

Cyril Mizrahi, avocat,
Inclusion Handicap

La compensation des désavantages: Questions et aspects juridiques



© Copyright World Health Organization (WHO) 2002

Plan de l'atelier

- Présentations, vos attentes, introduction
La compensation des désavantages...
- **Les bases légales**
- **Pour qui?** La notion contemporaine de handicap
- **Dans quel but?** L'éducation inclusive
- **Quels droits?** L'interdiction de discrimination et les aménagements raisonnables
- **Quelles différences?** entre compensation des désavantages, buts d'apprentissage et pédagogie spécialisée
- **Qui fait quoi comment?** Compétences et procédure
- **Quelles mesures?**
- Exemples pratiques

Les présentations: l'intervenant

- Personne concernée
- Formation en droit
- Avocat indépendant
- Avocat au sein du Département Égalité d'Inclusion Handicap
- Engagement associatif et politique

Inclusion Handicap

- Organisation faîtière du domaine du handicap défendant les 1,8 mio de PH (25 org. membres)
- Inclusion Handicap se bat pour faire progresser les droits des personnes handicapés et mettre en œuvre la Convention de l'ONU (action collective)
- Inclusion Handicap aide les personnes concernées à se défendre (soutien individuel)
 - Egalité: bureau de Carouge (GE): avenue Vibert 9, 022 552 97 97, cyril.mizrahi@inclusion-handicap.ch
 - Assurances sociales: bureau de Lausanne: Place Grand-Jean-Jean 1, 021 323 33 52, info@inclusion-handicap.ch

Vous et vos attentes

- Votre expérience
- Que savez-vous déjà?
- Situations à partager
- Vos questions / thématiques à aborder

Les enjeux :

pourquoi est-ce si important ?

- Il ne faut pas hiérarchiser, mais...
- Comme les transports, la formation est un pré-requis, une clef pour accéder à la société
- La formation détermine toute la vie future de l'enfant en situation de handicap
- Pas d'inclusion sociale et professionnelle sans formation inclusive
- Autonomie et maintien à domicile difficiles sans formation inclusive
- 70% des dossiers en matière de droit de l'égalité des personnes handicapées chez IH

Élément historique: L'impact de la RPT

- **Réforme** de la péréquation financière et de la **répartition des tâches entre la Confédération et les cantons** (RPT, 2003, EV 2008)
- **Art. 62, al. 3 Cst.:** Les cantons pourvoient à une formation spéciale suffisante pour les enfants et adolescents handicapés, au plus tard jusqu' à leur 20e anniversaire.

Avant

- Logique assécurologique
- Financement des mesures par l' AI
- Sécurité juridique, uniformité

Après

- Question de droits fondamentaux (égalité et droit à l' éducation)
- Financement par les cantons
- Marge de manœuvre, différence entre cantons, contexte budgétaire

Les bases légales

- **Le droit international:** notamment la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées ([CDPH – RS 0.109](#), adoptée par l'ONU en 2006, entrée en vigueur en Suisse en 2014, 177 pays membres)
- **Le droit fédéral:**
 - La Constitution fédérale ([Cst.](#))
 - La loi fédérale sur l'égalité pour les personnes handicapées ([LHand](#), entrée en vigueur en 2004)
- **Le droit intercantonal:** L'Accord intercantonal dans le domaine de la pédagogie spécialisée fixe les principes en la matière: 16 cantons membres, tous les romands sauf BE – infos sur les sites de la [CDIP](#) et du [CSPS](#))
- **Le droit cantonal:** l'école reste une chasse gardée des cantons

La répartition des compétences

- **Art. 8 al. 4 Cst.:** La loi prévoit des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées.
- S'adresse aux législateurs tant fédéral que cantonaux
- Ne change rien à la répartition des compétences prévue par la Constitution fédérale
- **Art. 62 Cst.:** L'instruction publique est du ressort des cantons
- **LHand, art. 3 lettre f:** la loi fédérale s'applique dans le domaine de la formation, mais seulement pour la formation professionnelle (art. 63 al. 1 Cst.), les EPF et les HES (art. 63a al. 1 Cst.)
- **Plusieurs lois/niveaux, mais les principes restent les mêmes!**

Doctrines et jurisprudence

- Doctrines: Ouvrages scientifiques sur le droit
- Jurisprudence: Décisions des tribunaux
- Source d'inspiration pour interpréter la loi
- Dans le domaine de l'égalité des PH (en français)
 - *L'égalité des personnes handicapées : principes et concrétisation*, édité par FRANÇOIS BELLANGER ET THIERRY TANQUEREL, Schulthess Editions Romandes, 2017
 - MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, *Droit de l'égalité des personnes handicapées*, Berne, 2013

Pour qui? La notion contemporaine de handicap

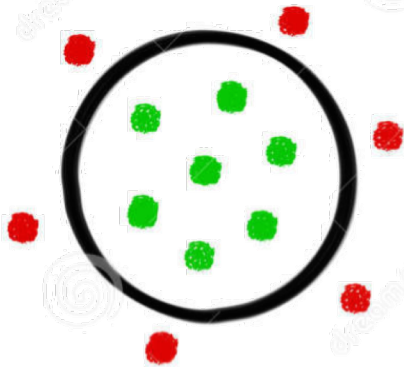
- **Art. 1 § 2:** Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des **incapacités** physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles **durables** dont **l'interaction** avec diverses **barrières** peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres.
- **Préambule, lettre e:** le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les **barrières comportementales et environnementales**

La notion de handicap en droit fédéral

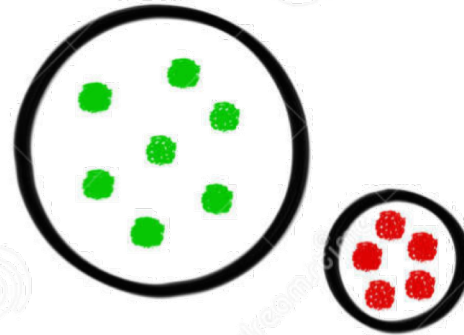
- **Art. 8 al. 2 Cst.:** Nul ne doit subir de discrimination du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.
- **Art. 2 al. 1 Lhand:** Est considérée comme personne handicapée (...) toute personne dont la déficience corporelle, mentale ou psychique présumée durable l'empêche d'accomplir les actes de la vie quotidienne, d'entretenir des contacts sociaux, de se mouvoir, de suivre une formation, de se perfectionner ou d'exercer une activité professionnelle, ou la gêne dans l'accomplissement de ces activités.

Le but: l'inclusion

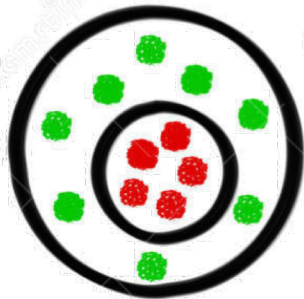
EXCLUSION



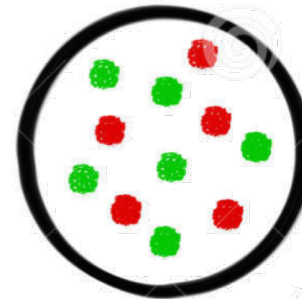
SEPARATION



INTEGRATION



INCLUSION



Quelques définitions

- **Exclusion:** l'élève est tenu éloigné de l'école sur la base de l'existence d'un handicap et placé dans une institution sociale ou médicalisée sans accès à l'éducation.
- **Ségrégation/séparation:** l'élève est envoyé dans une école spécialisée.
- **Intégration:** l'élève est scolarisé dans une école ordinaire, pour autant qu'il parvienne à s'adapter aux dispositions normalisées de l'école.
- **Inclusion:** l'école répond aux besoins de tous. Idée d'accessibilité, d'universalité. Si l'environnement est accessible, plus de handicap

Quelques définitions

INTÉGRATION

- Logique de compensation



INCLUSION

- Logique d'accessibilité



(Images: Serge THOMAZET, maître de conférences à l'École Supérieure du Professorat et de l'Éducation Clermont-Auvergne)

« L'école inclusive »

- « **L' école inclusive, une question de droit(s)** » (Serge THOMAZET, maître de conférences à l'École Supérieure du Professorat et de l'Éducation Clermont-Auvergne)
- « (...) *L'éducation inclusive a été reconnue comme le moyen le plus approprié pour que les États garantissent l'universalité et la non-discrimination dans le droit à l'éducation. La Convention relative aux droits des personnes handicapées reconnaît que, pour que les personnes handicapées puissent exercer ce droit, des systèmes éducatifs inclusifs doivent être en place et, par conséquent, le droit à l'éducation est un droit à l'éducation inclusive.* »
(Étude thématique sur le droit des personnes handicapées à l' éducation, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l' homme, A/HRC/25/29)

Pourquoi l'inclusion?

- Pas d'égalité séparée (*Brown v. Board of Education*, arrêt 347 U.S. 483)
- Égalité et inclusion sont donc liés
- Pas de société inclusive sans école inclusive
- Participer à la vie sociale et accepter les différences s'apprend dès le plus jeune âge

Le but et les droits



In the first image, it is assumed that everyone will benefit from the same supports. They are being treated equally.



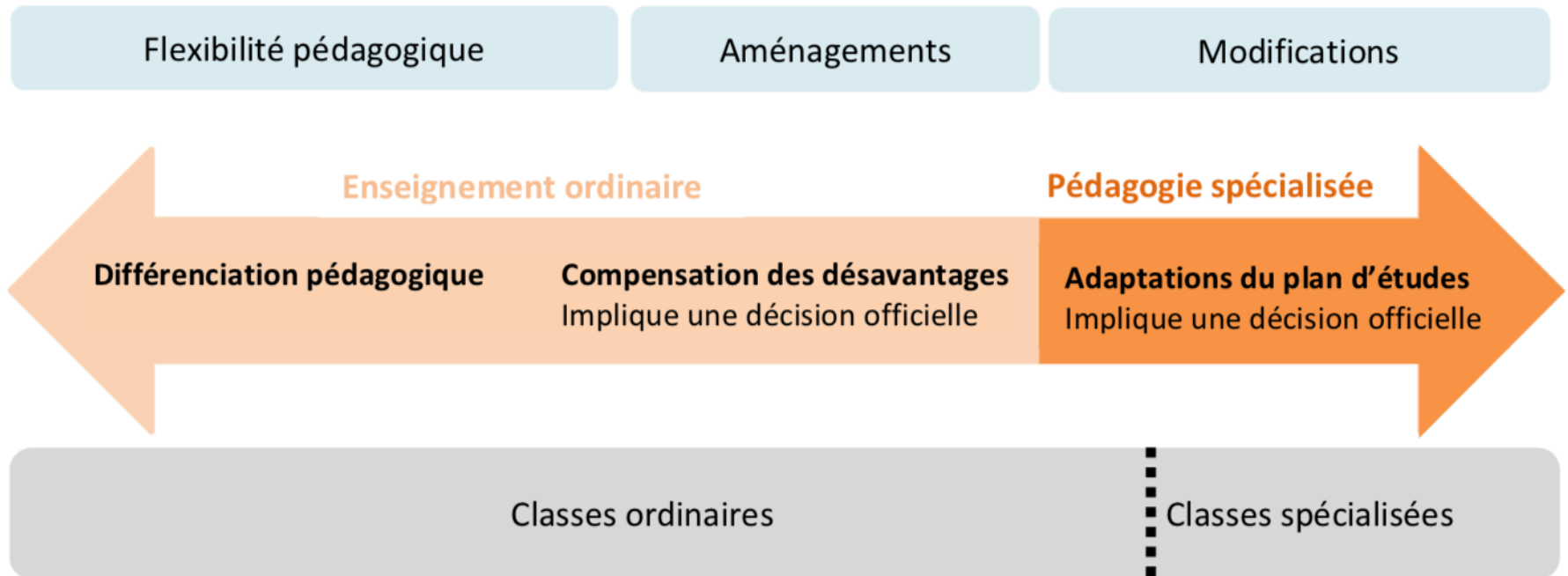
In the second image, individuals are given different supports to make it possible for them to have equal access to the game. They are being treated equitably.



In the third image, all three can see the game without any supports or accommodations because the cause of the inequity was addressed. The systemic barrier has been removed.

Différenciation et compensation

Schéma 2 : La différenciation pédagogique dans le contexte de l'école obligatoire en Suisse



Source: CIIP/CSPS, « Informations sur les fiches à l'intention des enseignant-e-s - Différenciation pédagogique et compensation des désavantages » ([site CIIP](#))

L'école inclusive et les aménagements

Intégration	Inclusion
Définition individuelle écart à la norme	Définition environnementale
Compensation / Aménagement	Accessibilité universelle
Droit justiciable	But / programme
Installer une rampe	Nouvelle école sans obstacles
Compensation des désavantages	Différenciation pédagogique
Assistant ou enseignant spécialisé pour l'élève	Equipe pluridisciplinaire Petits effectifs ou co-enseignement
Temps supplémentaire	Le temps n'est pas un critère
Orthographe prise en compte sauf pour élève dys-	Orthographe non prise en compte

En d'autres termes

- Plus l'école sera inclusive
- Moins il y aura besoin d'aménagements!

Deux types de discrimination

- Préjugés
 - Barrières comportementales (préambule lettre e CDPH)
 - Commun avec autres groupes discriminés
 - Discrimination directe
 - Ex: « L'élève handicapé souffre dans l'école ordinaire, la solution est la séparation » (cf. [ATA/35/2019](#))
- Environnement
 - Barrières environnementales (préambule CDPH)
 - Très fréquent dans le domaine du handicap
 - Discrimination indirecte
 - Ex: Absence d'aménagement scolaire

L'interdiction de discrimination

- **Art. 8 al. 2 Cst.:** Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment (...) d'une déficience corporelle, mentale ou psychique
- **Art. 5 al. 1 CDPH:** Interdiction de discrimination
- **Art. 2 CDPH: «discrimination fondée sur le handicap»:** toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a ***pour objet ou pour effet*** de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme (...)
- « comprend toutes les formes de discrimination, **y compris le refus d'aménagement raisonnable** »
- **Art. 24 CDPH:** droit à l'éducation sans discrimination

CDPH: Portée

- **Art. 5 = Droit justiciable** (Message CDPH, FF 2013 601, p. 613)
- Peut être invoqué **indépendamment d'une autre disposition de la convention**
- également lorsque la discrimination consiste en un **refus d'aménagement raisonnable** (cf. CAROLINE HESS-KLEIN, « Le cadre conventionnel et constitutionnel du droit de l'égalité des personnes handicapées », p. 24, in *L'égalité des personnes handicapées : principes et concrétisation*, FRANÇOIS BELLANGER ET THIERRY TANQUEREL éd., *op. cit.*).
- **Idem pour l'art. 24** (Markus Schefer, Caroline Hess-Klein, *Droit de l'égalité des personnes handicapées*, Berne 2013, p. 79 et les références citées)

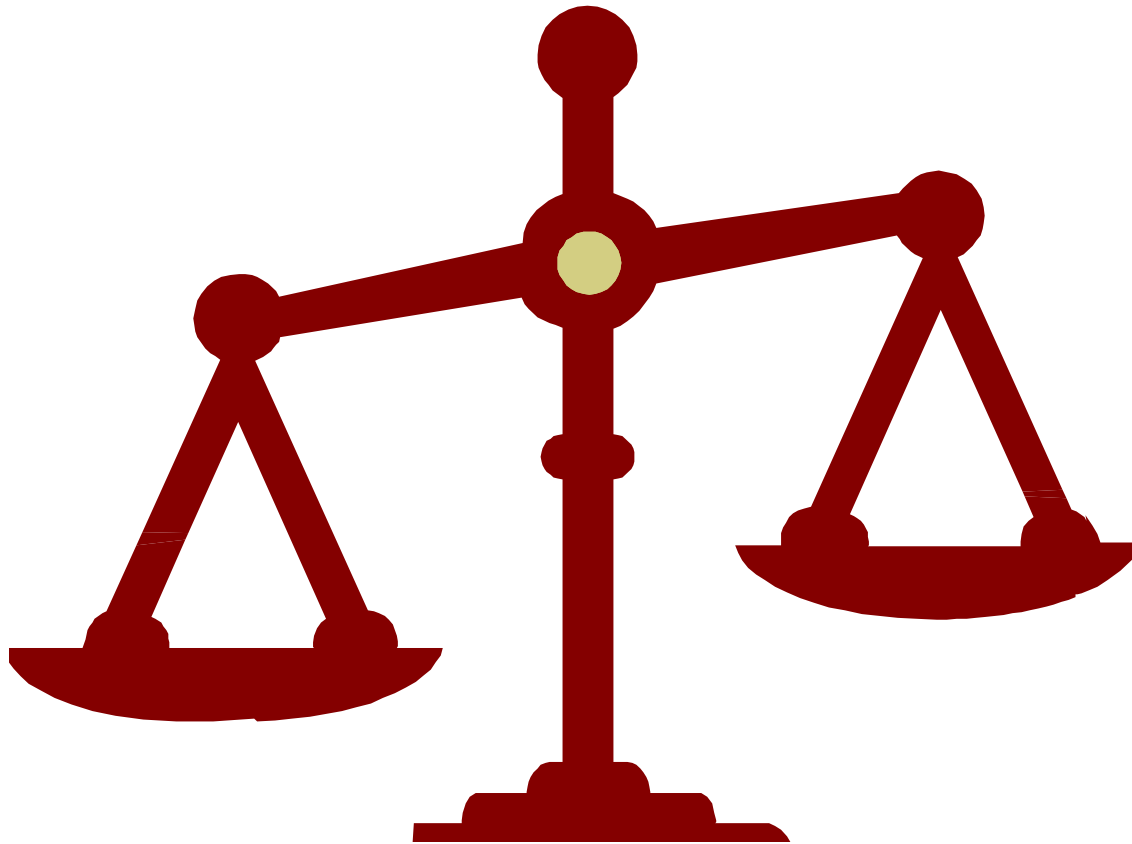
Une protection « asymétrique »

- **Inégalité** (art. 8 al. 1 Cst.): traiter de manière semblable des situations différentes ou inversement
- **Discrimination** (art. 8 al. 2 Cst.): traitement inégal qualifié ayant *pour but ou pour effet* de défavoriser une personne handicapée.
- **discriminations indirectes** aussi interdites, soit normes ou mesures *a priori* neutres mais qui en réalité portent préjudice lourd sans motif objectif
- PH = **Groupe discriminé** = au cours de l'histoire ou dans la réalité sociale actuelle, souffre d'exclusion ou de dépréciation
- → **Protection renforcée**
- Ex. pilote d'avion aveugle ou cafetier sourd

Proportionnalité / aménagements raisonnables

- **Art. 36 Cst.:** restrictions des droits fondamentaux (ex. du pilote et du cafetier)
- **Base légale**
- **Intérêt public** ou autre droit fondamental à protéger
- **Proportionnalité**
 - **Aptitude:** La restriction doit être apte à atteindre le but d'intérêt public
 - **Nécessité:** il ne doit pas y avoir de moyen moins dommageable
 - **Proportionnalité au sens étroit:** La restriction doit être dans un rapport raisonnable

Principe de la proportionnalité (art. 11 et 12 LHand)



Principe de la proportionnalité

- Intérêt public à la réalisation de l'égalité des personnes handicapées
- Intérêt des personnes handicapées concernées
- Coûts
- Possibilités techniques
- Protection du patrimoine
- Sécurité du trafic ou de l'exploitation
- Protection de l'environnement

La proportionnalité selon la LHand

- Art. 11 al. 1: Pas d'élimination de l'inégalité lorsqu'il y a disproportion entre l'avantage qui serait procuré aux personnes handicapées et notamment la dépense qui en résulterait
- Dans ce cas, **solution de rechange appropriée** (art. 12 al. 3)

La proportionnalité en pratique

- **Solution optimale:** Les besoins particuliers de l'enfant déterminent la solution «juste» dans le cas individuel, dont on ne s'écartera que si et dans la mesure où un intérêt public prépondérant l'exige, dans le respect du principe de la proportionnalité (ATF 141 I 9, trad. au JdT 2015 I 71, consid. 5)
- **Intérêt public:** On peut s'en écarter pour éviter une perturbation notable de l'enseignement, tenir compte de l'intérêt financier de la collectivité ou permettre à l'école de simplifier son organisation (ATF 141 I 9, c. 4.2.2, trad. au JdT 2015 I 71; ANDREA AESCHLIMANN-ZIEGLER, *op. cit.*, p. 169). Sur le plan financier, il faut démontrer que la solution choisie est moins coûteuse que l'optimale. En principe, la solution intégrée coûte moins cher que l'école spécialisée (ATF précité c. 4.3.2, ATF 138 I 162, JdT 2013 I 113)
- **Proportionnalité:** Encore faut-il que la dérogation à la prestation idéale soit propre et nécessaire à atteindre le résultat recherché, et que l'on puisse l'exiger de la personne (SCHEFER/HESS-KLEIN, *Droit de l'égalité des personnes handicapées, op. cit.*, p. 77-78).

Aménagements raisonnables (CDPH)

- Une autre manière d'exprimer le principe de proportionnalité
- Le droit à des aménagements raisonnables est une **composante de l'interdiction de discrimination** (art. 2 et 5 CDPH)
- **Définition** (art. 2 CDPH): modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice des droits humains, sur la base de l'égalité avec les autres

Aménagements formels

- La compensation des désavantages désigne la neutralisation ou la diminution des limitations occasionnées par un handicap
- aménagement des conditions dans lesquelles se déroulent un apprentissage ou examen et non une adaptation des objectifs de scolarisation/formation ou une dispense de notes ou de branches ([CSPS](#), [fiches CIIP par type de déficience](#))
- « *Bei der Frage nach **Art und Umfang des Ausgleichs** müsse geprüft werden, **welche Erleichterungen notwendig sind, damit ein behinderter Kandidat die gleichen Chancen habe, die Prüfung zu bestehen, wie wenn seine Behinderung nicht vorhanden wäre (...).** » (ATF B-7914/2007 (2008) c. 4.5)*
- Il ne s'agit pas d'une mesure incitative visant à avantager la personne concernée par rapport aux autres
- Droit même si la personne a de bonnes notes sans la mesure.
- « *Everybody is a genius. But if you judge a fish by its ability to climb a tree, it will live its whole life believing that it is stupid.* » (A. Einstein)
- Ne doivent jamais être mentionnées sur un bulletin ou certificat

Aménagements formels: exemples

- L'aménagement des bâtiments
- L'utilisation de moyens auxiliaires
- L'adaptation du matériel scolaire
- L'utilisation de ressources pédagogiques spécifiques
- L'aide par les pairs
- L'aménagement du cursus et de l'organisation des études
- Les mesures de soutien à la classe / la réduction de la taille de la classe
- Les prestations de soutien « externes » à l'école ordinaire (logopédie par ex.)
- L'accompagnement en classe ordinaire / l'assistance personnelle
- Les classes spécialisées en établissement ordinaire
- La scolarisation en établissement spécialisé

Aménagements formels: exemples en matière d'examens

- Mise à disposition d'un ordinateur, d'une lampe, pièce à part...
- temps supplémentaire ou diminution du nombre des exercices
- Pauses ou examen en plusieurs parties
- Examen oral au lieu d'écrit ou inversement
- Assistant-e pour écrire ou lire / traduire en langue des signes

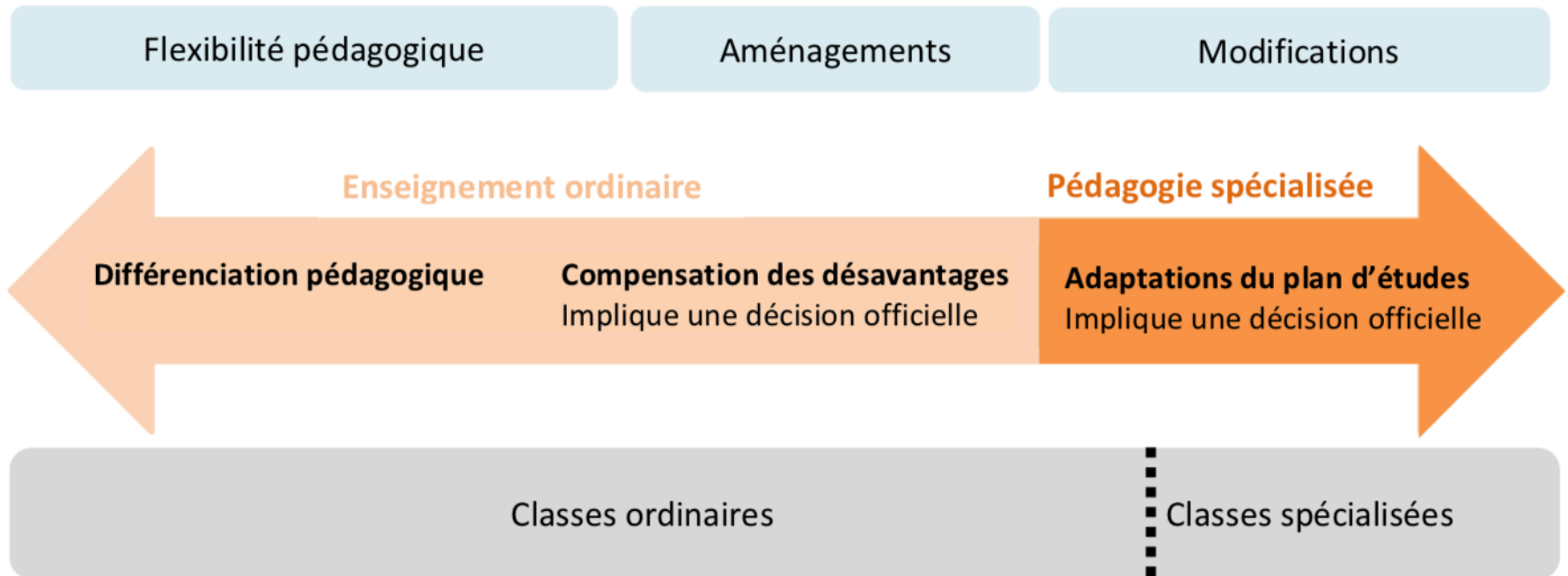
Cf. Arrêt TF 2D_7/2011 du 19 mai 2011, c. 3.2

Aménagements matériels

- Adaptation des buts d'apprentissage
- Dispense de cours ou renonciation à certaines exigences du Plan d'études romand
- **Proportionnalité**: « Si l'aptitude à apprendre d'un enfant handicapé est lésée, l'enfant doit être préparé à participer à la vie sociale de manière aussi indépendante que ses capacités le lui permettent » (SCHEFER/HESS-KLEIN, Droit de l'égalité des personnes handicapées, Staempfli, Berne 2013; cf. ATF 129 I 12 c. 4.2 p. 16s)
- **Subsidiarité** par rapport aux aménagements formels
- Doivent être mentionnés sur **bulletins et certificats**

Aménagements et pédagogie spécialisée

Schéma 2 : La différenciation pédagogique dans le contexte de l'école obligatoire en Suisse



Source: CIIP/CSPS, « Informations sur les fiches à l'intention des enseignant-e-s - Différenciation pédagogique et compensation des désavantages » ([site CIIP](#))

Aménagements et pédagogie spécialisée

- On entend et on lit souvent que la compensation des désavantages serait réservée à l'école ordinaire (fiche CIIP précitée; directive GE sur les soutiens et aménagements), que la pédagogie spécialisée relèverait forcément des aménagements matériels, ou au contraire qu'aménagements formels et matériels s'opposent aux mesures de pédagogie spécialisée (directive GE sur les adaptations)
- **C'est erroné et discriminatoire!**
- Cela présuppose par ex. qu'un jeune scolarisé dans le spécialisé, par ex. pour des troubles du comportement, n'aurait forcément pas les capacités pour suivre le PER.

Pédagogie spécialisée et inclusion

- Priorité à la scolarisation ordinaire avec mesures d'adaptation et de soutien (Une **certaine préférence pour la scolarisation ordinaire**, Art. 20 al. 2 LHand et 2 lettre b AICPS, ATF 138 I 162 = JdT 2013 I 113, c. 4.2).
- Sinon, classe spécialisée dans une école ordinaire (intégration sociale et géographique)
- En dernier lieu seulement, institution spécialisée
- Si possible, intégration en classe ordinaire à temps partiel au moins

Distinction entre types d'aménagement

- La distinction est souvent délicate dans les cas suivants:
 - Prise en compte de **l'orthographe** pour les élèves dyslexiques (par ex. motion [2456](#) à Genève): quand l'orthographe est-il un objectif d'apprentissage et dans quelles limites?
 - Utilisation de la **calculatrice** pour les élèves dyscalculiques: même question pour le calcul, en particulier dans les matières scientifiques
 - **Réduction du nombre d'exercices** lorsque le temps supplémentaire n'est pas possible pour des raisons de santé ou d'organisation (possibilité prévue par les fiches CIIP)
- **Distinction importante**
 - pour la mention ou non sur le certificat
 - Parce qu'il reste difficile d'obtenir des aménagements matériels dans le secondaire II et au-delà, alors que le droit le requiert
 - Dans certains cas, un aménagement matériel peut porter tellement atteinte à une formation donnée qu'elle ne peut pas raisonnablement être suivie. Là encore, la distinction peut être délicate.

Éléments de procédure

- L'élève ou ses représentants peut faire une **demande en tout temps**, l'école peut aussi proposer des aménagements.
- Si possible le demandeur doit requérir des **mesures précises**.
- Il peut proposer des **attestations de spécialistes** portant sur ses incapacités et ses besoins particuliers, et proposant des aménagements
- La demande pour un **examen** doit être faite avant, à moins que la personne n'ait pas connaissance de ses incapacités (dans ce cas, l'examen pourra être répété avec l'aménagement)
- L'école doit **évaluer les besoins individuellement**. Des mesures schématiques (par ex. uniquement un temps supplémentaire de X%) ne sont pas envisageables.
- Le demandeur a le **droit d'être entendu** sur la mesure envisagée.
- **Droit à une décision** prise par l'autorité compétente dans un délai raisonnable, signalée comme telle, indiquant les voies de droit et motivée (art. 29 Cst.)
- Une directive qui prévoit que «les décisions relatives aux aménagements ne sont pas susceptibles de recours» viole manifestement les articles 29, alinéa 1, et 29a Cst., car les aménagements constituent un droit et non une mesure organisationnelle.

Cas pratique

Une personne sourde s'est inscrite à un examen cantonal pour l'obtention d'un diplôme de cafetier. En vue de la session d'examen, cette personne a déposé une demande de compensation des désavantages et a demandé à pouvoir être assisté d'un-e interprète en langue des signes et de pouvoir bénéficier de temps supplémentaires.

La commission d'examen a rejeté cette demande et a uniquement accepté que soient traduites en langue des signes les consignes orales. Elle a accepté la présence de l'interprète durant la durée de l'examen, seulement afin que le candidat puisse adresser ses éventuelles questions à la surveillance et qu'il obtienne les informations relatives au temps restant.

La commission d'examen a expliqué sa décision en précisant que la connaissance du français était nécessaire pour la profession et s'est référé par analogie à son refus systématique de demandes visant à la présence d'un-e traducteur/traductrice en langue étrangère.

Quid?

Source: Newsletter IH: http://inclusion-handicap.ch/admin/data/files/asset/file_fr/503/droit-et-handicap_11_2018_compensation-des-desavantages_cafetier_restaurateur.pdf?lm=1539764065&_fumanNewsletterId=75067:133ce6897cf5056oce01373e676dc7a3

Cas pratique: solution

L'accès à l'éducation est garanti sans discrimination (art. 5 et 24 al. 1 CDPH).

Les aménagements raisonnables doivent être mis en place en fonction des besoins de chacun (art. 2, 5, 24 al. 2 let. c CDPH).

Enfin, l'art. 24 al 5 CDPH interdit toute discrimination dans le cadre de la formation professionnelle. L'interdiction de discrimination constitue un droit directement justiciable.

L'interdiction de discrimination en raison d'un handicap est également garantie par l'art 8 al. 2 de la Constitution fédérale.

Sont interdites tant les discriminations directes qu'indirectes.

En appliquant les mêmes conditions d'examens à tous les candidats, nonobstant leur handicap, la Commission d'examen a commis une discrimination

indirecte interdite.

La comparaison effectuée par la commission d'examen entre la langue des signes et des langues étrangères n'a pas lieu d'être. En effet, les personnes sourdes n'ont pas les mêmes chances que les personnes entendantes de maîtriser la langue française orale et écrite, précisément en raison de leur surdité qui rend très difficile d'entendre et d'articuler la langue orale. A cela s'ajoute que la langue des signes est exclusivement gestuelle et basée sur des idéogrammes, ce qui la distingue très nettement des autres langues parlées. C'est précisément pour cela que la CDPH et certaines constitutions cantonales (GE et ZH) comportent une reconnaissance officielle de la langue des signes.

Cas pratique: solution

La Cour suprême bernoise a du reste eu l'occasion de préciser que « la langue des signes est une technique de communication et constitue, pour les personnes avec une déficience auditive, un outil (moyen auxiliaire) pour surmonter leur handicap. Pour cette raison, la langue des signes ne peut pas être assimilée à une langue étrangère » (Arrêt de la section civile de la Cour Suprême bernoise, ZK 13 551, publié en février 2014).

Enfin, avoir besoin d'un-e interprète en langue des signes ou de plus de temps dans le contexte spécifique d'un examen professionnel écrit (en raison du temps limité, de l'enjeu et

du stress) n'entrave en rien les aptitudes fondamentales à exercer le métier de cafetier- restaurateur. Dans une telle profession, la personne sourde pourra du reste également, en cas de besoin, recourir à l'aide d'un-e interprète, par exemple lors d'un contrôle de la police du commerce ou pour comprendre un courrier complexe. Contrairement à l'exemple souvent cité et admis par la doctrine d'un candidat pilote d'avion exclu en raison d'un trouble visuel, une surdité même profonde ne constitue pas un empêchement pour exercer la profession de restaurateur.