

Conseil d'État

N° 408146

ECLI:FR:CEORD:2017:408146.20170308

Publié au recueil Lebon

Juge des référés

HAAS ; SCP PIWNICA, MOLINIE ; SCP LE BRET-DESACHE, avocats

Lecture du mercredi 8 mars 2017

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

M. B...D...et Mme A...C..., épouse D..., ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Marseille, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'une part, d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision du 4 novembre 2016 prise par l'équipe médicale de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille (AP-HM) de mettre un terme au traitement thérapeutique et de débrancher l'appareil respiratoire qui maintient leur fille E... D...en vie, d'autre part, d'ordonner le rétablissement des soins et, enfin, de prescrire une expertise médicale, au besoin après avis de toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à éclairer utilement la juridiction.

Par une ordonnance n° 1608830 en date du 16 novembre 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, statuant dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, a, en premier lieu, suspendu l'exécution de la décision attaquée, en deuxième lieu, enjoint à l'équipe médicale de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille de rétablir les soins concernant l'enfant E...D..., et, enfin, a ordonné une expertise confiée à un collège de trois médecins désignés par le président du tribunal ayant pour mission, dans un délai de deux mois à compter de la constitution du collège, d'une part, de décrire l'état clinique actuel de l'enfant, d'autre part, de se prononcer sur le caractère irréversible de ses lésions neurologiques, sur le pronostic clinique et sur l'intérêt ou non de continuer ou de mettre en oeuvre des thérapeutiques

actives.

Suite au dépôt du rapport d'expertise le 23 décembre 2016, M. et Mme D... ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Marseille, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'une part, d'annuler la décision des médecins de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille d'arrêter les soins prodigués jusqu'à présent à E... D...et, d'autre part, d'enjoindre à l'équipe médicale de maintenir les soins appropriés prodigués à leur fille.

Par une ordonnance n° 1608830 du 8 février 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, statuant dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, a, d'une part, suspendu la décision du 4 novembre 2016 de mettre un terme aux thérapeutiques actives, emportant sevrage de la ventilation de l'enfant E... D...et, d'autre part, enjoint à l'équipe médicale de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille, sans préjuger en rien de l'évolution de l'état clinique de E...D..., de maintenir les soins appropriés la concernant, emportant poursuite des thérapeutiques actives.

Par une requête, enregistrée le 17 février 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) de rejeter les conclusions présentées par M. et Mme D...devant le juge des référés du tribunal administratif de Marseille.

L'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille soutient que :

- l'ordonnance attaquée est insuffisamment motivée en ce que le juge des référés a omis de répondre au moyen tiré de ce que la condition d'urgence n'était pas remplie dès lors qu'aucune date d'arrêt des traitements et de sevrage de la ventilation mécanique n'a jamais été arrêtée par l'équipe médicale ;
- l'ordonnance attaquée est entachée d'une erreur de droit en ce qu'elle érige l'absence d'opposition des parents d'un enfant mineur à la décision d'arrêt des traitements en une condition de légalité de cette dernière ou en élément d'appréciation de la légalité de cette décision, en méconnaissance de l'article R. 4127-37-2 du code de la santé publique ;
- l'ordonnance attaquée est entachée d'une erreur de droit en ce que le juge des référés considère, pour accueillir la demande de suspension, qu'à la

date à laquelle elle avait été prise, soit le 4 novembre 2016, la décision d'arrêt des traitements était prématurée, alors que son office lui commandait de se placer à la date à laquelle il statuait et de s'interroger sur le point de savoir si, à cette date, les éléments médicaux avaient été recueillis sur une période suffisamment longue ;

- l'ordonnance attaquée est entachée d'inexacte qualification juridique des faits en jugeant que la décision d'arrêt des traitements n'avait pas été prise au terme d'un délai suffisamment long pour évaluer, de manière certaine, l'inefficacité des thérapeutiques en cours et la consolidation de l'état de santé de l'enfant ;

- compte tenu des lésions neurologiques majeures et irréversibles de l'enfant qui entraîneront une altération profonde et définitive de son état de conscience, la poursuite des thérapeutiques actives apparaît manifestement disproportionnée par rapport au bénéfice attendu et n'aurait d'autre effet que le maintien artificiel de la vie, traduisant une obstination déraisonnable au sens des articles L. 1110-5-1 et R. 4121-37 du code de la santé publique.

Par un mémoire en défense, enregistré le 27 février 2017, M. et Mme D... concluent au rejet de la requête, à ce qu'ils soient admis au bénéfice de l'aide juridictionnelle provisoire et à ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, cette condamnation valant renonciation à percevoir l'indemnité prévue au titre de l'aide juridictionnelle.

M. et Mme D...soutiennent que :

- le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a justifié de l'urgence à suspendre la décision attaquée, dans sa première ordonnance du 16 novembre 2016, compte tenu des conséquences irréversibles d'une telle décision ;

- conformément aux dispositions de l'article R. 4127-37-2 du code de la santé publique qui imposent de recueillir l'avis des parents préalablement à toute décision d'arrêt des traitements qui constitueraient une obstination déraisonnable, cet avis constitue un critère d'appréciation de la légalité de la décision ;

- les dispositions de l'article R. 4127-37-2 du code de la santé publique, à supposer qu'elles permettent au médecin de passer outre l'absence de consentement des parents à une décision d'arrêt des traitements, méconnaissent les articles 371-1 et 376 du code civil et le droit au respect de la vie privée protégé par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que le droit au recours effectif protégé par l'article 13 de cette convention, faute de recours de plein droit suspensif contre une telle décision ;

- la décision n'a pas été prise dans un délai suffisamment long pour évaluer

de manière certaine la consolidation de l'état de santé de l'enfant, compte tenu des améliorations constatées ;

- une décision d'arrêt de traitements, prise dans un contexte d'incertitude, ne devrait pas se fonder uniquement sur un critère médical mais repose également sur des critères non-médicaux, un état éventuellement irréversible de perte d'autonomie ne caractérisant pas à lui seul une obstination déraisonnable ayant pour seul effet un maintien artificiel en vie.

Par un mémoire en intervention, enregistré le 27 février 2017, l'Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés conclut au rejet de la requête de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille.

L'Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés soutient que :

- son intervention est recevable dès lors qu'elle justifie d'un intérêt pour agir eu égard à ses statuts ;
- la condition d'urgence est présumée remplie au regard du caractère irréversible qui s'attacherait à l'exécution de la décision d'arrêt des traitements et à l'atteinte irrémédiable qui serait portée à la vie ;
- le refus des titulaires de l'autorité parentale, seuls à même d'exprimer la volonté de l'enfant, ne peut être ignoré dès lors que la décision de mettre fin à un traitement, ayant pour conséquence d'entraîner la mort, est subordonnée à l'existence d'un consentement libre et éclairé de la personne ;
- à supposer que les dispositions de l'article L. 1110-5-1 du code de la santé publique autorisaient l'arrêt des traitements d'un enfant mineur en dépit du refus unanime de ses parents, celles-ci méconnaîtraient les exigences résultant de la liberté personnelle protégée par l'article 2 de la déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen et le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- eu égard aux éléments que le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a pris en considération, les conditions prévues par la loi pour que puisse être prise, par le médecin, une décision mettant fin au traitement, ne sont pas davantage réunies à la date à laquelle il s'est prononcé qu'au moment où elle a été arrêtée par les médecins en charge de l'enfant E... D...et rien ne justifie, au stade de l'appel, de remettre en cause cette conclusion ;
- il ne peut être reproché au juge des référés d'avoir estimé, au vu des quelques signes d'amélioration relevés par les experts, que la décision d'arrêt des traitements et de la ventilation était prématurée dès lors qu'elle est intervenue très rapidement, soit un mois et dix jours après la prise en charge de l'enfant à l'hôpital ;
- la seule irréversibilité des lésions ne suffit pas à caractériser une situation

d'obstination déraisonnable, les traitements, s'agissant d'une personne qui n'est pas en fin de vie mais polyhandicapée en état de conscience minimale, ne pouvant être regardés comme n'ayant d'autre effet de la maintenir artificiellement en vie.

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille, d'autre part, M. et Mme D...et l'Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés ;

Vu la demande de huis-clos présentée par l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille et par M. et Mme D...au titre de l'article L. 731-1 du code de justice administrative ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 2 mars 2017 à 14 heures 30 au cours de laquelle ont été entendus :

- Me Haas, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille ;
- La représentante de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille ;
- Me Le Bret-Desaché, avocate au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocate de M. et MmeD... ;
- La représentante de M. et MmeD... ;
- M. et MmeD... ;
- Me Molinié, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de l'Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés (UNAFTC) ;
- Le représentant de l'UNAFTC ;
et à l'issue de laquelle le juge des référés a différé la clôture de l'instruction jusqu'au mardi 7 mars 2017 à 11 heures ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 3 mars 2017, présenté par M. et Mme D...qui persistent dans leurs précédentes conclusions ;

Vu les pièces complémentaires, produites le 6 mars 2017, par l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille ;

Vu les observations complémentaires, enregistrées le 7 mars 2017, présentées par M. et Mme D...qui persistent dans leurs précédentes conclusions ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- le code de la santé publique, modifié notamment par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 ;
- le code civil ;
- la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. L'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille forme un appel contre l'ordonnance du 8 février 2017 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, statuant collégalement conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, a, d'une part, suspendu la décision du 4 novembre 2016 de mettre un terme aux thérapeutiques actives, emportant sevrage de la ventilation de l'enfant E... D...et, d'autre part, enjoint à l'équipe médicale de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille, sans préjuger en rien de l'évolution de l'état clinique de E...D..., de maintenir les soins appropriés la concernant, emportant poursuite des thérapeutiques actives.

Sur l'intervention :

2. L'Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés (UNAFTC) justifie, eu égard à son objet statutaire et aux questions soulevées par le litige, d'un intérêt de nature à la rendre recevable à intervenir dans la présente instance devant le Conseil d'Etat. Son intervention doit, par suite, être admise.

Sur la publicité de l'audience :

3. Aux termes des dispositions de l'article L. 731-1 du code de justice administrative : " Par dérogation aux dispositions de l'article L. 6, le président de la formation de jugement peut, à titre exceptionnel, décider que l'audience

aura lieu ou se poursuivra hors la présence du public, si la sauvegarde de l'ordre public ou le respect de l'intimité des personnes ou de secrets protégés par la loi l'exige. ". Dans les circonstances de l'espèce, compte tenu de la demande formulée en ce sens par l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille et par M. et Mme D...eu égard aux informations couvertes par le secret médical échangées au cours de l'audience et du respect de l'intimité de la famille, il a été fait application de ces dispositions en tenant l'audience hors la présence du public.

Sur l'office du juge des référés statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

4. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : " Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale (...) " .

5. En vertu de cet article, le juge administratif des référés, saisi d'une demande en ce sens justifiée par une urgence particulière, peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité administrative aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale. Ces dispositions législatives confèrent au juge des référés, qui se prononce en principe seul et qui statue, en vertu de l'article L. 511-1 du code de justice administrative, par des mesures qui présentent un caractère provisoire, le pouvoir de prendre, dans les délais les plus brefs et au regard de critères d'évidence, les mesures de sauvegarde nécessaires à la protection des libertés fondamentales.

6. Toutefois il appartient au juge des référés d'exercer ses pouvoirs de manière particulière, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative d'une décision, prise par un médecin sur le fondement du code de la santé publique, et conduisant à interrompre ou à ne pas entreprendre un traitement au motif que ce dernier traduirait une obstination déraisonnable, dans la mesure où l'exécution de cette décision porterait de manière irréversible une atteinte à la vie. Il doit alors, le cas échéant en formation collégiale, prendre les mesures de sauvegarde nécessaires pour faire obstacle à son exécution lorsque cette décision pourrait ne pas relever des hypothèses prévues par la loi, en procédant à la conciliation des libertés fondamentales en cause, que sont le droit au respect de la vie et le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable.

Sur les dispositions législatives applicables, résultant notamment de la loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie :

7. Aux termes de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique : " Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir, sur l'ensemble du territoire, les traitements et les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire et le meilleur apaisement possible de la souffrance au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de traitements et de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté (...) ".

8. Aux termes de l'article L. 1110-5-1 du même code : " Les actes mentionnés à l'article L. 1110-5 ne doivent pas être mis en oeuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire. / La nutrition et l'hydratation artificielles constituent des traitements qui peuvent être arrêtés conformément au premier alinéa du présent article. / Lorsque les actes mentionnés aux deux premiers alinéas du présent article sont suspendus ou ne sont pas entrepris, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins palliatifs mentionnés à l'article L. 1110-10 ".

9. Aux termes de l'article L. 1111-4 du même code : " Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. (...) / Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment. (...) / Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible d'entraîner son décès ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale mentionnée à l'article L. 1110-5-1 et les directives anticipées ou, à défaut, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou, à défaut la famille ou les proches, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical. / Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le

refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables. (...) / Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions particulières relatives au consentement de la personne pour certaines catégories de soins ou d'interventions ".

10. Par ailleurs, aux termes de l'article 371-1 du code civil : " L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. / Elle appartient aux parents 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 ".

Sur les dispositions réglementaires applicables, relatives au code de déontologie médicale :

11. Aux termes de l'article R. 4127-36 du même code : " Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. / 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. / Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que la personne de confiance, à défaut, la famille ou un de ses proches ait été prévenu et informé, sauf urgence ou impossibilité. / Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est un mineur ou un majeur protégé sont définies à l'article R. 4127-42 ". Aux termes de l'article R. 4127-42 : " Sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5, un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement. / En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires. / Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible. ".

12. Selon les dispositions de l'article R. 4127-37-2 : " I.-La décision de limitation ou d'arrêt de traitement respecte la volonté du patient antérieurement exprimée dans des directives anticipées. Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté et en l'absence de directives anticipées, la décision de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés, au titre du refus d'une obstination déraisonnable, ne peut être prise qu'à l'issue de la procédure collégiale prévue à l'article L. 1110-5-1 et après qu'a été recueilli auprès de la personne de confiance ou, à défaut, auprès de la famille ou de l'un des proches le témoignage de la volonté exprimée par le patient. / II.-Le

médecin en charge du patient peut engager la procédure collégiale de sa propre initiative. Il est tenu de le faire à la demande de la personne de confiance, ou, à défaut, de la famille ou de l'un des proches. La personne de confiance ou, à défaut, la famille ou l'un des proches est informé, dès qu'elle a été prise, de la décision de mettre en oeuvre la procédure collégiale. / III.-La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est prise par le médecin en charge du patient à l'issue de la procédure collégiale. Cette procédure collégiale prend la forme d'une concertation avec les membres présents de l'équipe de soins, si elle existe, et de l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant. Il ne doit exister aucun lien de nature hiérarchique entre le médecin en charge du patient et le consultant. L'avis motivé d'un deuxième consultant est recueilli par ces médecins si l'un d'eux l'estime utile. / Lorsque la décision de limitation ou d'arrêt de traitement concerne un mineur ou un majeur protégé, le médecin recueille en outre l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, selon les cas, hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation. / IV.-La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est motivée. La personne de confiance, ou, à défaut, la famille, ou l'un des proches du patient est informé de la nature et des motifs de la décision de limitation ou d'arrêt de traitement. La volonté de limitation ou d'arrêt de traitement exprimée dans les directives anticipées ou, à défaut, le témoignage de la personne de confiance, ou de la famille ou de l'un des proches de la volonté exprimée par le patient, les avis recueillis et les motifs de la décision sont inscrits dans le dossier du patient " .

Sur l'application des dispositions du code de la santé publique :

13. Il résulte des dispositions précédemment citées que toute personne doit recevoir les soins les plus appropriés à son état de santé, sans que les actes de prévention, d'investigation et de soins qui sont pratiqués lui fassent courir des risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. Ces actes ne doivent toutefois pas être poursuivis par une obstination déraisonnable et peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris lorsqu'ils apparaissent inutiles ou disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, que le patient soit ou non en fin de vie. Le législateur a ainsi déterminé le cadre dans lequel peut être prise par un médecin, conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté à l'issue d'une procédure collégiale après consultation de la personne de confiance, de la famille ou d'un proche, une décision de limiter ou d'arrêter un traitement dans le cas où sa poursuite traduirait une obstination déraisonnable. Si le médecin décide de prendre une telle décision en fonction de son appréciation de la situation, il lui appartient de sauvegarder en tout état de cause la dignité du patient et de lui dispenser des soins palliatifs.

14. Pour l'application de ces dispositions, la ventilation mécanique et

l'alimentation et l'hydratation artificielles sont au nombre des traitements susceptibles d'être arrêtés lorsque leur poursuite traduirait une obstination déraisonnable. Cependant, la seule circonstance qu'une personne soit dans un état irréversible d'inconscience ou, à plus forte raison, de perte d'autonomie la rendant tributaire d'un tel mode de suppléance des fonctions vitales ne saurait caractériser, par elle-même, une situation dans laquelle la poursuite de ce traitement apparaîtrait injustifiée au nom du refus de l'obstination déraisonnable.

15. Pour apprécier si les conditions d'un arrêt des traitements de suppléance des fonctions vitales sont réunies s'agissant d'un patient victime de lésions cérébrales graves, quelle qu'en soit l'origine, qui se trouve dans un état végétatif ou dans un état de conscience minimale le mettant hors d'état d'exprimer sa volonté et dont le maintien en vie dépend de ce mode d'alimentation et d'hydratation, le médecin en charge doit se fonder sur un ensemble d'éléments, médicaux et non médicaux, dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières à chaque patient, le conduisant à appréhender chaque situation dans sa singularité. Outre les éléments médicaux, qui doivent couvrir une période suffisamment longue, être analysés collégalement et porter notamment sur l'état actuel du patient, sur l'évolution de son état depuis la survenance de l'accident ou de la maladie, sur sa souffrance et sur le pronostic clinique, le médecin doit accorder une importance toute particulière à la volonté que le patient peut avoir, le cas échéant, antérieurement exprimée, quels qu'en soient la forme et le sens. A cet égard, dans l'hypothèse où cette volonté demeurerait inconnue, elle ne peut être présumée comme consistant en un refus du patient d'être maintenu en vie dans les conditions présentes. Le médecin doit également prendre en compte les avis de la personne de confiance, dans le cas où elle a été désignée par le patient, des membres de sa famille ou, à défaut, de l'un de ses proches, en s'efforçant de dégager une position consensuelle. En particulier, comme le prévoient les dispositions de l'article R. 4127-37-2 du code de la santé publique s'agissant d'un enfant mineur, il doit prendre en compte l'avis des parents ou des titulaires de l'autorité parentale. Il doit, dans l'examen de la situation propre de son patient, être avant tout guidé par le souci de la plus grande bienfaisance à son égard.

Sur les circonstances du litige :

16. Il résulte de l'instruction que l'enfant E...D..., née le 10 novembre 2015 à Nice, a été admise au centre hospitalo-universitaire Lentral à Nice le 23 septembre 2016 en raison d'une forte fièvre, puis admise le 25 septembre 2016 en réanimation pédiatrique en raison d'un choc cardiogénique. Elle a bénéficié d'une assistance circulatoire, a été placée en coma artificiel et a été transférée dans le service de réanimation pédiatrique de l'Hôpital de La Timone à Marseille.

17. A la suite de sa réanimation et de plusieurs examens réalisés notamment à l'aide de scanner et d'IRM au cours du mois d'octobre 2016, le diagnostic a été établi : l'enfant a été victime d'une rhombencéphalomyélite à entérovirus qui a entraîné des lésions neurologiques définitives au niveau de la protubérance, du bulbe et de la moelle cervicale haute, entraînant un polyhandicap majeur, avec paralysie motrice des membres, de la face et sa dépendance à une ventilation mécanique et une alimentation par voie entérale.

18. Dans ces circonstances, le médecin en charge au sein du service d'anesthésie-réanimation pédiatrique de l'Hôpital de La Timone a engagé la procédure collégiale prévue à l'article L. 1110-5-1 du code de la santé publique. Une réunion collégiale s'est déroulée le 4 novembre 2016 à l'issue de laquelle l'arrêt de la poursuite des thérapeutiques actives a été décidé à l'unanimité, au motif du caractère irréversible des lésions neurologiques constatées et d'un état de conscience difficile à évaluer mais probablement fortement altéré. M. B...D...et Mme A...C..., épouse D..., parents de E... D...ont alors été informés des conclusions de cette réunion et de ses motifs et ont exprimé, le 4 et le 9 novembre 2016, leur opposition à l'arrêt des thérapeutiques actives. Ils ont saisi le même jour le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

19. Par une première ordonnance avant-dire-droit du 16 novembre 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a suspendu à titre conservatoire l'exécution de la décision du 4 novembre 2016 de mettre un terme aux thérapeutiques actives, enjoint à l'équipe médicale de reprendre les soins appropriés et ordonné une expertise médicale aux fins de se prononcer sur l'état actuel de l'enfant et de donner au juge des référés toutes les indications utiles en l'état de la science sur ses perspectives d'évolution. A la suite de la remise de cette expertise le 23 décembre 2016, par une seconde ordonnance du 8 février 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a estimé que les conditions prévues par la loi pour que puisse être prise par un médecin une décision d'arrêt de traitements dont la poursuite traduirait une obstination déraisonnable ne pouvaient être regardées, dans les circonstances de l'espèce, comme réunies et pour ce motif, a suspendu la décision du 4 novembre 2016 de mettre un terme aux thérapeutiques actives et enjoint à l'équipe médicale, sans préjuger en rien de l'évolution de l'état clinique de E...D..., de maintenir les soins appropriés la concernant.

Sur la régularité de l'ordonnance attaquée :

20. Par la première ordonnance avant-dire-droit du 16 novembre 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille s'est fondé sur les conséquences de la décision attaquée, dès lors qu'elle prévoyait l'arrêt des

thérapeutiques actives et notamment l'arrêt de la ventilation mécanique de l'enfant, et ce alors même qu'aucune date précise n'avait été fixée pour sa mise en oeuvre, pour juger que la condition d'urgence était remplie. Dès lors que le juge des référés avait statué sur la condition d'urgence par son ordonnance avant-dire-droit, sans qu'il ait été tenu, dans les circonstances de l'espèce, d'y statuer à nouveau, l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille n'est pas fondée à soutenir que l'ordonnance attaquée serait insuffisamment motivée et par suite irrégulière.

Sur la conformité aux dispositions du code de la santé publique de la décision de mettre fin aux thérapeutiques actives de l'enfant E... D...:

21. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus au point 15, pour apprécier si les conditions d'un arrêt des traitements de suppléance des fonctions vitales sont réunies s'agissant d'un patient victime de lésions cérébrales graves, le médecin en charge doit se fonder sur un ensemble d'éléments médicaux et non médicaux.

22. En premier lieu, il résulte du rapport des médecins experts mandatés par le juge des référés du tribunal administratif de Marseille qui ont réalisé un examen de l'enfant le 1er décembre 2016, ainsi que des évaluations médicales conduites au sein de l'Hôpital de La Timone le 17 février 2017 et le 2 mars 2017 et produites devant le juge des référés du Conseil d'Etat, que E... D...souffre de lésions cérébrales définitives entraînant une paralysie motrice, la dépendance à la ventilation mécanique et à l'alimentation artificielle. Son niveau de communication et de coopération est très limité compte tenu de ce handicap fonctionnel. Néanmoins, son état de conscience n'est pas, en l'état de l'instruction, déterminé de manière certaine : si elle présente à tout le moins un état de conscience minimal en réagissant à la stimulation cutanée et à la voix, ce contact est évalué par les médecins comme fluctuant, et son niveau de conscience, évalué à 9 sur 20 sur l'échelle de Bicêtre par l'examen neurologique réalisé le 2 mars 2017, est regardé comme sévèrement altéré. De même, les mouvements constatés des paupières et des membres sont qualifiés soit de réflexes soit de volontaires, ceux-ci étant par nature difficiles à distinguer. Ainsi, a été évoqué notamment au cours de l'audience la possibilité que l'état de l'enfant caractérise, compte tenu de la nature des lésions cérébrales constatées, un état végétatif chronique, un état de conscience pauci-relationnel, voire même un syndrome " locked-in " qui témoignerait alors d'un niveau de conscience élevé malgré la paralysie musculaire et les sévères difficultés de communication et d'apprentissage en résultant, s'agissant d'un très jeune enfant. Enfin, si elle témoigne de situations d'inconfort et bénéficie à ce titre de l'administration de morphine, un éventuel état de souffrance est également difficile à évaluer. Dans ces circonstances, malgré le pronostic extrêmement péjoratif établi par les experts médicaux, compte tenu des éléments d'amélioration constatés de

l'état de conscience de l'enfant et de l'incertitude à la date de la présente ordonnance sur l'évolution future de cet état, l'arrêt des traitements ne peut être regardé comme pris au terme d'un délai suffisamment long pour évaluer de manière certaine les conséquences de ses lésions neurologiques.

23. En second lieu, à défaut de pouvoir rechercher quelle aurait été la volonté de la personne s'agissant d'un enfant de moins d'un an à la date de la décision, l'avis de ses parents, qui s'opposent tous les deux à l'arrêt des traitements, revêt une importance particulière. Dans ces conditions, la circonstance que l'enfant E... D...soit dans un état irréversible de perte d'autonomie la rendant tributaire de moyens de suppléance de ses fonctions vitales ne rend pas les traitements qui lui sont prodigués inutiles, disproportionnés ou n'ayant pour d'autre effet que le maintien artificiel de la vie et la poursuite de ces traitements ne peut caractériser une obstination déraisonnable. Dès lors, les conditions d'application des dispositions de l'article L. 1110-5-1 du code de la santé publique ne sont pas, à ce jour, réunies.

24. Par suite, à supposer qu'un enfant en bas âge puisse être considéré, comme " hors d'état d'exprimer sa volonté " et partant susceptible de faire l'objet de la procédure collégiale prévue par les dispositions des articles L. 1110-5-1 et L. 1111-4 du code de la santé publique et d'une décision du médecin prise sur le seul avis de ses parents, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'exception d'illégalité des dispositions de l'article R. 4127-37-2 au regard de l'article 371-1 du code civil faute de prévoir le consentement des parents à un tel acte, ni sur l'exception d'inconventionnalité des dispositions législatives applicables au regard des stipulations des articles 8 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, soulevées en défense par M. et MmeD..., il résulte de ce qui précède que l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a suspendu la décision du 4 novembre 2016 de mettre un terme aux thérapeutiques actives et enjoint à l'équipe médicale, sans préjuger en rien de l'évolution de l'état clinique de E...D..., de maintenir les soins appropriés la concernant.

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 :

25. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'admettre M. et Mme D... au titre de l'aide juridictionnelle provisoire et de mettre à la charge de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille le versement d'une somme de 3 000 euros au titre des articles L. 761-1 du code de justice administrative et 37

de la loi du 10 juillet 1991, à verser à la SCP Le Bret-Desaché, avocat de M. et MmeD..., sous réserve qu'elle renonce à percevoir la somme correspondant à la part contributive de l'Etat.

ORDONNE :

Article 1er : L'intervention de l'Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés est admise.

Article 2 : L'appel de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille est rejeté.

Article 3 : M. et Mme D...sont admis à l'aide juridictionnelle provisoire.

Article 4 : L'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille versera à la SCP Le Bret-Desaché, avocat de M. et MmeD..., la somme de 3 000 euros au titre des articles L. 761-1 du code de justice administrative et 37 de la loi du 10 juillet 1991, sous réserve qu'elle renonce à percevoir la somme correspondant à la part contributive de l'Etat.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille, à M. et MmeD..., à l'Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés et à la ministre des affaires sociales et de la santé.