarisme du savoir médical dans lequel le médecin met en oeuvre tous les moyens nécessaires au bien du patient, c'est-à-dire à sa guérison ou à son soulagement. Seules les conséquences, bonnes ou mauvaises, permettent alors de juger les moyens employés.

Agir selon ce principe revient, pour le médecin, à prendre des responsabilités vis-à-vis de son patient. Dans la mesure où il agit sans consulter celui-ci, sur le seul fondement qu'il possède le savoir qui permettra au malade de retirer un bien de cette action, la responsabilité du praticien est totale.

Chez les auteurs contemporains, comme Emmanuel Levinas ou Hans Jonas, le principe de bienfaisance fonde la moralité sur la fragilité de l'autre.

Pour Emmanuel Lévinas<sup>(24)</sup>: le visage d'autrui témoigne de son humanité, donc de sa fragilité, et assigne ainsi à responsabilité celui qui s'y trouve confronté.

Hans Jonas<sup>(21)</sup> développe également un principe de responsabilité: Ne pas laisser en héritage aux générations futures un monde qui ne leur permettrait pas de continuer à vivre dans des conditions équivalentes ou meilleures que les conditions présentes. Ce principe doit influencer les décisions de chaque être humain. Il ne s'agit pas d'une responsabilité de type juridique, mais d'une responsabilité morale fondée sur une mission à l'égard du plus fragile et du plus faible, dans le futur.

La dérive entre bienfaisance et paternalisme en médecine est facile : « *dans une relation morale asymétrique, il est tentant de traiter l'autre comme un enfant* ». Le paternalisme médical a grandement influencé la relation soignant-soigné, au point d'en devenir une doctrine de l'Ordre des médecins. Le Président Louis Portes écrit dans les années soixantes : « *Tout patient est pour le médecin comme un enfant à apprivoiser, non certes à tromper – un enfant à consoler, non pas à abuser – un enfant à sauver, ou simplement à guérir* ». <sup>(34)</sup>

Le principe de bienfaisance doit guider les actions de tout individu, mais il doit être appliqué dans le respect des personnes. Dans cette optique, la recherche du bien ne suffit pas. La prise en compte de l'être humain en tant que personne est nécessaire. En médecine et dans la recherche, la bienfaisance doit être comprise plutôt comme un but à atteindre grâce à une concertation entre un patient capable de ses propres choix, et une information claire et appropriée sous-tendue par le savoir médical détenu par le praticien. <sup>(16)</sup>

Le principe de bienfaisance fait appel à la notion de protection du plus faible. C'était déjà la vision hippocratique du rôle du médecin. Le malade, en raison de sa souffrance et de sa maladie est conduit à une passivité et une infantilisation. À cette inégalité, s'ajoute celle de la différence de savoir: le patient est ignorant, le médecin a le savoir.

En conséquence, l'un des deux acteurs de la relation est responsable de l'autre. Le médecin prend soin de son patient par son action bienveillante et bienfaisante, à l'image d'un père responsable de son fils.<sup>(2)</sup>

L'affaiblissement du patient entraîne le médecin à agir pour son bien. Mais différentes formes de bien existent et elles dépendent avant tout du sujet. Une autre limite du paternalisme médical porte sur les déviances inhérentes à cette forme de relation dominant-dominé : l'exercice du pouvoir pour le pouvoir.

### **I.1.2 - Evolution vers le principe d'autonomie**

L'approche de la médecine française a reposé jusque dans les années 1970, sur le principe selon lequel le malade disposait essentiellement de deux "libertés" : le choix du médecin et le refus de soins. Ce choix déterminait un processus de confiance entre le médecin et son patient et amenait ce dernier à accepter ce que le praticien lui "ordonnait".

L'éthique médicale des Déclarations Internationales relatives à la Recherche Clinique, orientée le plus souvent dans le sens de la recherche biomédicale et des essais thérapeutiques a contribué à l'évolution du consentement. La relation praticien-patient, dans ce contexte, est beaucoup moins affective et plus intellectuelle, ce qui a favorisé ces changements.

La formidable avancée de la médecine a conduit à changer les mentalités. La science, bien que plus technique et efficace, en devient plus difficilement contrôlable.

Les progrès des techniques de communication ont rendu les connaissances médicales plus accessibles au public, démystifiant la toute-puissance paternaliste.

Dans les années soixante, les sociétés occidentales ont été marquées par des revendications sociales (égalité des sexes, des races, liberté sexuelle) et l'affirmation de l'autonomie de la personne contre les sources d'autorité (institutions, Etat, religions). Des changements sociaux majeurs ont été opérés dans nos sociétés.

Ces revendications ont aussi touché le milieu médical en dénonçant le paternalisme. L'autorité médicale a été progressivement remise en question.

Par ailleurs, l'acte médical passant à une vision purement contractuelle, en est parfois arrivé à être considéré comme un service. Cette représentation a abouti à faire naître une vision consumériste de l'acte de soins, notamment aux Etats-Unis. <sup>(2)</sup>

Le médecin répond alors à une demande, à un désir de soin du patient.

La notion de clientèle apparaît ainsi, parallèlement au principe du libre choix du médecin. Ceci atteste de l'évolution de la société dans laquelle le citoyen devient acteur dans le domaine de la santé.

La relation médecin-patient se modifie profondément. Elle devient un cadre d'échanges, de débats et donc d'éducation à la santé.

Cette évolution va amener peu à peu durant le XIXe et le XXe siècle la médecine à considérer de plus en plus le patient comme un partenaire et un acteur du soin. <sup>(30)</sup>

La question de la participation du patient n'est pas seulement posée en termes de consentement, mais d'appel à sa raison. C'est pourquoi la relation entre soignant et soigné est faite d'explications adaptées à chaque situation clinique.

Ces évolutions amènent désormais les médecins à s'interroger sur le degré d'implication des patients dans les choix médicaux et donc sur leur vulnérabilité et leur capacité à prendre des décisions.

Depuis les années 1980, paternalisme et condescendance devraient avoir disparu de la pratique médicale. La relation médecin-malade fait partie intégrante de la démarche thérapeutique. La confiance et le respect, qui sont à la base de la relation qui s'installe entre deux personnes autonomes, déterminent la réussite du traitement.

L'information et le consentement éclairé du patient en sont des données capitales. Chaque individu demande à être considéré avec respect et dispose du droit de participer aux décisions importantes qui conditionnent sa santé et son avenir.<sup>(33)</sup>

### **I.1.3 - Le concept d'autonomie**

Ces mutations ont conduit à une alternative qui trouve son origine dans le principe d'autonomie. La valeur fondamentale de ce concept est le respect de l'autonomie de la personne, donc de la liberté individuelle, dans une relation contractuelle. Le patient décide pour sa santé et prend les décisions qui s'imposent selon sa propre vision du bien.

Le philosophe américain T. Engelhardt traduit par deux principes cette éthique de la relation thérapeutique : « *Nul ne peut contraindre autrui au nom du principe de bienfaisance* » et « *Faire aux autres leur propre bien* ». <sup>(2)</sup>

Ce principe d'autonomie peut prendre deux significations selon qu'il fonctionne dans les pays anglo-saxons ou en France.

#### ***I.1.3.1 - Définition anglo-saxonne***

Chez les anglo-saxons, l'autonomie est synonyme de liberté individuelle. Elle est le pouvoir que possède chaque individu sur son propre corps. C'est un principe souverain, qui place cette liberté avant tous les autres principes. Les personnes s'engagent les unes envers les autres par contrat. Ce système est aujourd'hui appliqué dans le domaine médical, et la relation médecin-malade fonctionne sur cette base.

Dans les pays anglo-saxons, la conception de l'autonomie est basée sur un courant de pensée très ancien qui remonte à la Grande Charte de 1215 (La *Magna Carta Libertatum* ou *Grande Charte* est une charte arrachée par le baronnage anglais au roi Jean sans Terre le 15 juin 1215 qui garantit le droit à la liberté individuelle) et à l'Acte *d'Habeas Corpus* de 1679 (L'ordonnance *d'Habeas Corpus* énonce une liberté fondamentale, celle de ne pas être emprisonné sans jugement).

Elle pose la faculté d'avoir des préférences singulières dans le sens d'une défense de l'individu contre l'Etat.

L'autonomie dans la culture anglo-saxonne est un principe individualiste, une liberté individuelle d'avoir des préférences singulières. Dans ce cadre la relation médicale met en jeu un patient qui, pleinement informé par son médecin qui est son égal dans une relation de prestataire de service, est responsable des décisions thérapeutiques qui le concernent.<sup>(45)</sup>

### ***1.1.3.2 - Définition française du siècle des lumières***

Le siècle des Lumières en France voit s'élaborer une autre conception du principe d'autonomie : celui-ci est alors conçu comme la faculté que possède tout homme de se donner à soi-même ses propres lois. Ce concept découle d'une tradition philosophique et politique, on peut citer Rousseau (*Du contrat social* – 1762) et Kant (*Fondements de la métaphysique des mœurs* – 1785).<sup>(16)</sup>

Pour Kant, l'homme n'a pas besoin de recevoir les principes de ses actions d'une entité supérieure, telle que Dieu ou la nature. L'autonomie situe l'origine de la norme morale dans l'homme lui-même. Il peut se forger ses propres lois, qui doivent alors être universalisables. Elle implique de poser et respecter des devoirs universels envers soi-même et les autres.

Dans cette conception, avoir des préférences singulières n'est pas une démarche rationnelle. Un être autonome ne peut vouloir ce qui n'est pas universalisable. Refuser un soin lorsque le pronostic vital peut s'avérer engagé, par exemple lors d'une cellulite étendue dans la région sous mandibulaire, ou pour des infections répétées sur un patient à risque d'endocardite infectieuse, n'est pas une option concevable dans ce système.

Pour Rousseau, l'autonomie implique une soumission de la volonté particulière de l'individu, avec ses désirs et ses intérêts, à la volonté générale, qui exprime les intérêts de la communauté toute entière.

Là où la conception anglo-saxonne de l'autonomie fait reposer les relations entre individus sur la base du contrat, la conception des Lumières soumet l'autonomie des individus au bien de la société. Notre corps ne nous appartient pas. Les volontés individuelles doivent s'effacer devant le bien commun.

C'est probablement de cette dernière conception de l'autonomie que découle la longue tradition paternaliste qui a caractérisé les relations médecin-malade jusqu'aux années 1960.

La récente évolution de ces relations vers un rapport contractuel entre patient et médecin va de pair avec l'individualisme croissant, et se rapproche ainsi de la conception anglo-saxonne. <sup>(16)</sup>

En France, de par son héritage philosophique, l'autonomie de la personne n'est jamais absolue. Le corps humain est inviolable mais également indisponible. Il n'appartient pas à la personne qui ne peut donc pas en faire ce qu'elle veut. L'idée sous-jacente est que le sujet met au premier plan les valeurs de la communauté à laquelle il appartient et qu'il n'est finalement pas si autonome.

La relation médecin-malade, en France, hésite entre ces deux modèles (modèle français du siècle des lumières et modèle anglo-saxon). L'un comme l'autre, appliqués de façon extrême, ne sont pas compatibles avec une relation bénéfique pour le patient. L'idéal serait de trouver un équilibre qui permette au patient de prendre part à la décision médicale avec une autonomie raisonnable n'entravant pas le projet thérapeutique. <sup>(2)</sup>

### ***1.1.3.3 - L'autonomie en question***

Les interrogations sur le concept d'autonomie sont nombreuses : <sup>(42)</sup>

- La dérive vers une médecine consumériste (une possibilité se transforme progressivement en un droit qui impose une obligation à l'autre).
- Le fait que le principe du respect de l'autonomie est le produit d'une culture donnée (la nôtre) et non un principe universel.
- La méconnaissance individualiste du bien commun.
- Le principe d'autonomie s'oppose parfois sur le terrain à la réalisation d'autres principes (bienfaisance, justice, intégrité, sacralité de la vie...)

Ce principe d'autonomie est en outre inapplicable dans un nombre important de cas, car il suppose un individu dans des conditions idéales : cohérent, rationnel, libre de contraintes sociales et affectives. Ces conditions ne sont pas toujours remplies par la personne vulnérable. Cela nous pousse à évaluer la « compétence » du patient sur des échelles complexes.

### ***1.1.3.4 – Un paternalisme respectant l'autonomie : une troisième voie***

D'après Marta Spranzi<sup>(42)</sup>, il semble possible de faire le bien en respectant l'autonomie du patient, en cultivant une forme de « paternalisme humaniste éclairé ».

Pour cela le médecin intègre dans la mesure du possible ce que le patient pense être son propre bien. Il a une responsabilité vis-à-vis du patient qui n'est pas effacée par son autonomie.

Mais cette proposition dépend de la bonne formation et de la bonne volonté des médecins et le sens de l'autonomie comme barrière absolue contre les abus de pouvoir est toujours nécessaire.

Une certaine forme de paternalisme « doux », « libéral » est justifié s'il respecte la personne et tient compte de ses limitations, s'il vise non pas à redresser mais à compenser les problèmes cognitifs ou affectifs, à éliminer des contraintes qui pèsent sur le jugement du patient. Ce paternalisme est nécessaire s'il s'applique d'une façon proportionnelle au bénéfice attendu et surtout dans des situations particulières de pression extrême et temporaire.

Il faut spécifier le sens et l'usage du principe de respect de l'autonomie en mettant en place des substituts adéquats (autorité parentale, personne de confiance, directives anticipées...), et utiliser une notion d'autonomie moins exigeante et plus large en acceptant que l'autonomie de la personne soit soutenue et supporte donc une dose de bienfaisance.

Il faut tenir compte des biais cognitifs du sujet que nous avons en face de nous. Cela revient à mettre le principe de respect de l'autonomie en balance avec les autres principes et déterminer au cas par cas les limites de son application par rapport aux autres principes.

On accepte qu'un patient décide de façon autonome de s'en remettre à la bienveillance du médecin.

## **I.2 - Historique juridique**

### **I.2.1 - Prémices**

Le code d'Hammourabi (1793-1750 av. J-C) contient les premiers textes sur la responsabilité pénale du médecin. Il précise les sanctions qu'encourt ce dernier lorsque ses résultats sont mauvais, la faute du chirurgien pouvant être sanctionnée par la mutilation du bras. C'est chez Hippocrate (400 av. JC) que nous retrouvons les premiers concepts de la relation médecin - malade, avec le célèbre «*primum non nocere* » rappelant que le médecin ne doit jamais nuire au patient. Ce principe associé à différentes valeurs telles que la fidélité, le service au malade quelles que soient ses origines, le secret et la discrétion ont constitué le fondement moral de l'acte médical pendant des siècles.

Pour autant, à la même époque, Platon consacre le droit au mensonge du médecin: « *Si réellement le mensonge est inutile aux dieux, et s'il est au contraire utile aux hommes à la manière d'un médicament, il est évident que l'emploi d'un tel médicament doit être réservé aux médecins et que les profanes ne doivent pas y toucher.* » (La République III).

La première référence explicite au consentement se retrouve dans le Talmud, vers le VI<sup>ème</sup> siècle: « *le médecin ne peut exécuter aucune opération sans le consentement du malade* » (T Baba Kamma). Le consentement est ici relatif, puisqu'il ne s'applique qu'à des cas de soins courants. En effet, on retrouve dans un autre traité: « *tu ne resteras pas insensible au sang de ton prochain* » (T Chekalim). Ce qui implique que dans des situations où il existe un risque vital pour le patient, le médecin est dans l'obligation d'intervenir, même en cas de refus du malade. La possession « partielle » de son corps puisque d'origine divine implique que le malade en prenne précaution. Le refus de soins n'est donc pas concevable.

Au Moyen-Age, le paternalisme médical est fortement influencé par le catholicisme. La dissimulation d'un pronostic fatal comportait le risque d'un décès sans qu'il y ait eu administration des derniers sacrements. Le mensonge n'était donc pas recommandé. Néanmoins, Saint Thomas d'Aquin admettait qu'il était « *parfois permis de cacher la vérité sous une dissimulation prudente* ».

Au XVI<sup>ème</sup> siècle, l'influence ecclésiastique s'estompe en même temps que les grands courants humanistes s'affirment. Montaigne préconise: « *d'utiliser le mensonge comme médication puisque notre salut dépend de la vanité et fausseté de leurs promesses.* »

A la Renaissance, avec les premières autopsies de Harvey, il y a une systématisation anatomique du corps. Puis les campagnes napoléoniennes, grandes pourvoyeuses de blessés et de cadavres, confortent ce principe avec les barbiers, puis les chirurgiens comme Xavier Bichat. Une « cadavérisation » est apparue peu à peu suivant laquelle on s'occupait du corps mais pas du sujet. Pour Edgar Morin, cette dissociation entre le Moi pensant (*Ego cogitans*), laissé aux philosophes, et la chose matérielle étendue (*Res extensa*), appartenant aux scientifiques, crée un problème tragique dans la science médicale qui peut dériver vers une réification de la personne (corps considéré comme une chose).<sup>(34)</sup>

L'étude du thème du consentement en médecine nous confronte donc au rapport entre l'esprit et le corps, ce qui se traduit par des interrogations sur ce que doit être la relation soignants-soigné.

Au siècle des Lumières, les écrits d'un médecin anglo-saxon, John Gregory (1724-1773) amorcent les premiers pas en faveur de l'information des malades, sauf si cette information risque de leur être nuisible.

Après la Révolution Française, les mentalités ont nettement évolué dans le sens de la Déclaration des Droits de l'Homme mais le discours médical est toujours teinté de paternalisme à l'image de cette phrase du Dr Max Simon (Déontologie médicale - 1845) : *«le médecin doit peser chacune de ses paroles, dans la crainte qu'un mot imprudent ne révèle au malade l'affection grave dont il est atteint.»*

## **I.2.2 - Evolutions juridiques**

### ***I.2.2.1 - Arrêt Mercier (20 mai 1936)***

L'arrêt Mercier précise que l'exercice de la médecine est inscrit dans le cadre juridique de la relation contractuelle. Il s'agit d'un arrêt de la Cour de Cassation, à propos du cas de Madame Mercier. Cette dernière, ayant bénéficié d'un traitement par radiothérapie, gardait des séquelles. Quelques années plus tard, Monsieur et Madame Mercier ont porté plainte, mais le délai de prescription délictuelle était dépassé. Puisque le cadre juridique délictuel de l'époque, seul recours jusque là, ne permettait pas l'indemnisation, le juge plaça l'affaire sur le plan civil, définissant la nature contractuelle de la relation médecin-patient. La plaignante pu ainsi être indemnisée.

Jusqu'en 1936, la relation médecin-malade est considérée comme une simple rencontre entre deux personnes. Après l'arrêt Mercier, cette relation est considérée comme un contrat entre le médecin, qui est alors tenu à une obligation de moyens (et non de résultats) et au secret professionnel, et le patient, qui doit s'acquitter du paiement des honoraires.

Dans le cadre de ce contrat, le patient doit consentir aux soins qui lui sont prodigués ; ce consentement doit être libre, conscient et éclairé.

Le contrat de soins qui en découle est un contrat civil car l'exercice de la médecine constitue une profession libérale. Le code civil définit « *le contrat comme 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* » (Art. 1101 du Code Civil). Il précise que les conventions, légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont conclues. Il en résulte que ce contrat relève toujours de la compétence des juridictions civiles et est soumis aux règles du code civil.

Ce contrat est synallagmatique ou bilatéral, il fait naître entre les parties des obligations réciproques et interdépendantes (Art 1102 du Code Civil : « *Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent les uns envers les autres* ».) Le praticien a l'obligation de donner des soins comme le patient a l'obligation de le rémunérer et de ne pas aller à l'encontre de ses prescriptions. En cas d'inexécution d'une des parties, l'autre partie peut refuser d'exécuter la sienne. C'est un contrat résiliable unilatéralement. C'est une faculté absolue pour le patient, alors que le praticien doit assurer la continuité des soins et répondre aux situations d'urgence.

Le contrat médical est *intuitu personae* c'est à dire conclu en considération de la personne avec laquelle il a été passé, en fonction du statut du chirurgien dentiste et de la confiance que le patient lui accorde : il en découle le libre choix du praticien. Il est consensuel et continu: c'est à dire qu'il impose l'échange des consentements et ne se renouvellera pas à chaque séance mais est considéré comme acquis dès lors que le chirurgien dentiste aura obtenu le consentement éclairé du patient. Ce contrat peut être verbal, l'écrit n'étant que la preuve des engagements réciproques, il prend effet dès la mise en relation du praticien avec son patient.<sup>(28)</sup>

### ***1.2.2.2 - Code de Nuremberg (19 août 1947)***

La notion du consentement se trouve dans le jugement du 19 août 1947 du tribunal américain de Nuremberg qui devait juger les médecins criminels nazis. C'est l'oeuvre originale du tribunal américain d'avoir codifié les règles éthiques pour les expérimentations sur l'homme.

**Le principe du consentement volontaire** est l'objet du premier article : « *Le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel. Cela veut dire que la personne intéressée doit jouir de la capacité légale totale pour consentir : qu'elle doit être laissée libre de décider, sans intervention de quelque élément de force, de fraude, de contrainte, de supercherie, de duperie ou d'autre forme de contrainte ou de coercition. Il faut aussi qu'elle soit suffisamment renseignée, et connaisse toute la portée de l'expérience pratiquée sur elle, afin d'être capable de mesurer les effets de sa décision.* »

Depuis le procès de Nuremberg, le consentement se trouve en premier plan de l'éthique biomédicale (*Beauchamp, Childress, Les principes de l'éthique biomédicale, 2008*).<sup>(3)</sup>

Il est précisé que la personne doit jouir de la capacité légale totale pour consentir.

La locution de « consentement éclairé » n'est apparue qu'une décennie plus tard et ne fut examinée en détail que dans les années 70.

### ***1.2.2.3 - Déclaration d'Helsinki (Juin 1964)***

Il s'agit du texte de la 18<sup>ème</sup> Assemblée Médicale Mondiale, qui tente de préciser dans quelles conditions la recherche scientifique est compatible avec l'activité clinique des médecins. La recherche clinique à but thérapeutique est distinguée de la recherche clinique à but scientifique. Dans les deux cas, le consentement est toujours requis.

Il existe une exception, dans le cadre d'une recherche à but thérapeutique, si le patient a une incapacité physique, psychique ou légale.<sup>(28)</sup>

#### ***I.2.2.4 - Loi Huriet (20 Décembre 1988)***

Le droit de **consentir aux actes de soins courants** mais aussi à l'expérimentation thérapeutique est réglementé par la loi n° 88-1138 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales (dite « loi Huriet »).

Le Code civil précise (art. 16-3) :

*« Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. »*

*« 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. »*

La loi Huriet-Seruschlat de 1988 répondait à une demande de l'industrie pharmaceutique française, face à une directive européenne concernant les dossiers d'autorisation de mise sur le marché et impliquant des essais sur l'homme sain. En cas de recherche biomédicale mise en œuvre dans des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne qui y sera soumise, celui-ci ne sera pas recherché et seul sera sollicité celui des membres de la famille s'ils sont présents. L'intéressé sera informé dès que possible et son consentement lui sera demandé pour la poursuite éventuelle de cette recherche.

Pour les mineurs non émancipés, le consentement est donné par le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale. Pour les mineurs ou majeurs protégés par la loi, le consentement est donné par le représentant légal pour les recherches à finalité thérapeutique directe. Le consentement du mineur ou du majeur protégé par la loi doit également être recherché lorsqu'il est apte à exprimer sa volonté. On ne peut passer outre son refus ou révoquer son consentement.<sup>(28)</sup>

### ***I.2.2.5 - Arrêt Hedreul ( 25 Février 1997 )***

Un magistrat de la cour de Cassation a annulé le jugement de la cour d'appel concernant une coloscopie à la suite de laquelle le patient a présenté une perforation intestinale. La cour d'appel a estimé que le patient devait apporter la preuve que le médecin ne l'avait pas averti du risque de complications. La cour de Cassation a cassé cette décision et un arrêt fut prononcé le 25 Février 1997 affirmant que le médecin était tenu à une obligation d'information et qu'il lui incombait de prouver qu'il a exécuté cette obligation.

***« Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit apporter la preuve de l'exécution de cette obligation »*** <sup>(5)</sup>

### ***I.2.2.6 - Loi du 4 Mars 2002. « Loi Kouchner »***

La Loi du 4 mars 2002 consacre deux principes étroitement liés : le **consentement libre et éclairé du patient** et son **droit à être informé sur son état de santé**.

La loi se divise en cinq titres traitant respectivement de la solidarité envers les personnes handicapées, de la démocratie sanitaire (qui se fonde sur le respect de la personne et le concept d'autonomie, qui sont le fondement de la prise de décision éclairée), de la qualité du système de santé, de la réparation des conséquences des risques sanitaires et enfin des dispositions relatives à l'Outre-Mer. <sup>(28)</sup>

Le principe du consentement y est réaffirmé de manière à associer les patients aux décisions les concernant. La responsabilisation du patient et le respect de son autonomie de choix se font en l'informant lors des démarches de soin.

Le consentement doit être sous-tendu par une information concernant *«les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée sauf en cas d'impossibilité de la retrouver»* (Art.L.1111-2.).

Dans le domaine de l'odontologie en particulier, il convient aussi de renseigner le patient sur les frais auxquels il pourrait être exposé à l'occasion de soins ou d'activités de prévention et des conditions de leur remboursement par les régimes obligatoires de l'assurance maladie.

La loi Kouchner évoque le cas des personnes vulnérables : **Le consentement des mineurs et des majeurs sous tutelle doit être recherché par le médecin.**

Il est désormais reconnu qu'il est possible à la demande du patient mineur d'opposer le secret médical au détenteur de l'autorité parentale, le mineur doit alors se faire accompagner d'une personne majeure de son choix.

Concernant le majeur sous tutelle, son représentant légal ne peut disposer du corps d'autrui. Pour cette raison, le consentement du patient doit être recherché. Si le patient est hors d'état de s'exprimer, le médecin a la légitimité de décider, quitte à s'appuyer sur la décision du juge (en urgence auprès du procureur de la République). Si le patient est hors d'état de s'exprimer, en situation d'urgence le médecin a toujours la légitimité de décider en situation de risque vital.

Dans tous les cas, urgents ou non, lorsque le patient n'est pas en capacité, on pourra avoir désormais recours à ce que la loi du 4 mars 2002 appelle « **la personne de confiance** » désignée par le patient. Ce tiers sera associé aux décisions prises avec le médecin. Le recours au tiers de confiance n'est pas limité aux majeurs sous tutelle ou au mineur, mais peut s'appliquer pour tout patient qui le souhaite s'il en a désigné un.<sup>(29)</sup>

*«Aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment» (Art.L.1111-4.)*

Le consentement a alors deux fonctions: **traduire la libre décision de la personne** de participer aux soins ou à la recherche et **attester que le soignant a bien respecté un processus d'information** de la personne sur la nature des soins ou de la recherche, ses objectifs, et les contraintes voire les risques subis.<sup>(34)</sup>

La jurisprudence de l'arrêt Hédreul est reprise dans la loi, à savoir que c'est aux professionnels de santé d'apporter la preuve qu'ils ont bien délivré l'information à leurs patients.<sup>(33)</sup>

### **I.2.3 - Historique du statut des enfants**

Les textes concernant les droits de l'enfant en matière de soins sont plus tardifs : on peut mentionner la Circulaire du 1er août 1983 sur l'hospitalisation de l'enfant, la Charte de l'enfant hospitalisé de 1988, ou bien encore la Convention Internationale sur les droits de l'enfant de 1989.

Outre la volonté de limiter les abus et les injustices, ces textes témoignent d'une évolution dans la prise en compte de la place de l'enfant au sein de la société, et notamment dans le système de soins.

La place de l'enfant dans la société a évolué tout au long du 20ème siècle à tous les niveaux de la vie sociale. Les premières mesures prises en faveur de la protection de l'enfance débutent avec la Révolution française, mais demeurent très précaires.

Il faudra attendre 1936 pour que la scolarité soit obligatoire jusqu'à l'âge de 14 ans, et 1973 pour que la Conférence Internationale du Travail adopte la convention qui fixe l'âge du travail à 15 ans révolus. Elle entrera en vigueur en France en 1976. Aujourd'hui, l'école est obligatoire jusqu'à l'âge de 16 ans.

Vers la fin des années 1960, les principes d'éducation opèrent une profonde mutation ; la démocratisation de la contraception et la régulation des naissances orientent les familles vers des fratries plus réduites, au sein desquelles les enfants prennent une importance accrue au regard de leurs parents. Leur bien-être matériel et affectif devient au centre des préoccupations.

Dans le système de soins, la place de l'enfant évolue également, même si cette évolution est plus récente. La prise en charge de la douleur chez l'enfant commence depuis peu seulement à se développer ; les hôpitaux essaient d'accueillir les enfants dans des services qui leurs sont destinés, et non aux adultes, avec des moyens adaptés, mais beaucoup d'efforts restent à faire pour respecter la charte de l'enfant hospitalisé.

De toute évidence, le statut de l'enfant évolue grâce à une volonté de protéger les mineurs des abus, souffrances et injustices de toutes sortes que leur fragilité peut attirer.

L'évolution des mœurs des sociétés occidentales va aussi dans le sens d'un intérêt grandissant pour l'enfant. Celui-ci symbolise la jeunesse, l'insouciance et la santé, autant de caractéristiques importantes dans une société centrée sur l'image. <sup>(16)</sup>

## **II - La personne vulnérable**

### **II.1 - Vulnérabilité et incapacité à consentir**

La place accordée à la personne humaine et à son consentement est une constante des préoccupations des institutions sanitaires et sociales. Même si la personne est placée sous tutelle, et par conséquent juridiquement “incapable”, l’expression de sa volonté doit être entendue.

Cette attention accordée à l’expression du consentement s’inscrit dans le débat entre deux conceptions de la personne humaine : à une approche “subjective” de cette personne s’oppose une conception “anthropologique” de celle-ci. (*Eyraud, Vidal-Naquet, Consentir sous tutelle, 2008*)

Dans l’**approche “subjective”**, c’est la notion d’autonomie du sujet qui est privilégiée, sa capacité d’autodétermination (son pouvoir sur lui-même). Le consentement, en tant qu’expression de la volonté de la personne, est l’élément central servant à reconnaître la légitimité des mesures à adopter.

Dans l’**approche “anthropologique”**, c’est la notion de dignité de la personne qui est primordiale. L’autodétermination et l’expression du consentement, ne suffisent pas à légitimer une action, il faut prendre en compte les impératifs liés à la dignité, ce qui implique, au-delà du consentement du patient, de réserver une part d’appréciation à l’intervenant extérieur.

Les politiques publiques placent le patient au centre du débat, mais ne tranchent pas entre ces deux conceptions, elles tentent pragmatiquement de les réunir. Un consensus se profile autour de deux impératifs : prendre en compte “*les droits et la volonté de la personne vulnérable*” afin de “*protéger sans jamais diminuer*” (Thierry Fossier)<sup>(16)</sup>.

**L’objectif est d’accroître la protection des personnes tout en privilégiant leur autonomie et leur capacité de consentement.**

## II.2 – Evaluer la capacité ou l’incapacité

Les décisions de justice relatives à la capacité des personnes sont un garde-fou dans le domaine de la santé car elles permettent de distinguer les personnes dont la volonté doit impérativement être recherchée et respectée, de celles dont la volonté exprimée n’est pas décisive.

Ainsi, le jugement d’un professionnel de santé sur la capacité d’une personne à consentir ou non aux actes de soins peut l’amener à envisager de ne pas tenir compte de sa volonté exprimée : quand les soins sont nécessaires, il faudra recourir à une mesure de substitution pour parvenir à la décision définitive, telle que la désignation d’un tuteur ou l’hospitalisation forcée.

Le chirurgien-dentiste, dont les soins peuvent être indispensables même s’ils n’engagent pas le pronostic vital, n’est évidemment pas compétent pour décider de la capacité ou de l’incapacité d’un patient sur le plan juridique. Il a quand même, dans une certaine mesure, le pouvoir de passer outre l’opposition, voire de contraindre son patient à subir les soins indispensables à son état. Son jugement sur la capacité de ce dernier sera rarement remis en cause devant un tribunal.<sup>(3)</sup>

**Il existe nombre de cas où le patient est incapable d’exprimer un consentement valable** : personne atteinte de maladie mentale, enfant mineur, personne dans le coma... ces patients doivent-ils être considérés comme psychologiquement ou légalement capables de prendre la décision ?

La **“capacité”** est l’aptitude à exécuter une tâche spécifique, manuelle, intellectuelle ou mixte. La capacité de décider est l’aptitude à analyser les éléments essentiels d’une situation et de choisir la réponse adéquate.

**Une personne dite “incapable”** n’est pas forcément inapte au jugement dans tous les cas de figure, son incapacité affecte souvent seulement un certain type de prise de décision : par exemple elle peut être incapable de gérer sainement ses finances (prodigalité, achats compulsifs, etc...) mais parfaitement capable de consentir à une dévitalisation dentaire en connaissance de cause après avoir reçu les informations nécessaires.

La “capacité” dépend des aptitudes intellectuelles de la personne, mais aussi de la façon dont ces aptitudes vont être ou non en adéquation avec le problème auquel elle doit faire face. En outre, cette capacité peut varier dans le temps, bien des personnes sont incapables de faire une chose à un moment donné de leur vie et parfaitement capables à un autre moment : par exemple le dentiste peut se heurter à un refus absolu de se soumettre à l’extraction d’une dent, extraction qui sera acceptée par la suite quand le patient sera calme et détendu.

Il peut être difficile de juger de la capacité d’une personne, en raison de la distinction à faire entre des catégories de maladies : celles qui mènent à des modifications intellectuelles, de langage ou de mémoire chroniques et celles qui se caractérisent par une réversibilité rapide de ces fonctions. Il convient d’évaluer sa capacité à comprendre et à réfléchir de façon cohérente sur le long terme.

Le concept de capacité dans la prise de décision est étroitement lié au concept d'autonomie. Les patients sont capables de prendre une décision s'ils peuvent comprendre l'information, la juger selon leurs propres valeurs et communiquer librement leurs désirs aux médecins. Bien qu'autonomie et capacité aient des sens différents, les critères de la personne autonome et ceux de la personne capable de jugement sont remarquablement semblables.

Les individus sont plus ou moins capables d’exécuter une tâche spécifique en fonction d’un certain niveau ou ensemble d'aptitudes qui leur sont propres. Une personne bien informée, est plus à même de donner son consentement à un soin dentaire que ne le sera une personne sans expérience.

Pour des raisons pratiques, il est nécessaire d’établir des seuils d’aptitude en-dessous desquels une personne sera considérée comme incapable de jugement. Bien que les personnes capables ou incapables de jugement ne le soient pas toutes de manière égale, les délimitations de capacité classent les individus en deux catégories de base. Le niveau où nous traçons la ligne de démarcation dépend de la tâche particulière impliquée.<sup>(3)</sup>

## II.2.1 - Les normes de la capacité et de l'incapacité

Les textes qui traitent de la capacité s'articulent autour des normes qui la déterminent, c'est-à-dire des critères du jugement de capacité.

En ce qui concerne le droit criminel, le droit civil et la médecine clinique, les normes de capacité se regroupent autour de diverses aptitudes à comprendre, à traiter l'information, et à raisonner sur les conséquences des actions menées.

En odontologie, une personne est considérée comme capable de jugement à partir du moment où elle est apte à comprendre la procédure thérapeutique, à peser les risques encourus ainsi que les avantages, et à prendre une décision à la lumière de toutes ces considérations. Si une seule de ces conditions fait défaut, on peut alors mettre en doute la capacité de cette personne à décider, consentir ou refuser.

La question la plus délicate est celle de situer les personnes dont l'aptitude à la compréhension et à la réflexion est simplement diminuée mais sans avoir disparu : ces patients peuvent-ils encore adhérer en connaissance de cause à une proposition de soins ?

La liste suivante présente les critères d'inaptitude retenus par les normes d'incapacité, classés par ordre décroissant : <sup>(3)</sup>

- 1 - Inaptitude à exprimer ou **communiquer une préférence** ou un choix.
- 2 - Inaptitude à **comprendre la situation** dans laquelle on se trouve et ses conséquences.
- 3 - Inaptitude à **comprendre l'information** pertinente.
- 4 - Inaptitude à **apporter une raison**.
- 5 - Inaptitude à **apporter des raisons rationnelles** (même si des raisons secondaires sont données).
- 6 - Inaptitude à **apporter des raisons relatives aux risques et avantages**. (même si des raisons secondaires rationnelles sont données)
- 7 - Inaptitude à parvenir à une **conclusion raisonnable**. (comme celle jugée raisonnable par une personne capable de jugement.

(BEAUCHAMP, CHILDRESS, *Les principes de l'éthique biomédicale*)

Ces normes se regroupent autour de trois sortes d'aptitudes et de capacités :

La norme 1 se réfère à la simple aptitude à **exprimer une préférence**.

Les normes 2 et 3 renvoient aux aptitudes à **comprendre l'information et la situation** dans laquelle on se trouve.

Les normes 4 à 7 désignent l'aptitude à **raisonner autour d'une décision sensible** entraînant des conséquences importantes.

Ces normes sont toujours utilisées, seules, ou associées, pour déterminer l'incapacité.

Il existe un besoin clinique de transformer ces normes générales en un test opérationnel d'incapacité dont les résultats indiqueraient l'échec ou la réussite.

Les échelles graduées pour mesurer la démence et les examens destinés à évaluer l'état mental testent des facteurs comme les notions de temps et d'espace, la mémoire, la compréhension et la cohérence. Ces tests sont des évaluations cliniques généralement utilisées lorsqu'une personne est soupçonnée d'incapacité.

Pour tout test accepté, la question de savoir si quelqu'un a le niveau d'aptitude requis relève du domaine empirique, les règles institutionnelles établissent des critères, qui devraient cependant être davantage ouverts aux examens et aux modifications. Même les critères déjà établis auraient pu être différents et peuvent changer avec le temps.

L'autonomie et l'aptitude mentale ne sont pas les seuls critères utilisés dans l'élaboration des normes de la capacité.

L'âge, par exemple est souvent utilisé comme critère d'autorisation valide. Des seuils d'âge établis varient selon les normes de la communauté, selon le degré de risque impliqué, et l'importance des avantages éventuels

## II.2.2 - La stratégie de l'échelle variable

Ces critères sont utilisés pour protéger les personnes immatures ou sujettes aux erreurs, contre une prise de décisions allant à l'encontre de leurs intérêts. De ce point de vue, **l'importance de la décision devrait être confrontée aux niveaux d'expérience, de maturité et de responsabilité du sujet.**

Beauchamp et Childress proposent une stratégie de « l'échelle variable » <sup>(3)</sup> pour atteindre ce but. Selon eux, dans la mesure où une l'intervention médicale augmente les risques vis-à-vis d'un patient, nous devrions hausser le niveau d'aptitude requis pour juger de la capacité à choisir ou à refuser cette intervention. A l'inverse, lorsque les conséquences pour le bien-être du patient sont d'importance moindre, nous devrions diminuer le niveau d'aptitude requis pour cette capacité.

L'échelle variable admet l'idée que les normes qui définissent la capacité de prise de décision peuvent varier selon l'importance des risques.

Grisso et Appelbaum prennent l'exemple d'une balance des capacités. <sup>(17)</sup> [Fig 1]

Dans cette balance, le plateau de « l'autonomie » est suspendu à l'un des bras de la balance, et celui de la « protection » à l'autre, le fléau est réglé d'avance pour donner plus de poids au plateau de « l'autonomie ». Le jugement dépend de l'équilibre entre les aptitudes du patient, ses exigences, les bénéfices attendus et les risques encourus dans le choix de son traitement.

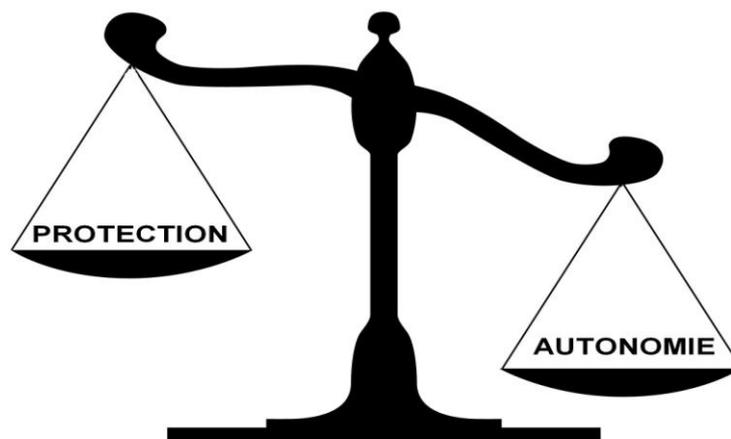


Figure 1 : Balance des capacités selon Grisso et Applebaum <sup>(17)</sup>

S'il y a un risque sérieux, par exemple lors d'avulsions multiples sur un patient à haut risque d'endocardite, nous avons besoin d'une norme de capacité rigoureuse ; si le risque est faible, comme pour le soin d'une carie superficielle de l'émail, nous pouvons utiliser une norme de capacité plus souple ou moins élevée.

Toutes les méthodes établissant les normes d'incapacité se heurtent à des questions difficiles. Par exemple, faut-il plutôt mettre l'accent sur l'autonomie du patient ou protéger le patient du danger ?

Dans le cas d'une institution particulièrement soucieuse d'empêcher des abus d'autonomie elle prendra peut-être seulement en compte la première norme. Mais si son but est que les patients reçoivent le meilleur traitement possible, elle déclarera peut-être que le patient qui possède n'importe laquelle de ces sept inaptitudes est jugé incapable de jugement. <sup>(3)</sup>

### II.3 - Cas des majeurs protégés

Loi du 5 Mars 2007, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> Janvier 2009.

- La **tutelle** s'applique à une personne qui a besoin d'être représentée de manière continue dans les actes de la vie civile. Cela suppose une altération grave des facultés mentales ou corporelles.
- La **curatelle** s'applique à une personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin d'être assistée ou contrôlée dans les actes de la vie civile.
- La **sauvegarde de justice** est une mesure de protection juridique de courte durée qui peut permettre la représentation de la personne pour accomplir certains actes précis, en particulier lors des actes urgents. Elle peut être appelée à assurer la protection de la personne incapable pendant la durée de la procédure qui aboutira à l'instauration d'une tutelle ou curatelle. Le majeur placé en sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits.

Les mesures de tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice visent à protéger les personnes civilement majeures reconnues comme incapables d'assurer elles-mêmes leur protection : *«un majeur doit être protégé par la loi quand une altération de ses facultés personnelles le met dans l'impossibilité de pourvoir seul à son intérêt»* ( Article 489 du Code Civil)

Ces mesures résultent d'une décision de justice et ont pour effet de réduire les capacités juridiques de la personne concernée. Placée sous mesure de protection, celle-ci perd certains droits. Cette limitation est compensée par la nomination d'un représentant ou d'un conseiller, investi du pouvoir d'exercer des droits et de respecter des obligations à la place de la personne reconnue comme vulnérable.<sup>(13)</sup>

**Pour le majeur incapable sous tutelle, le consentement à l'acte médical doit être donné par le tuteur** (articles L. 1111-2, et L. 1111-5 du Code de Santé Publique)

Cependant, le représentant légal du majeur sous tutelle ne peut disposer du corps d'autrui. Pour cette raison, **le consentement du patient doit être recherché quand même.**<sup>(28)</sup>

La question principale est de savoir quel est le meilleur système pour protéger ces patients contre la négligence et le risque qu'on leur cause du tort. La famille est souvent la mieux placée pour décider à leur place, car c'est dans son intérêt de protéger un de ses membres incapable de jugement. Cette optique est cependant parfois trop limitée. Nous avons besoin d'un système qui protège les personnes dont les familles sont prises dans des conflits d'intérêts.

Une procédure de plus en plus populaire veut qu'une personne, alors qu'elle est encore capable de jugement, rédige des directives destinées aux professionnels de santé ou choisisse un représentant responsable pour prendre des décisions durant les périodes où elle n'en sera pas capable.

### **II.3.1 - Les directives anticipées**

Le droit du patient de formuler des directives anticipées est le résultat de l'évolution des lois et de l'éthique médicale vers le concept d'autonomie du patient.

La loi du 22 avril 2005, dite **loi Léonetti** « *Loi n°2005-370 relative aux droits des malades et à la fin de vie* », complétée par un décret du 6 février 2006 « *Décret n° 2006-119 relatif aux directives anticipées* », a défini le cadre des directives anticipées.

Il s'agit d'un document écrit et signé par lequel une personne consigne ses volontés quant aux traitements et aux soins ainsi qu'à l'accompagnement qu'elle voudra ou ne voudra pas recevoir si elle devient inconsciente ou si elle se trouve dans un état tel qu'elle n'est plus capable d'exprimer sa volonté. « *Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées au cas où elle serait un jour incapable d'exprimer sa volonté* ».

Ce document doit être daté et signé, rédigé devant un témoin par une personne majeure et saine d'esprit. Il n'existe pas de formulaire pré-établi, l'écriture et la forme de ce testament sont libres.

Quand elles existent, les directives anticipées devraient être accessibles à tout professionnel de santé qui, s'il ne doit pas s'y conformer obligatoirement, est censé en prendre connaissance.

Les personnes ont cependant des difficultés à donner des lignes directrices qui puissent anticiper la diversité des situations médicales susceptibles de se produire. Par conséquent, la désignation d'un décideur de substitution est devenue courante.

### **II.3.2 - La personne de confiance**

L'article L. 1111-6 du Code de la Santé Publique, issu de la loi du 4 mars 2002, crée la notion de personne de confiance. Cette loi, dans son titre II intitulé « Démocratie sanitaire », réaffirme les droits des personnes malades, consolide le devoir d'information et de respect de la volonté du patient, et fait de celui-ci l'élément central d'une relation tripartite.

Elle fait suite à l'avis numero 58 « *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche* », du 12 juin 1998, émis par le Comité Consultatif National d'Ethique et des Sciences de la Vie, qui est donc à l'origine de cette notion.

Les personnes dont la capacité de compréhension est faible ou tronquée en raison de leur état de santé se trouvent en difficulté pour consentir valablement à des soins. Face à ces situations délicates, le Comité Consultatif National d’Ethique proposait que soit étudiée la possibilité pour toute personne de désigner un représentant chargé d’être l’interlocuteur des médecins au moment où elle serait hors d’état de s’exprimer.<sup>(8)</sup>

Le code de déontologie médicale et la charte du patient hospitalisé ouvraient déjà la porte à l’information des proches dans certaines situations. Initialement dans le projet de loi, la personne de confiance était uniquement désignée par le patient hospitalisé. Lors de la préparation de la loi, il a été évoqué la possibilité de désigner une personne de confiance pour toute personne qui le souhaite.

La personne de confiance peut, si elle le souhaite, être présente au moment de la consultation dentaire, c’est-à-dire lorsque le chirurgien-dentiste informe le patient et explique le plan de traitement. De ce fait, **le secret médical est levé** à son sujet. Elle pourra également être présente au moment où le patient donne ou pas son consentement à la poursuite des soins. Le texte ne prévoit cependant pas sa présence pendant la réalisation des soins.<sup>(28)</sup>

**La loi du 4 mars 2002 prévoit que cette personne de confiance soit un intermédiaire privilégié pour représenter l’avis du patient, et puisse être consultée sans toutefois se substituer au consentement de la personne.**

La loi française ne cantonne pas l’intervention de la personne de confiance aux patients hors d’état d’exprimer leur volonté mais l’étend aux situations quotidiennes en médecine. Elle est habilitée à accompagner le patient dans son parcours au sein du système de santé, lors des consultations et hospitalisations et à être informée en même temps que le patient.

Ainsi la personne de confiance n’est pas seulement là pour pallier les situations limites, mais pour **s’intégrer dans toute la démarche de soins** dès lors qu’une personne souhaite être accompagnée.<sup>(35)</sup>

Une étude menée par L. Molli<sup>(27)</sup> à propos des résistances des personnes âgées et de leurs familles concernant la rédaction de directives anticipées et la désignation d'une personne de confiance, révèle que ces procédures suscitent une angoisse de mort et des mouvements défensifs chez les patients.

Selon R. Clément<sup>(9)</sup>, les malades âgés de plus de 65 ans et à la retraite connaissent moins bien le principe de la personne de confiance. La connaissance par les malades et les soignants des rôles de la personne de confiance est, d'après lui, insuffisante.

Il suggère la nécessité d'une formation initiale et continue des soignants à ce sujet.

### ***II.3.2.1 - Qui peut désigner une personne de confiance ?***

Toute personne majeure juridiquement capable peut désigner librement une personne de confiance. Les mineurs et les majeurs déjà placés sous un régime de protection sont donc exclus.<sup>(28)</sup>

S'agissant du majeur incapable, s'il n'y a aucune mesure de protection juridique, la désignation est libre tout comme le consentement à l'acte de soins.

Deux hypothèses sont prévues quant au consentement à l'acte médical du majeur diminué non placé sous un régime de protection : <sup>(8)</sup>

- Si le trouble mental ne supprime pas le consentement du sujet, cela signifie qu'il n'a pas entamé le discernement ni la volonté au point d'empêcher un consentement libre et éclairé. Dans ce cas le patient peut choisir une personne de confiance.
- Si le trouble mental fait obstacle à l'expression d'un consentement de qualité, le patient ne saurait valablement désigner une personne de confiance.

Si le majeur sous tutelle a désigné seul sa personne de confiance après sa mise sous tutelle, la désignation est nulle et non avenue. En revanche, si celle-ci est antérieure à la mise sous tutelle, le tuteur a la possibilité de la faire révoquer, son mandat englobant alors celui de la personne de confiance. En cas de litige, il appartient au juge des tutelles de déterminer si la désignation de la personne de confiance par le majeur sous tutelle est ou non valable.

Concernant les autres majeurs incapables, qu'il s'agisse d'un majeur sous curatelle ou sauvegarde de justice, les choix relatifs à sa vie privée restent du ressort exclusif du patient, il pourra donc désigner une personne de confiance autre que son curateur. <sup>(8)</sup>

### ***II.3.2.2 - Qui peut être désigné comme personne de confiance ?***

Selon l'article L 1111-6 du Code de Santé Publique, la personne de confiance peut être un parent, un proche ou le médecin traitant. La notion juridique de proche est assez floue et comme le souligne M. Stettler<sup>(43)</sup> : « *l'absence de critère formel rend très délicate la question de savoir à partir de quel moment il est légitime d'intégrer une personne dans le cercle des proches.* ».

La loi n'apportant aucune précision, il est cependant possible de déduire du terme qu'une personne de confiance est un être humain auquel on peut se fier, qui assure une impression de sécurité et à qui l'on s'en remet. <sup>(15)</sup>

#### Une personne physique

La personne de confiance est une personne physique. Le patient ne peut pas désigner une personne morale, telle qu'une association, pour remplir ce rôle. La mission de la personne de confiance revêt un caractère personnel.

Par ailleurs, l'unicité d'une telle désignation semble évidente, ce qui implique que toute nouvelle désignation annule et remplace les précédentes. <sup>(8)</sup>

#### Une désignation *intuitu personae*

L'*intuitu personae* est une locution latine qui signifie « en considération de la personne ». La confiance suppose la préexistence d'un lien relationnel. Le patient ne devrait pas pouvoir par exemple, désigner un membre de l'équipe soignante faute de le connaître suffisamment pour lui faire confiance. Ceci est mentionné par la loi via le terme de «proche ». <sup>(19)</sup>

La désignation d'une personne de confiance par un malade ne s'impose pas au chirurgien-dentiste qui peut toujours demander à s'entretenir seul avec son patient. La personne de confiance n'a pas de pouvoir de décision mais juste de conseil et d'information auprès du patient.

La loi n'indique pas si la personne désignée doit être majeure. Mais comme le patient désignant sa personne de confiance doit obligatoirement être majeur, il semble tacite que celle-ci le soit aussi. La désignation d'un mineur n'est cependant pas interdite.

Concernant la désignation d'un majeur incapable comme personne de confiance, si le patient a sciemment choisi cette personne, la désignation reste valable car la mesure de protection vise uniquement à protéger l'incapable. Le chirurgien-dentiste garde la possibilité d'évaluer le degré de maturité de la personne désignée avant de la prendre comme interlocuteur privilégié.<sup>(8)</sup>

### ***II.3.2.3 - La procédure de désignation***

La procédure de désignation de la personne de confiance est simple.

En vertu de l'article L 1111-6 du CSP, la désignation de la personne de confiance se fait par écrit. Cette formalité empêche qu'une autre personne puisse arguer de cette qualité en raison d'un mandat oral postérieur, pour participer aux entretiens du praticien avec le malade.

Hormis cette règle, le texte de la loi de 2002 ne fournit aucune précision sur la nature de cet écrit, papier libre ou formulaire préimprimée. Il appartient aux professionnels de faire en sorte de **favoriser un écrit daté et signé afin de préserver une traçabilité.**

La loi ne dicte que les règles essentielles de cette désignation, à charge aux professionnels de santé et à la jurisprudence future de clarifier les situations au cas par cas.

La désignation d'une personne de confiance est une démarche importante. Le choix doit être exprimé clairement. Certains auteurs proposent la mise en place de formalités précises, tel que le port d'une carte<sup>(12)</sup> comme cela se fait déjà pour les dons d'organes ou l'enregistrement de l'acte de désignation par un juge ou par le greffe du tribunal.<sup>(26)</sup>

#### ***II.3.2.4 – Le moment de la désignation***

La désignation de la personne de confiance peut intervenir à tout moment de la vie. De même, elle est révocable à tout moment. La désignation est valable pour une durée illimitée, sauf révocation volontaire du patient.

Les établissements de santé ont l'obligation de proposer au malade cette déclaration lors de toute hospitalisation (article L 1111-6). A chaque nouveau séjour la démarche doit être répétée.

Il n'est pas précisé à qui revient la mission de délivrer l'information, ni à quel moment il convient de le faire. Selon certains juristes<sup>(22)</sup> il serait préférable que l'équipe de soins soit chargée de proposer la désignation d'une personne de confiance. Plus précisément, ce serait au praticien qui délivre les soins qu'incomberait ce devoir, eu égard au dialogue et à la relation privilégiée qu'il entretient avec le patient.<sup>(22)</sup>

Cette désignation ne devrait pas être noyée entre divers documents administratifs. Le rôle de la personne de confiance doit être expliqué au patient pour qu'il comprenne les enjeux et qu'il puisse la différencier de la personne à prévenir. Rien ne s'oppose à une désignation ultérieure, suite à une réflexion prolongée du patient. Cette possibilité doit être rappelée à celui-ci lors de l'entretien initial.

Il convient aussi qu'un document d'information sur le sujet soit remis au patient, même si aucun texte de loi n'y fait obligation. Cette information doit être adaptée à la capacité de compréhension du patient car elle peut être source d'angoisse.

Avec une généralisation de l'utilisation de la personne de confiance, il faut espérer que la désignation de celle-ci devienne moins anxiogène. L'interrogation personnelle concernant cette désignation doit se faire hors de toute contrainte.

Si les établissements de santé ont l'obligation de proposer la désignation d'une personne de confiance, le patient reste libre de procéder ou non à celle-ci.<sup>(8)</sup>

### ***II.3.2.5 - Le consentement de la personne de confiance***

Le consentement de la personne de confiance n'est pas envisagée par la loi. Il paraît cependant indispensable que ce consentement soit acté et précédé d'une information complète sur le rôle de la personne de confiance.

Un dialogue entre la personne de confiance et le patient qui la désigne est primordial avant l'acceptation car la mission de la personne de confiance sera d'être l'assistant, le messager et le porte-parole du malade. Une fois la personne de confiance informée de sa désignation, elle doit indiquer son accord et celui-ci doit être acté sinon sa responsabilité ne peut être retenue, aucun acte unilatéral ne pouvant contraindre un tiers non consentant. <sup>(39)</sup>

### ***II.3.2.6 - Sa mission durant l'hospitalisation***

Son rôle varie selon l'état de santé du patient qui l'a désignée.

- **Si le patient est lucide**, la personne de confiance l'accompagne et l'assiste. Le secret médical est levé pour permettre à la personne de confiance de l'aider dans la prise de décisions.
- **Si le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté**, le praticien consulte obligatoirement la personne de confiance, la famille, ou à défaut, les proches (article L. 1111-4). Sans ce préalable, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée sauf urgence ou impossibilité d'y procéder.

**La personne de confiance a un rôle purement consultatif. Elle ne se substitue pas au patient, même lorsque celui-ci n'est pas en état de s'exprimer.**

Après s'être entretenu avec la personne de confiance, le praticien prend sa décision dans l'intérêt du patient. Celle-ci peut être commune mais en cas de désaccord, c'est au praticien qu'incombe finalement le choix.

### ***II.3.2.7 - Sa mission en dentisterie libérale***

Dès 2004, G. Moutel et C. Manouil proposaient la désignation d'une personne de confiance en médecine de ville, afin d'améliorer la prise en charge des patients.<sup>(36)</sup> Dans la pratique libérale de l'odontologie, la personne de confiance peut aussi être un atout pour le praticien dans sa relation avec le patient.

Avec cette nomination, **le duo praticien-patient est remplacé par une relation tripartite incluant la personne de confiance**. Le praticien n'a plus en théorie, ni à consulter les membres de la famille, ni à les informer de l'état de santé du malade mais seulement à consulter et informer la personne de confiance et le malade lui-même.

Bien entendu, on ne peut pas en pratique exclure la famille de la prise en charge globale du patient. En cas de pathologie grave, la présence de la famille et des proches reste toujours un soutien, tant pour le patient que pour les soignants. Il convient donc d'informer ces tierces personnes comme il se doit.

Le dialogue peut être direct entre le chirurgien-dentiste et la personne de confiance, alors même que le malade est lucide. Cela nécessite bien entendu l'accord préalable du patient.

Si le malade n'est pas capable de s'exprimer, le rapport est également direct entre le praticien et la personne de confiance. Le chirurgien-dentiste est censé la contacter avant la famille ou les proches. Négliger cette étape peut être considéré comme une faute. Il est nécessaire de retranscrire dans le dossier de soins les efforts faits pour contacter la personne de confiance.

Ce tiers peut, pour le chirurgien-dentiste, faciliter la mise en oeuvre des conseils d'hygiène donnés au patient et veiller à la bonne observance des prescriptions médicamenteuses.

**La prévention passe donc, dans le cas du patient vulnérable, par l'éducation et l'information de la personne de confiance**, du tuteur légal ou du détenteur de l'autorité parentale, qui pourront veiller à l'application des recommandations et au bon suivi des traitements en dehors du cabinet.

### **II.3.3 - Interrogations sur la personne de confiance et les directives anticipées**

Les directives anticipées sont souvent source de problèmes pratiques ou moraux.

D'une part ces directives se montrent parfois peu explicites, mais en plus il n'est jamais certain que le patient n'ait pas changé ses préférences en oubliant de modifier la directive.

Pour le professionnel de santé, la directive anticipée ne va pas toujours dans le sens du meilleur intérêt médical du patient, ce dernier ne pouvant pas anticiper l'évolution de sa santé lorsqu'il était encore capable de jugement.

Concernant la personne de confiance, il est possible qu'elle ne soit pas disponible au moment crucial ou ne s'avère pas elle-même capable de prendre la bonne décision pour le patient.

Dans certains cas, le patient lui-même peut s'opposer à la décision de sa personne de confiance.

Il peut arriver que le décideur de substitution prenne une décision avec laquelle le praticien n'est pas d'accord et se trouve devant le dilemme d'agir contre sa conscience. Si la personne de confiance s'oppose à des soins jugés nécessaires par le praticien, celui-ci est dans une situation délicate.

Certains patients n'ont pas une compréhension suffisante de l'éventail des décisions qu'un praticien ou un décideur de substitution peut avoir à prendre, et, même si la compréhension est adéquate, ils ne peuvent prévoir les situations cliniques et tous les cas de figure possibles.<sup>(3)</sup>

En conclusion, on peut se demander si dans certaines circonstances le recours à la personne de confiance ne constitue pas un obstacle pour le praticien qui ne peut agir dans l'intérêt du patient tel qu'il le perçoit.

Si enfin, l'avis rapporté par la personne de confiance est contraire aux intérêts de la santé publique (refus de dépistage d'une maladie contagieuse, refus de vaccination...), peut-on s'en affranchir ? Ces questions devront être évaluées en fonction des pratiques.

Ainsi, malgré les aspects positifs de la personne de confiance, il faut avoir conscience des limites de ce concept. Il faut en particulier se garder de dérives qui consisteraient à passer de la simple consultation de la personne de confiance à l'exigence du consentement de cette personne, qui serait un consentement pour autrui.

Soulignons enfin le poids de la responsabilité pour cette personne de confiance, qui n'aura parfois ni la compétence ni peut être la volonté d'éclairer des choix difficiles. Quand la personne de confiance accepte, cela fait peser sur elle une lourde charge en cas de survenue de complications.

On peut ajouter le fait que la personne de confiance peut se trouver en possession de tous les éléments médicaux d'un patient sans être assujettie au respect du secret médical, ce qui, en cas de divulgation par son intermédiaire, est une fragilisation de ce principe. Il y a donc **une réflexion à mener sur l'information et l'éducation de la personne de confiance quant à ses responsabilités.**<sup>(31)</sup>

## **II.4 - Cas des mineurs**

L'article 388 du Code Civil définit le mineur comme un individu qui n'a pas encore l'âge de 18 ans accompli. Il reste sous l'autorité de son père et de sa mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Cela signifie que pour les principaux actes de la vie courante, les décisions doivent être prises par les titulaires de l'autorité parentale. C'est le cas pour les décisions relatives aux soins médicaux.

Néanmoins, les professionnels de santé tendent actuellement à consulter également l'enfant lorsqu'une décision importante le concernant doit être prise. Cette évolution s'élabore conformément à l'histoire du consentement des personnes majeures. Il est possible de rechercher une cause de cette tendance dans l'évolution du statut du mineur au sein de la famille, du système de soins, et de la société.

### **II.4.1 - Le mineur et la personne de confiance**

**Le mineur est par définition incapable.** Ce sont les titulaires de l'autorité parentale qui exercent la mission de la personne de confiance à son égard. Il est à noter que les tuteurs ne peuvent pas désigner une personne de confiance au nom de leur enfant mineur.

### **II.4.2 - Un enfant peut-il être autonome ?**

Le principe d'autonomie repose sur la conception d'un être humain doué de raison et de moralité, capable de comprendre les informations qui lui sont données, et de déterminer par lui-même ce qu'il juge être bon pour lui.

L'enfance est justement caractérisée par l'éducation et l'apprentissage qui feront d'un être immature une personne consciente et responsable.

Un enfant n'est pas autonome lorsqu'il naît, il le devient peu à peu. Son autonomie est en évolution pendant plusieurs années avant de lui permettre réellement de faire des choix éclairés.

L'acquisition de l'autonomie ne peut se réaliser qu'à travers l'expérimentation. Les erreurs participent autant à cet apprentissage que les réussites. Cependant, l'importance accordée à la santé oblige à s'interroger sur la légitimité de prendre le risque d'une erreur de jugement dans ce domaine. La difficulté consiste à apprécier le degré d'autonomie déjà acquis par l'enfant avant de lui donner la possibilité de choisir à hauteur de ses capacités.

A cet égard, **le principe de bienfaisance semble mieux adapté au problème de la décision des soins pour un mineur**. L'aspect contractuel de la relation médecin-malade et la supposition que l'enfant peut décider de façon éclairée pour lui-même sont mis de côté. Le bien de l'enfant doit être recherché, dans le respect de ses facultés de compréhension et de choix au moment de la décision. <sup>(16)</sup>

Cette bienfaisance est requise par le fait que le praticien qui donne les soins prend une responsabilité envers son patient, quel que soit son âge, et par le fait que les parents sont dépositaires d'une responsabilité dans l'éducation et la santé de leur enfant.

### **II.4.3 - Le consentement du mineur et l'autorité parentale**

*L'article 371-1 du Code Civil énonce que «L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »*

Depuis plusieurs années, de nombreux textes nationaux et internationaux ont été élaborés en faveur des droits de l'enfant. (Circulaire du 1er août 1983 sur l'hospitalisation de l'enfant, la Charte de l'enfant hospitalisé de 1988, ou bien encore la Convention Internationale sur les droits de l'enfant de 1989).

Globalement, les titulaires de l'autorité parentale restent responsables des décisions concernant leur enfant, mais dans certains cas, le consentement du mineur peut être recherché en plus de celui de ses parents.<sup>(16)</sup>

La charte du patient hospitalisé précise que le mineur doit être informé en fonction de son âge et de sa maturité, indépendamment de l'information donnée aux parents. L'article L.111-4 du Code de Santé Publique indique que le consentement du mineur doit être systématiquement recherché. La loi indique qu'il faut informer le plus possible le mineur, et s'efforcer de rechercher son consentement lorsque celui-ci est en âge de comprendre l'information. L'admission d'un mineur à l'hôpital doit se faire à la demande d'une personne exerçant l'autorité parentale ou judiciaire.

Le mineur a aujourd'hui la possibilité d'opposer le secret médical au détenteur de l'autorité parentale ou de l'autorité légale. Il doit alors se faire accompagner de la personne majeure de son choix.<sup>(28)</sup>

Ce n'est pas une personne de confiance au sens de la loi de 2002 puisque si l'enfant perd la capacité de s'exprimer, le rôle de l'adulte qu'il a choisi comme accompagnateur prend fin et ce sont les titulaires de l'autorité parentale qui retrouvent leurs prérogatives.<sup>(8)</sup>

L'article L.1111-5 du Code de la Santé Publique indique que par dérogation au principe de l'autorité parentale, **le chirurgien-dentiste peut se passer du consentement des parents sous conditions :**

- Que le traitement ou l'intervention s'imposent pour sauvegarder la santé du mineur,
- Que le mineur s'oppose expressément à consulter ses parents,
- Que le médecin s'efforce néanmoins de convaincre le mineur,
- Que les parents soient informés
- Que le mineur soit accompagné d'un majeur.

Toutefois, la décision d'informer ou non les parents reste à la libre appréciation du praticien.

### ***II.4.3.1 - Cas particulier des familles recomposées***

Le père et la mère exercent en commun l'autorité parentale, mais pour les actes de la vie courante, tels les soins dentaires, ils peuvent consentir individuellement. <sup>(6)</sup>

L'article 373-2 du Code Civil précise que « *La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.* » Dans tous les cas, l'accord parental et l'information de l'enfant sont nécessaires.

L'article 373-2-1 ajoute : « *Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.* » Dans ce cas l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le Tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf pendant le droit de visite et de surveillance de l'autre. <sup>(14)</sup>

La question de la légitimité et des droits des beaux-parents est un sujet actuellement très débattu. A défaut d'être titulaire des prérogatives de l'autorité parentale, on constate que dans la pratique le beau-parent exerce de fait un certain nombre de ces devoirs, notamment d'éducation et d'entretien.

Dans la plupart des cas la question ne se pose pas au quotidien : à l'instar du concubinage inscrit dans les moeurs, la recomposition familiale est acceptée par les acteurs de la vie de l'enfant, dont le chirurgien-dentiste traitant. Mais il arrive que cette carence juridique génère de nombreux obstacles : le beau-parent ne peut donner son consentement à une admission à l'hôpital ni à une opération chirurgicale, qu'elle soit urgente, de routine ou nécessaire.

Accompagner l'enfant à des soins dentaires fait partie des actes usuels, dits de gestion courante, relatifs à la surveillance et à l'éducation, et effectués comme tels par le beau-parent. **A ce titre, le beau parent peut consentir aux soins dentaires courants, à l'exception des actes de chirurgie relevant de l'autorité parentale.** <sup>(6)</sup>

### ***II.4.3.2 - La recherche de l'adhésion de l'enfant***

Dans la majorité des cas, les décisions sont laissées aux titulaires de l'autorité parentale et la consultation de l'enfant vient dans un second temps. Seul son refus peut, dans certains cas, aller à l'encontre de la décision des parents. Mais dans ces cas précis, la responsabilité des parents, qui sont tenus de préserver la santé et l'intégrité physique et morale de l'enfant, et la responsabilité professionnelle du chirurgien-dentiste, ne peuvent être mises en défaut.

Autrement dit, **le refus du mineur ne peut porter que sur des actes facultatifs.**

Pour les soins prodigués à un mineur, si la loi n'oblige pas les parents et le chirurgien-dentiste à obtenir le consentement explicite de celui-ci, dans les faits, la tendance est actuellement à rechercher sinon un consentement explicite, du moins une adhésion de l'enfant aux soins. Cette exigence est récente, et relève plus d'un devoir moral que d'une obligation légale. **Cette adhésion de l'enfant passe par une information claire et adaptée à l'âge et à l'état de l'enfant.**

De nombreux praticiens et services hospitaliers développent à présent des supports pédagogiques ou ludiques qui permettent aux enfants de comprendre de quoi ils souffrent, et de quelle manière leur problème va être traité. Certains services de pédiatrie ou certains réseaux de santé disposent même d'une feuille de consentement aux soins destinée aux mineurs.<sup>(16)</sup>

Ces documents ne sont pas obligatoires, contrairement aux feuilles de consentement destinées aux parents, mais elles permettent de laisser à l'enfant une trace de l'information et une preuve de son engagement.

Par exemple lors de traitements orthodontiques, une information de qualité, délivrée avec empathie, dans un climat de confiance et en adaptant le message au patient, permet une meilleure compréhension du traitement et renforce la motivation du patient.

Cette motivation entraîne une coopération accrue dont les effets positifs se ressentent sur la qualité du résultat final. De plus on peut espérer qu'une bonne information de l'enfant diminue le risque d'abandon en cours de traitement.<sup>(7)</sup>

Une information donnée à l'enfant de manière adaptée lui permet de prendre une part plus active dans son traitement, et d'améliorer ainsi sa compliance aux soins, voire parfois de hâter sa guérison.<sup>(16)</sup>

Cette recherche de l'adhésion de l'enfant, qu'elle soit formalisée par un document ou non, peut se justifier de plusieurs manières. Le praticien a une sorte d'impératif moral à informer l'enfant du sort qui lui est réservé. Même si son degré légal de responsabilité n'est pas le même que celui d'un adulte, il demeure un être humain. Cette évolution va de pair avec l'abandon progressif du paternalisme médical. Au même titre qu'un adulte et à défaut de pouvoir consentir par lui-même, le mineur a le droit au même respect de sa personne.

Enfin, on peut aussi identifier, dans ce type de démarche, le résultat d'une tendance évoquée plus haut, à savoir une évolution de la place de l'enfant, à la fois dans la société, dans le système de soins et dans la famille. Les principes d'éducation évoluent, de même que la composition des familles. L'explosion des familles monoparentales et des familles recomposées offrent aux enfants une place différente de celle occupée par leurs parents au même âge.

Le chirurgien-dentiste dans sa pratique quotidienne n'échappe pas à cette évolution des rôles et places de chacun. Les patients gagnent en autonomie et en responsabilité, les enfants, eux aussi, gagnent en attention.

### **III - Conduite à tenir pour le chirurgien dentiste**

#### **III.1 - Evaluer la capacité à consentir**

Une information, même délivrée de façon claire, loyale et appropriée n'est pas toujours comprise.

Christian Hervé et coll.<sup>(18)</sup> ont étudié les résultats d'un questionnaire rempli par 51 patients diabétiques chez qui un prélèvement ADN a été effectué, après consentement éclairé, dans le cadre d'une recherche génétique sur le diabète. Quelques semaines après la fin du protocole, aucun des patients ne se souvenait avoir donné de l'ADN et aucun ne se souvenait avoir signé un consentement, 29% se rappelaient avoir participé à un protocole de recherche médicale et seuls 16% connaissaient le rôle de l'ADN.

Pour mesurer l'autonomie, il convient d'**évaluer la « compétence »** du patient comme nous l'avons vu précédemment. Il faut évaluer sa capacité à comprendre et à manipuler l'information reçue. Il doit pouvoir prendre des décisions sur la base de cette information en sachant justifier cette décision. Le niveau de compétence requis doit être proportionné à l'importance et à la gravité de la décision à prendre.

Dans le cadre d'un soin programmé, le consentement doit être systématiquement recherché *«dans la mesure où le patient est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision»* (art.L.1111-4 du Code de la Santé Publique). Ainsi, c'est cette aptitude à consentir qu'il faut évaluer. Dans le cas où la personne majeure sous protection est inapte à consentir, c'est le tuteur, curateur ou mandataire qui peut consentir aux soins lorsque la balance bénéfices-risques lui aura été expliquée.

Enfin, même avec l'accord du tuteur, curateur ou mandataire, il arrive que la personne sous protection refuse catégoriquement le soin; c'est alors au tribunal d'autoriser le traitement malgré le refus.

Dans le contexte de l'urgence, le praticien peut donner des soins sans consentement si le pronostic vital est engagé et lorsqu'il est impossible de joindre le tuteur, curateur ou mandataire en temps utile.

Il faut aussi **évaluer la liberté du patient** : Le consentement n'est pas valide si la personne agit sous la contrainte extérieure (menace, chantage, pression d'une récompense, etc...) ou si le patient fait l'expérience de contraintes intérieures fortes (dépression, etc...) <sup>(42)</sup>

## **III.2 - Obtenir le consentement éclairé**

Les fondements de l'obligation d'informer qui incombe au chirurgien-dentiste sont évidents. Le droit à l'intégrité physique implique que le patient puisse accepter ou refuser une intervention qui lui est proposée. Il doit pouvoir donner son consentement en toute connaissance de cause et c'est pourquoi il doit disposer de toutes les informations pertinentes. Les fondements de l'obligation d'information sont donc constitués par le droit à l'intégrité physique également appelé droit à l'autodétermination.

Le contenu de l'information à délivrer dépend des raisons pour lesquelles il est fait appel au praticien. En général, la question du patient ne sera pas formulée de manière spécifique, mais il s'adressera au praticien en faisant état de ses doléances. Il est dès lors beaucoup plus difficile de déterminer un cadre normatif au sein duquel le contenu de l'information doit être apprécié. <sup>(13)</sup>

### **III.2.1 - Informations à donner**

Le consentement doit être sous-tendu par une information de qualité à laquelle tout professionnel de santé est tenu. Après avoir été informé, le malade peut, s'il en est capable, accepter ou refuser le traitement qui lui est proposé.

Concernant les caractéristiques de l'information de nature à éclairer le consentement, la Chambre civile de la Cour de cassation soulignait le 21 décembre 1961, qu'elle devait être "*simple, approximative, intelligible et loyale*". Plus récemment, le 14 octobre 1997, elle était qualifiée comme devant être "*loyale, claire et appropriée*".

Concernant la façon de délivrer l'information, l'article 35, alinéa 1er du décret du 6 Septembre 1995 du nouveau code de déontologie médicale déclare : « *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 proposés. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille sur sa compréhension* »

Concernant son caractère exhaustif et les conséquences potentielles de l'acte, il était admis que l'information pouvait se limiter aux risques normalement prévisibles (Cass. Civ., 17 novembre 1969), adaptés à la nature de l'acte (Cass. Civ., 1981).

Mais le Conseil d'Etat, par deux arrêts publiés en l'an 2000, a précisé que lorsqu'un acte médical comporte un risque de mort ou d'invalidité, le patient doit en être informé.

Les risques doivent être, dans la mesure du possible, expliqués, ainsi que les conséquences du refus par le patient d'un acte de dépistage, de diagnostic ou d'un acte de soins.<sup>(14)</sup>

Les alternatives thérapeutiques et leurs conséquences doivent aussi être renseignées.

En 1959, la Cour de cassation précisait que cette information devait être exempte de dol, c'est-à-dire qu'aucun fait pouvant conduire le patient à ne pas consentir ne devait lui être caché.

La loi du 4 mars 2002, atténuée quelque peu la portée de cette décision en précisant que seuls les risques fréquents ou graves normalement prévisibles doivent être portés à la connaissance du patient, c'est-à-dire que cela exclut les risques exceptionnels.<sup>(29)</sup>

Elle stipule que l'information porte sur « *les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée sauf en cas d'impossibilité de la retrouver* » (Art.L.1111-2.)

Rappelons qu'au delà de la loi du 4 mars, le code de déontologie rappelle que l'information du patient peut être modulée dans l'intérêt du malade en fonction du contexte, de sa personnalité et de sa psychologie du moment.<sup>(29)</sup>

Il convient de souligner l'obligation d'une information sur les frais auxquels le patient pourrait être exposé à l'occasion d'activités de prévention et de soins et les conditions de leur prise en charge. Ainsi, le chirurgien-dentiste doit, avant l'exécution d'un acte, informer le patient de son coût et des conditions de remboursement par les régimes obligatoires d'assurance maladie.<sup>(33)</sup>

L'information est délivrée en entretien individuel, éventuellement en présence de la personne de confiance. Les buts sont d'éclairer le patient sur son état de santé, lui décrire la nature et le déroulement des soins, lui fournir les éléments permettant de prendre la décision d'accepter ou de refuser les actes diagnostiques ou thérapeutiques qui lui sont proposés, consolider la relation de confiance et obtenir sa participation active aux soins.<sup>(28)</sup>

Il faut utiliser un vocabulaire approprié, l'utilisation de modèles ou de photographies peut aider à la compréhension. La délivrance d'un papier, même signé par le patient ne garantit pas la compréhension et n'affranchit pas le praticien de son devoir d'information et de conseil.<sup>(28)</sup>

Il est nécessaire d'analyser comment doivent être intégrés, au sein de la relation médecin-patient, la qualité de l'information et de l'éducation à la santé. Ceci doit amener à considérer les éléments objectifs qui peuvent être exposés aux patients et l'esprit dans lequel cette démarche doit être opérée, en prenant en compte autant les aspects bénéfiques que les incertitudes induites par la thérapeutique, en particulier en termes de bénéfice individuel.<sup>(33)</sup>

L'information délivrée par le médecin doit reposer sur les données acquises de la science. Cette information ne s'arrête pas à la fin de la consultation, et le praticien peut compléter ou revenir sur des données déjà délivrées au patient si les connaissances scientifiques ont évolué entre temps. Ce qui impose un devoir d'actualisation permanente des connaissances de la part du chirurgien dentiste.

L'information est un support essentiel de la relation médecin-patient dès qu'il s'agit d'exposer des données délicates. Ainsi, quand la preuve d'une tendance n'est pas établie (dans le sens positif comme dans le sens négatif), le discours du clinicien n'est pas de prendre parti (ce qui reviendrait à donner une information tronquée).<sup>(3)</sup>

### III.2.2 - Obligation de Conseil

L'obligation d'informer doit également s'associer à une obligation de conseil. L'obligation de conseil se situe au-delà de la simple mission d'information, elle relève d'un parti pris thérapeutique du clinicien guidé par l'intérêt de son patient (l'obligation de conseil n'exclut donc pas des réserves diverses qui peuvent être formulées). Le patient vient, en effet, fréquemment chercher une solution thérapeutique adaptée à sa pathologie, plutôt qu'une simple information de principe.<sup>(38)</sup>

Au delà des soins et de l'information, le chirurgien-dentiste a aussi un important **rôle d'éducation thérapeutique** envers ses patients, notamment au niveau de l'hygiène et de la maintenance des traitements.

L'Organisation Mondiale de la Santé a souligné en 1998 quatre points importants sur l'éducation thérapeutique des patients et leur information :

- Il est important de former le malade pour qu'il puisse acquérir un savoir-faire adéquat, afin d'arriver à un équilibre entre sa vie et le contrôle optimal de la maladie.
- L'éducation thérapeutique du patient est un processus continu qui fait partie intégrante des soins médicaux.
- L'éducation thérapeutique du malade comprend la sensibilisation, l'information, l'apprentissage, le support psychosocial, tous liés à la maladie et au traitement.
- La formation doit aussi permettre au malade et à sa famille de mieux collaborer avec les soignants.

*(OMS - Therapeutic patient education. Continuing education programmes for health care providers in the field of prevention of chronic diseases. Octobre 1998)*

Suivre ces quatre points est important dans la prise en charge de la santé bucco-dentaire des patients, en particulier dans la prévention de la maladie carieuse et des parodontopathies chez les patients vulnérables. Il est fondamental que le chirurgien-dentiste devienne un conseiller efficace et un guide pour aider à exercer l'autonomie des patients et les former sur les concepts en jeu. Ceci nécessite une réelle approche d'éducation à l'hygiène, à la santé et un approfondissement de la réflexion éthique.

Cette approche est d'autant plus essentielle qu'il existe de nombreuses situations cliniques où les principes sont difficiles à exercer face à la difficulté de compréhension des patients, à leur souffrance physique, psychique ou sociale, à la douleur et au handicap.

Dans certains cas, cette formation devra être prodiguée à la personne la mieux placée pour utiliser ces connaissances, et pour en faire appliquer les principes au patient incapable de le faire lui-même. Ce sera par exemple le rôle de la personne de confiance, du titulaire de l'autorité parentale, du tuteur...

L'éducation thérapeutique du patient a pour but de l'aider à acquérir et maintenir les compétences dont il a besoin pour gérer au mieux son hygiène, sa santé et pour faire face aux pathologies. Elle fait partie intégrante et de façon permanente de la prise en charge du patient. Il s'agit de rendre les patients conscients et informés de leur pathologie.

### **III.2.3 - Garder une trace du consentement**

Le consentement dans les pratiques de soins peut demeurer verbal et n'a pas besoin d'être écrit. Il reste ainsi conforme à l'esprit de l'arrêt Mercier du 20 mai 1936 qui définissait la nature de la relation contractuelle entre un patient et son médecin : *« Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon de guérir le malade du moins de lui donner des soins consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité également contractuelle ».*

La loi n'exige pas toujours d'écrit, mais souligne l'importance de la relation et de l'échange avec le patient. D'une manière générale, la relation de soin s'apprécie en termes de sincérité, et non pas de formalités.

L'article R.1112-2 du Code de la Santé Publique indique qu'il ne doit figurer de consentement écrit du patient ou de son représentant légal que *« pour les situations où ce consentement est requis sous cette forme par voie légale ou réglementaire ».*

De multiples dispositions soumettent la pratique de certains actes à un consentement écrit, cependant peu d'entre elles peuvent concerner directement le chirurgien-dentiste :

- Les prélèvements de tissus ou de cellules du corps humains et leurs dérivés (prélèvements pour analyse anatomopathologique d'une lésion)
- Les interventions chirurgicales sur un mineur
- Les examens des caractéristiques génétiques (dans le cas de recherche de facteurs de risques pour la parodontologie ou la maladie carieuse).

**En dehors de ces dispositions prévues par la loi, le consentement écrit n'est donc pas obligatoire.**

La jurisprudence s'est toujours montrée très réticente quant à tout ce qui pouvait conduire à une formalisation excessive de ce consentement. L'information cosignée n'est donc pas une décharge de responsabilité pour le praticien, et la démarche peut, au contraire, provoquer la méfiance du patient. <sup>(1)</sup>

Ainsi, l'écrit, lorsqu'il n'est pas obligatoire, est utile pour solenniser le moment, témoigner de l'attention que porte le praticien à sa relation avec le patient et marquer l'importance du consentement de celui-ci. En revanche, il devient inutile et dangereux s'il n'est que formel, et risque de créer une inquiétude, voire une angoisse.<sup>(44)</sup> L'écrit signé par le patient peut être perçu comme un acte de défiance et de protection et pourrait avoir comme conséquence néfaste de dispenser certains praticiens peu consciencieux d'un entretien complet avec le patient.

Enfin, de nombreux praticiens et juristes soulignent que la relation praticien patient doit rester dans l'oralité comme le montrent les études d'Yves Bertrand Noel NDJANA.<sup>(37)</sup>

Le dossier médical personnalisé est une solution intéressante. C'est la raison pour laquelle le Conseil National de l'Ordre accompagne positivement cette évolution technologique qui à ce jour reste encore à concrétiser.<sup>(25)</sup>

L'obligation de tenir un dossier médical apparaît dans le Code de Déontologie, à l'article 45 : *« le médecin doit tenir pour chaque patient une fiche d'observation qui lui est personnelle ; cette fiche est confidentielle et comporte les éléments actualisés, nécessaires aux décisions diagnostiques et thérapeutiques. »*

La bonne tenue du dossier médical est primordiale. Un dossier complet et bien tenu est une preuve majeure de bonnes pratiques en cas de litige entre le patient et son chirurgien-dentiste. En odontologie, il doit contenir les données personnelles, le motif de consultation, l'anamnèse médicale et bucco-dentaire, l'examen clinique, les examens complémentaires, le diagnostic et le plan de traitement, le détail des actes pratiqués et tout document annexe ou de tracabilité.<sup>(23)</sup>

Des formulaires ou des fiches d'information et de consentement peuvent être utilisées comme une aide à la compréhension du patient, mais ils ne sont pas suffisantes pour apporter la preuve de la bonne information de ce dernier. Ils ne sont qu'un des éléments de l'ensemble du processus d'information. C'est la conviction, mise par le médecin dans son information pour aider le patient à prendre la décision adaptée, qui prime.

**En cas de litige, c'est au médecin qu'il incombe d'apporter la preuve qu'il a donné l'information** souhaitable au patient et reçu le consentement de celui-ci, comme précisé dans l'arrêt Hédreul. Antérieurement cette preuve était à la charge du patient.

Cet arrêt n'est que la stricte application de l'article 1315 du Code Civil qui précise que *« celui qui se prétend libéré de son obligation doit prouver le paiement ou le fait qu'il a produit l'extinction de son obligation »*.

Il est évident que le domaine de la dentisterie ne peut faire l'objet pour chaque acte unitaire d'une information protocolaire de ce type.<sup>(1)</sup> Mais il est conseillé d'établir un bilan global sur un document à remettre pour information au patient, signalant par exemple l'état antérieur (parodonte, obturations et prothèses déjà en bouche), les recommandations d'hygiène et traitements médicaux éventuels, les risques liés aux extractions dentaires si elles sont envisagées, les risques inhérents aux reprises de traitement canalaire.

En pratique, l'écrit signé par le patient n'est pas le moyen le plus adapté pour apporter la preuve d'une bonne information. De plus, il est contraire à la nature de la relation médecin-patient. Des éléments beaucoup plus pertinents peuvent être retenus comme la tenue du dossier médical dans lequel le médecin doit exposer ce qu'il a expliqué au patient, la mise à disposition de documents et de brochures d'information pédagogiques, le temps de consultation consacré au patient, les bonnes pratiques organisationnelles, le contenu des courriers échangés entre confrères et dont le double a pu être remis au patient, cette pratique étant de plus en plus recommandée, d'autant qu'elle s'inscrit dans la logique du libre accès du patient à son dossier médical. <sup>(33)</sup>

En 2009, une enquête pilote recueillant le vécu de patients au début ou pendant leur traitement orthodontique a révélé que les patients souhaitaient une information plus détaillée et qu'ils n'avaient qu'une faible compréhension de la thérapeutique suivie. L'enquête aboutit sur la proposition d'un guide d'accompagnement et d'information à remettre au patient lors d'un tel traitement. Il semblerait selon cette étude que les enfants de moins de 12 ans seraient plus sensibles à un mode de communication de type DVD et qu'à partir de 13 ans, le livret explicatif soit la solution de préférence. <sup>(7)</sup>

### **III.2.4 – Sanctions et notion de « perte de chance »**

*«Il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen »* (Article L.1111-5 du Code de la Santé Publique)

Quand on commente le droit au consentement du patient, il faut distinguer le consentement de conclure un contrat médical, du consentement d'atteinte à l'intégrité physique inhérente au traitement médical. Un traitement médical par lequel il est porté atteinte à l'intégrité physique du patient sans son accord répond à la qualification de coups et blessures volontaires. <sup>(13)</sup>

Dans les conflits médecins-patients, on fait intervenir successivement si aucune solution n'est trouvée : le tribunal de grande instance, la cour d'appel, la cour de Cassation.

Dans le cadre de la pratique hospitalière, interviennent : le tribunal administratif, la cour administrative d'appel voire le Conseil d'Etat.

En droit, la théorie de la responsabilité civile professionnelle repose sur le principe selon lequel le préjudice causé à autrui doit être indemnisé. Partant de cette base, les textes et la jurisprudence, sont parvenus à un critère reposant sur trois points : <sup>(20)</sup>

- **La faute** : le chirurgien-dentiste est tenu d'une « obligation de moyens », par opposition à « l'obligation de résultat ». Cela signifie que le praticien est tenu de mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour apporter à son patient des soins en accord avec les données acquises de la science, mais ne peut être tenu de parvenir obligatoirement à la guérison. Il commet une faute professionnelle si les soins qu'il pratique ne sont pas reconnus par la science comme les mieux adaptés au cas qui lui est soumis.
- **Le préjudice** : le patient consulte le professionnel de santé pour parvenir à la guérison de ses pathologies, à la fin de ses souffrances, ou à la récupération fonctionnelle. Si les soins pratiqués parviennent au résultat inverse, c'est-à-dire à une aggravation de son état ou à l'apparition d'une nouvelle pathologie, le patient subit un préjudice au lieu de bénéficier d'une amélioration.
- **Le lien de causalité** : si l'existence d'une faute professionnelle est établie, et si une aggravation est constatée, il faut démontrer que cette faute a bien été cause de l'aggravation.

Le lien de causalité est la plupart du temps le plus subtil à établir des trois critères énumérés ci-dessus.

Prenons l'exemple d'un rugbyman qui consulte son chirurgien-dentiste à cause d'une sensibilité dentaire. Le praticien entreprend de dévitaliser la dent alors qu'il n'est pas nécessaire de recourir à cette extrémité. L'après-midi même à l'entraînement, le sportif est victime d'un choc et se brise la dent qui est en cours de traitement : la dent est effectivement perdue, mais à cause de l'accident et non de la faute du dentiste.

Il n'y a pas en l'espèce de lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Mais dans le cas où la faute reprochée au praticien est un défaut d'information, ne permettant pas à ce dernier de donner un consentement réellement éclairé, ce n'est pas cette faute qui est la cause d'une aggravation de son état ou de ses souffrances, ce sont les actes médicaux subséquents en eux-même.

La trilogie décrite ci-dessus est dès lors composée d'un préjudice, l'aggravation de l'état de santé, d'une faute, l'absence de consentement éclairé faute d'une information suffisante, mais il manque le lien de causalité entre la faute et le préjudice dans la mesure où l'aggravation est causée par le geste médical ou par l'évolution de l'affection, mais pas par ce défaut d'information. Pourtant ce défaut d'information, qui conditionne la notion d'absence de consentement éclairé, est une atteinte à la déontologie médicale.

La jurisprudence a ainsi élaboré la notion de « perte de chance », selon laquelle le patient peu ou mal informé perd la chance qui lui est offerte de refuser le soin qui lui est proposé en considération des risques qu'il présente.

Le juge ayant à traiter une telle procédure, doit rechercher si le patient a ou non reçu de son praticien une information le mettant en mesure d'apprécier réellement le risque encouru, l'alea thérapeutique, et de prendre en connaissance de cause la décision d'accepter ou de refuser le traitement proposé.

La jurisprudence a adopté le principe selon lequel l'indemnisation de la « perte de chance » ne saurait être strictement égale à l'indemnisation du préjudice physiologique subi par le patient, mais seulement à une partie de ce préjudice, le reliquat étant imputable, en l'absence de toute autre faute du praticien, à l'inévitable alea thérapeutique. <sup>(20)</sup>

Dans le cas d'une personne vulnérable, la procédure est la même, l'information doit être délivrée au patient, ou à la personne qui a la compétence de prendre la décision de consentir aux soins à sa place.

### III.2.5 - Le refus de soins

#### II.2.5.1 – Aspect légal

Le juge est libre de se référer à la jurisprudence de 1973 selon laquelle le patient a le droit de refuser le soin, mais le chirurgien-dentiste a aussi le devoir d'accomplir un acte indispensable à la survie du malade et proportionné à l'état de santé de ce dernier, après avoir tout mis en œuvre pour le convaincre.

Cette jurisprudence a été appliquée en 2001 et 2002 dans des affaires opposant des témoins de Jéovah aux hopitaux publics à propos de transfusions sanguines. Ce type de situation est rare en odontologie mais nous pouvons par exemple rencontrer des patients à haut risque d'endocardite présentant une infection d'origine dentaire. Nous devons donc tout faire pour convaincre le patient de recevoir les soins indispensables.

En cas de refus de soins, le praticien doit trouver un équilibre entre :

- **Le respect de la volonté du patient:** *« Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences »* (art. 36 du Code de Déontologie Médicale)
- **Son devoir impératif d'assistance et de soins :** *« Tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires »* (223.6 du Code pénal)
- **Son obligation d'assurer personnellement au patient des soins fondés sur les données acquises de la science :** *« Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents»* (art 32 du Code de déontologie médicale).

Le patient peut ne pas accepter une proposition de soin. De son côté, le praticien ne souhaite pas se voir reprocher une absence de soins ou des soins incomplets : pour cela il ne doit pas accepter trop facilement de s'abstenir, ce qui pourrait être considéré comme une omission de porter secours, ni passer outre le refus et imposer les soins, ce qui irait à l'encontre du respect de l'autonomie et de la liberté individuelle du patient.

La loi du 4 mars 2002 prévoit le refus de soins : *«Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical ».*

Le chirurgien-dentiste ne peut plus imposer un acte thérapeutique qu'il juge indispensable. Il doit élaborer une stratégie de prise en charge tenant compte de la volonté du malade et de l'éventuelle gravité de la pathologie.

Le droit de donner ou non son consentement est une liberté fondamentale. Le médecin confronté à un refus de soins, doit tout mettre en oeuvre pour obtenir le consentement. À défaut de l'obtenir, il ne peut intervenir contre la volonté du patient qu'en cas de mise en jeu du pronostic vital, en ne pratiquant que les actes indispensables et proportionnés à l'état du malade.

Le respect du refus de soins émanant du patient fait partie de la relation médecin-malade, il est essentiel du point de vue éthique dans une société issue d'une tradition philosophique de respect de la personne et de son autonomie. <sup>(32)</sup>

### **III.2.5.2 - Validité du refus et autonomie**

Dans tous les cas, il faudra évaluer la présence ou non d'une autonomie de pensée du patient. Dans la pratique, il s'agit de savoir si le patient est capable d'argumenter sa décision. Le sujet autonome est capable de comprendre une information médicale et d'y exercer son esprit critique.

Le Comité Consultatif National d'Éthique dans son avis n°87 <sup>(10)</sup> stipule à ce propos que *«le respect de l'autonomie de pensée se traduit concrètement, pour le médecin, par le devoir de s'assurer que celui qui refuse un soin a parfaitement compris l'information qui lui a été transmise et les conséquences prévisibles de son refus et qu'il exerce dans ce domaine une liberté par rapport à un tiers ou à une société»*.

Faire appel à l'autonomie du patient débouche sur la question de l'impact de l'information de ce dernier sur un refus de soins. L'attitude du praticien, les mots utilisés, l'usage de la compassion ou de la peur sont autant d'éléments qui feront de l'information soit un acte de relation et de partage soit un acte de pression, en particulier sur un patient vulnérable.

La démarche d'information doit être bâtie sur des appels à la raison du patient après un exposé objectif de la situation médicale, en tenant compte de la psychologie de la personne. Ceci passe par un effort de connaissance de l'autre en tant que personne et non uniquement en tant que malade.

A l'issue d'un dialogue, il apparaît assez normal comme le souligne MS Richard<sup>(40)</sup> *«qu'un patient puisse refuser un traitement s'il estime que sa mise en oeuvre et ses conséquences seront lourdes ou s'il ne le juge pas nécessaire vu le contexte de sa maladie [...] Il est, en effet, le premier concerné par la maladie et les traitements qu'il devra subir. Lui seul peut estimer ses force »*.

Il est essentiel de toujours faire une analyse approfondie d'un refus de traitement. S'agit-il d'un trouble dans la compréhension de la situation par le malade, s'agit-il d'un défaut de raisonnement, de l'expression d'une opposition au praticien ou bien d'un véritable refus rationnel et réfléchi ? Encore une fois, il convient dans ce cas d'évaluer la « compétence » du patient. Il faut évaluer sa capacité à comprendre et à manipuler l'information reçue.

Alors, lorsque la situation l'exige, la bienfaisance peut s'opposer à l'autonomie, aboutissant au non respect du refus de soins, au nom d'un argumentaire médical.

Il faut dès lors pour agir de la sorte envisager les fondements permettant ce type d'approche, comme énoncés par G. Moutel : <sup>(32)</sup>

- Une évaluation du rapport bénéfice/risque du traitement,
- La mise en oeuvre d'une approche excluant les violences physiques et traumatisantes pour le patient et l'équipe,
- Avoir comme principe qu'une forme d'adhésion devra toujours être cherchée,
- Ne pas considérer cette perte comme définitive ou totale,
- Maintenir une relation consacrant la dignité du patient en continuant à dialoguer et dispenser l'information pour préserver la dignité du patient.

### *II.2.5.3 - Gérer le refus de soins*

Le Comité consultatif national d'éthique a proposé en 2005 des pistes de réflexion<sup>(41)</sup> qui peuvent servir de fil conducteur pour gérer le refus de soins.

Cinq points s'en dégagent :

- **Eviter que les décisions importantes ne soient prises qu'en situation critique.** Il faut anticiper les situations, afin d'éviter que ne surgissent des conflits lors de la décision de mise en oeuvre d'un traitement susceptible de provoquer un refus.
- **Promouvoir un sentiment de reconnaissance mutuelle.** En dehors d'une situation d'extrême urgence le praticien ne doit jamais imposer de solution thérapeutique, il ne doit pas adopter d'attitude de fuite, d'abandon ou de chantage. Sa responsabilité est celle du maintien du soin en respectant au maximum les décisions d'un malade qui doit pouvoir comprendre les obligations morales de celui qui le soigne.
- **Ne pas céder à l'obsession du concept de "non-assistance à personne en péril"** qui ne doit pas occulter une relation médecin/malade fondée sur la confiance. Même s'il faut se protéger par une mention écrite de ce refus.

- **Recourir à un deuxième avis et à un processus de médiation.** Les tierces personnes peuvent faire prendre conscience, au malade et au médecin, de la reconnaissance qu'ils peuvent avoir mutuellement. La notion de personne de confiance prend ici toute sa signification. L'importance des psychologues et du personnel soignant ne peut être que soulignée. L'objectif est de juger la valeur de ce refus. Pour autant, il ne s'agit pas de remettre à un tiers la responsabilité de la décision.
- **Accepter de passer outre un refus de traitement dans des situations exceptionnelles** tout en gardant une attitude de modestie et d'humilité susceptible d'atténuer les tensions et de conduire au dialogue.

L'analyse de Comité Consultatif National d'Éthique rejoint celle de Paul Ricoeur<sup>(41)</sup> Ce dernier souligne que, dans le refus de soins, ce qu'il faut entendre avant tout c'est le besoin de reconnaissance, qui émane à la fois du médecin et du patient.

Il faut souligner qu'un refus d'un traitement n'est pas toujours un refus de soins, et qu'un refus de soins total peut n'être que transitoire. Enfin, il faut noter que si le refus de soins formulé par un patient peut être respecté dès lors que l'équipe en a jugé ainsi, l'acceptation ne met pas fin à une réflexion et à des démarches d'accompagnement des personnes. Dans certaines situations l'acceptation de ce refus va ouvrir d'autres pistes médicales.<sup>(32)</sup>

### **III.2.6 - Exceptions et cas spécifiques d'abstention de l'information.**

Si le patient a communiqué préalablement au praticien, qu'il souhaite ne pas recevoir d'information, le praticien doit respecter ce vœu. A moins que l'intérêt du patient à ne pas être informé ne compense pas l'inconvénient qui en découlerait. Le patient peut alors désigner une personne de confiance à laquelle l'information pourra être communiquée.<sup>(11)</sup>

Le droit à ne pas savoir ne peut justifier le fait de ne pas avoir donné une information nécessaire.

Seules l'urgence, l'impossibilité d'informer (article. L 1111-2 du Code de la Santé Publique), ou le refus du patient (Cour de Cassation du 7 Octobre 1998) peuvent dispenser le médecin du devoir d'informer. Ces trois conditions d'exception ne sont pas controversées.

Une exception controversée apparaît cependant dans ce que l'on appelle le « privilège thérapeutique », selon lequel le médecin peut taire légitimement l'information en s'appuyant sur un argument médical solide selon lequel cette information serait probablement néfaste pour le sujet déprimé ou instable.<sup>(3)</sup>

Dans tous les cas, la reprise du processus d'information du patient doit se faire dès que possible.

### **III.3 - Spécificités en odontologie**

#### **III.3.1 - Le consentement**

Le code de déontologie des chirurgiens-dentistes n'est pas en parfaite harmonie avec l'évolution des droits à la santé des patients et des nouvelles conditions d'exercice de la profession. Il ne fait pas obligation au praticien d'informer son patient sur son état, ses investigations et les soins et traitements envisagés alors que ce devoir d'information est largement consacré par la jurisprudence judiciaire et administrative.

Dans le nouveau code de déontologie des chirurgiens-dentistes, l'information du patient y est sous-entendue dans différents articles (R.4127-233, R.4127-232 et R.4127-264) mais cela reste des situations spécifiques, sans véritable portée ou principe général.

De plus le code de déontologie dentaire n'envisage pas le consentement du patient sauf s'il s'agit d'un mineur. En revanche, il consacre le droit au silence du chirurgien dentiste qui l'autorise, pour des raisons légitimes qu'il apprécie, à laisser un patient dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave (article R. 4127-239).

### **III.3.2 – La demande esthétique**

De nombreux soins dentaires sont motivés par des demandes très larges d'esthétique et de confort, demandes qui émergent au cours d'un traitement fonctionnel, ou associées à une demande fonctionnelle de première intention. Il s'avère nécessaire d'avoir un recueil méthodique des souhaits et besoins du patient pour mieux cerner ses attentes et identifier la nature de la demande.

### **III.3.3 - Les honoraires**

En plus de l'information donnée à son patient quant au traitement envisagé, le chirurgien-dentiste doit également informer celui-ci sur le montant des honoraires consécutifs aux soins qui lui seront prodigués, cela dans le respect de l'article R. 4127-240.

L'information ne se limite pas aux risques liés à l'acte médical, elle englobe également la prise en charge financière.

Dans une décision du 18 novembre 1999, le tribunal d'instance de Semur-en-Auxois a condamné un chirurgien-dentiste sur le fondement du devoir d'information du patient portant sur le coût exact du traitement prodigué.

À l'occasion d'un traitement prothétique, le devis présenté au patient ne précisait pas la part remboursable par la mutuelle. Le patient pouvait donc imaginer que la part des soins indiqués comme remboursables n'incluait que le remboursement accordé par la Sécurité sociale et que le remboursement de sa mutuelle viendrait en complément. Tel n'était pas le cas. Le juge a considéré que les sommes indiquées sur le devis n'éclairaient pas le patient sur le coût réel des travaux et a condamné le praticien pour manquement au devoir d'information.

Le code de la santé publique, en son article L.1111-3 impose cette information : *« Toute personne a droit, à sa demande, à une information, délivrée par les établissements et services de santé publics et privés, sur les frais auxquels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic et de soins et les conditions de leur prise en charge. Les professionnels de santé d'exercice libéral doivent, avant l'exécution d'un acte, informer le patient de son cout et des conditions de son remboursement par les régimes obligatoires de l'assurance maladie. »*

Cet aspect ne peut plus être négligé car il fait partie intégrante des éléments qui vont présider au choix du patient quant au consentement ou au refus du traitement qui lui est proposé, mais également quant au moment où il va souhaiter se soumettre au dit traitement.

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

L'information sur les honoraires et sur la situation du praticien au regard de la convention est une condition du libre choix du médecin par le patient; cette exigence d'information est précisée dans la convention de 1997 qui précise que :

*« Pour faciliter le choix du praticien, les caisses donnent à leurs ressortissants toutes informations utiles et actualisées sur la situation des praticiens de leur circonscription au regard de la présente convention, notamment sur les tarifs qu'ils sont autorisés à pratiquer et sur les tarifs de remboursement. De leur côté, les médecins informent leurs patients de leur situation au regard de la présente convention, ainsi que de leurs tarifs d'honoraires conformément aux textes en vigueur. »*

La Convention nationale est destinée à organiser les rapports entre les chirurgiens-dentistes conventionnés et les caisses d'assurance maladie. Il est stipulé dans son article 6 :

*« Avant l'élaboration d'un traitement pouvant faire l'objet d'un dépassement d'honoraires par entente directe tel que prévu dans la présente convention (article 7), le chirurgien-dentiste remet à l'assuré un devis descriptif écrit, établi selon le modèle présenté en annexe II et comportant la description précise et détaillée du traitement envisagé et/ou les matériaux utilisés. Un devis doit être également établi dans le cas de soins nécessitant l'utilisation d'une coulée métallique ou une cuisson céramique : inlays et onlays.*

*On distinguera notamment les métaux précieux, les métaux semi-précieux et les métaux non précieux. Le devis doit comprendre aussi les montants des honoraires correspondant au traitement proposé à l'assuré et le montant de la base de remboursement correspondant au calcul selon les cotations de la nomenclature générale des actes professionnels. »*

Plus le traitement est complexe, plus le délai de réflexion doit être long : 8 jours à 3 semaines, en fonction du type de soin chirurgical ou de l'importance et du coût des travaux de réhabilitation prothétique. <sup>(1)</sup>

Ce devis doit être daté et signé par le praticien et l'assuré ou son représentant. Il peut être accepté par l'intéressé ; soit immédiatement, soit après la décision de la Caisse. Ce devis est la propriété de l'assuré. Les deux exemplaires du devis sont signés. L'un est remis au patient et l'autre est conservé dans le dossier du patient par le chirurgien-dentiste. Le devis devra dès lors être respecté et constituera une preuve écrite pouvant être prise en considération en cas de litige. <sup>(4)</sup>

## **Conclusion :**

Le consentement du patient doit être libre, donc obtenu sans contrainte, et éclairé, c'est-à-dire que la personne doit avoir été préalablement informée des actes qu'elle va subir et des risques fréquents ou graves normalement prévisibles en l'état actuel des connaissances scientifiques. Il faut aussi renseigner le patient sur les thérapeutiques alternatives et leurs risques. Le chirurgien-dentiste, doit également informer sur la prise en charge financière des honoraires.

Pour un mineur ou un majeur sous tutelle, dès lors que la personne est en mesure d'exprimer sa volonté, son consentement doit être recherché, même s'il revient respectivement aux détenteurs de l'autorité parentale et au tuteur légal de consentir au traitement.

Lorsque la personne n'est pas en état d'exprimer sa volonté, le chirurgien-dentiste ne pourra réaliser aucune investigation ni traitement sans avoir consulté au préalable la personne de confiance, la famille ou à défaut un de ses proches.

En cas d'urgence et lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement du représentant légal, le chirurgien-dentiste doit donner les soins qu'il estime nécessaires.

L'intérêt de ce travail a été de réaliser une synthèse de la littérature la plus complète possible sur les aspects éthiques et juridiques du consentement éclairé, en particulier concernant les patients vulnérables. Il s'agit d'un sujet peu traité dans la littérature malgré son intérêt et le nombre important de patients aux facultés de compréhension immatures ou altérées que l'on peut rencontrer dans notre profession.

Le rôle du chirurgien-dentiste est de rechercher la meilleure compréhension possible des soins par son patient, quel que soit son état de vulnérabilité. Il convient donc d'évaluer systématiquement la capacité du patient afin d'adapter le contenu de l'information à ses compétences.

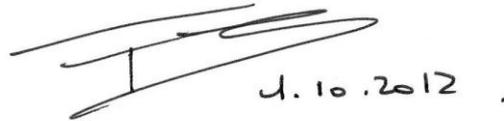
Dans ce but, le chirurgien-dentiste devrait se doter d'outils d'information adaptés aux différents niveaux de compréhension. Des illustrations, fascicules ou supports vidéographiques seraient remis au patient selon son âge et la compétence évaluée par le praticien. Ces outils viendraient compléter de façon ciblée l'information orale prodiguée par le praticien, afin de donner au patient toutes les informations nécessaires à sa prise de décision.

Vu, le directeur de thèse,



27.9.12

Vu le Président de jury.



1.10.2012

**BIBLIOGRAPHIE :**

1. AMBROSINI, J-C.

Devoir d'information et consentement éclairé du patient. In : Le Livre Blanc de la Stomatologie et Chirurgie maxillo-faciale française. 2006.

Disponible sur : <http://www.sfscmf.fr/livre-blanc/>

2. AZENCOT, S.

Le consentement du patient en médecine générale Au-delà de la jurisprudence quelle place en pratique quotidienne? 130p.

Th. D. : Droit Médical : Nancy 1, 2001.

3 – BEAUCHAMP, T. L. – CHILDRESS, J.F.

Les principes de l'éthique biomédicale.

Paris : éd. Les belles lettres, 2008.

4 – BERY, A. – DELPRAT, L.

Droits et obligations du chirurgien dentiste.

Hericy : Ed. du Puits fleuri, 2006.

5 – BRETON, S.

Devoir d'information du médecin. Retour sur l'affaire Hedreul.

*Bulletin de l'Ordre Med.* 2001 n°9, p10-12.

6 – CALCIO GAUDINO, M.

Le statut des beaux-parents dans les familles recomposées.

Dossier d'Etude N° 116, Mai 2009, Université de Nancy 2

7 – CEADA, J.

Le consentement en orthopédie dento-faciale : réflexion psychologique et éthique.

Thèse Chir. Dent. n°2009-TOU3-3010, TOULOUSE, 2009.

8 – CHRISTMANN, A.

La « personne de confiance » : cadre légal et difficultés de mise en pratique.

Thèse Doct. Méd., Nancy, 2011.

9 – CLEMENT, R.

Rôles et missions de la personne de confiance à l'hôpital insuffisamment connus par les malades : Enquête semi-directive chez 95 patients du CHU de Nantes.

Thèse Doct. Méd., Nantes, 2004.

10 – Comité Consultatif National d'Ethique

Refus de traitement et autonomie de la personne

Avis n°87 du 14 Avril 2005

11 - DANHO-DA ,V.T. –GUINAN, J-C. – SAMBA, M. – BAKAYOKO – LY, R.

Le consentement éclairé : obligation légale du chirurgien-dentiste.

*Rev. Ivoir. Odonto-Stomatol.*, vol. 8, n° 1, 2006, pp. 23-26 .

12 - ESPER, C.

La personne de confiance : obligations légale, morale, juridique.

*Revue Générale de Droit Médical* , 2003,11, p. 83.

13 – EYRAUD, B. – VIDAL-NAQUET, P.A.

Consentir sous tutelle

*Tracés*, 14, Mai 2008, pp. 103-127

14 – FOSSIER, T.

L'objectif de la réforme du droit des incapacités : « protéger sans diminuer »

*Rép. Defrénois*, 15 janvier 2005, n° 1, article 38076, p. 3-34

15 - GABRIEL, A.

La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades.

Aix-Marseille : Presses Universitaires, 2004.

16 – GRAND-LAFORÊT, E.

Le consentement du mineur .

Laboratoire d'éthique médicale et Médecine légale. Juin 2006 Univ Paris 5.

Disponible sur [www.ethique.inserm.fr](http://www.ethique.inserm.fr).

17 – GRISSO, T – APPELBAUM, BS.

Comparison of standards for assessing patients' capacities to make treatment decisions.

*Am J Psychiatry*, 1995, 152:1033-7.

18 – HERVE,C. – DE MONTGOLFIER, S. – MOUTEL, G.

Quel consentement ?

*Biofutur*, 2000, 197, 21-23.

19 – HIRSCH, E.

Ethique, médecine et société

Paris : Vuibert, 2007, 896 p.

20 – HOCQUET-BERG, S.

La place du défaut d'information dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux.

*Responsabilité civile et assurances*. Mai 2010, étude n° 5

21 – JONAS, H.

Le principe responsabilité

Collection Champs-Flammarion – 1998

22 - La personne de confiance.

Gazette du Palais, 17 décembre 2002, 351, p. 13.

23- Le dossier médical du patient en odontologie. Service des recommandations et des références professionnelles de l'ANAES. Mai 2000.

Disponible sur le [www.anaes.fr](http://www.anaes.fr).

24 – LEVINAS, E.

Ethique et infini.

Paris. éd. Le Livre de poche, 1982

25– LUCAS, J.

*Le Bulletin de l'Ordre national des médecins*. N° 5 mai 2006.

26 - MELIN, F.

La personne de confiance de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique. In : La Loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveau droit médical ?

Paris : PUF, 2003, pp. 111-124.

27– MOLLI, L. - CADEC, B. - MYSLINSKI, M.

Les directives anticipées et la personne de confiance en gériatrie : de l'émergence de mouvements défensifs à une possibilité d'élaboration psychique sur le vieillissement et la mort proche pour le sujet âgé et sa famille.

*Pratiques psychologiques*, Volume 13, issue 2 Juin, 2007, pp. 137-151.

28 – MOULEDOUS, C.

Implication de la loi du 4 mars 2002 sur l'exercice libéral en odontologie.

Thèse Chir. Dent. n°2006-TOU3-3023, TOULOUSE, 2006.

29 – MOUTEL, G. - SFEZ, L. - GODEAU, P. - HERVE, C.

La loi du 4 mars 2002 sur les droits des patients : l'an 1 de la démocratie sanitaire ?

*Le courrier de l'éthique*, 2002, 2, 45-49

30 - MOUTEL G.

Le consentement dans les pratiques de soins et de recherche en médecine: entre idéalismes et réalités cliniques.

Paris. Ed L'Harmattan, 2003

31 – MOUTEL, G.

La Personne de confiance : avantages et interrogations

*Etudes et Synthèses* 2007. Laboratoire d'éthique médicale et Médecine légale Univ Paris 5.

Disponible sur : [www.ethique.inserm.fr](http://www.ethique.inserm.fr)

32 – MOUTEL, G.

Le refus de soins conscient ou inconscient

Laboratoire d'éthique médicale et Médecine légale Univ Paris 5.

Disponible sur : [www.ethique.inserm.fr](http://www.ethique.inserm.fr)

33 – MOUTEL, G.

Devoir d'information vis-à-vis des patients, risque et incertitude : évolution et enjeux éthiques.

*Etudes et synthèses* 2005. Laboratoire d'éthique médicale et Médecine légale Univ Paris 5.

Disponible sur [www.ethique.inserm.fr](http://www.ethique.inserm.fr).

34 – MOUTEL, G.

Information et consentement en pratiques de soins.

Laboratoire d'éthique médicale et Médecine légale Univ Paris 5.

Disponible sur [www.ethique.inserm.fr](http://www.ethique.inserm.fr)

35 – MOUTEL, G.

La personne de confiance : une nouvelle évolution de la relation médecin-patient.

*Etudes et synthèses* 2004. Laboratoire d'éthique médicale et Médecine légale Univ Paris 5.

Disponible sur [www.ethique.inserm.fr](http://www.ethique.inserm.fr).

36 - MOUTEL, G. - MANAOUIL, C.

La personne de confiance : une nouvelle prise en compte de la dimension sociale de la relation médecin-patient ?

*Le Courrier de l'éthique médicale*, 2004, 4, 2.

37 – NDJANA, Y.B.N.,

Le langage dans la relation medecin-patient : pour une interpretation de l'interhumain.

Mémoire de master d'éthique médicale et biologique.2005. Laboratoire d'éthique médicale et Médecine légale. Univ Paris 5.

Disponible sur [www.ethique.inserm.fr](http://www.ethique.inserm.fr).

38 – NOSSINTCHOUK, R.

Prévenir le risque conflictuel au cabinet dentaire.

Edition cdp, 2002.

39- PRONOST, H.

La personne de confiance.

*Le Bulletin juridique du praticien hospitalier*, avril 2009, dossier, 117, 4 p.

40 - RICHARD, M.S.

Chef de service de l'Unité de Soins Palliatifs. Maison Médicale Jeanne Garnier, Paris.

2001.

Disponible sur : <http://www.pallianet.org>

41 – RICOEUR P.

Parcours de la reconnaissance,

Paris, Stock, 2004

42 – SPRANZI, M.

Autonomie et consentement

Master d'Ethique médicale Université de Paris-Descartes 2009

43 - STETTLER, M.

La référence aux proches dans le droit actuel et futur de la protection des adultes.

Paris : Helbing & Lichtenhahn, 2002.

44 - VELUIRE, A.

Données pratiques sur le consentement éclairé.

*Droits, déontologie et soin*. Décembre. 2006, vol.6 n°4, p. 536-543

45 – WOLF, M.

Le consentement dans la pratique médicale en France: aspects philosophiques, juridiques, sociologiques et médicaux.

Laboratoire d'éthique médicale et Médecine légale. Univ Paris 5. 1994.

Disponible sur [www.ethique.inserm.fr](http://www.ethique.inserm.fr).

**NOM** : OULES

**PRENOM** : STEPHANE

**TITRE** : Le consentement éclairé en odontologie chez la personne vulnérable

**VILLE ET DATE DE SOUTENANCE** : Toulouse, le 19 Novembre 2012

---

**RESUME EN FRANÇAIS** :

L'acte de soins est une atteinte à l'intégrité corporelle qui impose de recueillir le consentement libre et éclairé du patient. Il est nécessaire au préalable de l'informer avec précision sur l'intervention envisagée, mais une personne vulnérable n'est pas toujours en mesure de comprendre cette information. Dans le cas d'un mineur ou d'un majeur sous tutelle, il appartient respectivement aux détenteurs de l'autorité parentale ou au tuteur légal de consentir au traitement. Lorsque la personne n'est pas en état d'exprimer sa volonté, le chirurgien-dentiste doit informer au préalable la personne de confiance, la famille ou l'un des proches. Dans tous les cas, le praticien doit faire son possible pour rechercher l'adhésion de son patient, quel que soit son état de vulnérabilité. Il convient d'évaluer systématiquement la capacité du patient afin d'adapter le contenu de l'information à ses facultés de compréhension.

---

**TITRE EN ANGLAIS** : The informed consent of a vulnerable person in odontology

---

**RESUME EN ANGLAIS** :

Medical treatments are considered as an attack on bodily integrity, which requires to obtain the conscious and informed consent of the patient. It is necessary to inform him beforehand and with precision about the planned operation, but a vulnerable person is not always capable of understanding this information. In case of an under-or-majority-aged person under guardianship, it is the responsibility of the holders of the parental authority or of the legal guardian to agree with the treatment. When the person is in no fit state to express her or his will, the dental surgeon must inform beforehand the reliable person, the family or one of the close relatives. In any case the practitioner must do his best to seek out his patient's approval, whatever his state of vulnerability is. It is advisable to evaluate systematically the patient's capacity in order to adapt the content of the information to his faculties of understanding.

---

**DISCIPLINE ADMINISTRATIVE** : CHIRURGIE DENTAIRE

---

**MOTS CLES** : consentement éclairé, personne vulnérable, autonomie, capacité

---

**INTITULE ET ADRESSE DE L'UFR OU DU LABORATOIRE** :

FACULTE DE CHIRURGIE DENTAIRE  
3 chemin des Maraichers  
31062 TOULOUSE cedex 9

**DIRECTEUR DE THESE** : Docteur Olivier HAMEL