

Cyril Mizrahi et Arun Bolkensteyn

Compensation des désavantages : questions et aspects juridiques

Résumé

Cette contribution examine le cadre légal en matière de compensation des désavantages. La Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées (CDPH) définit la notion contemporaine de handicap, ainsi que le droit à l'éducation inclusive et l'interdiction de discrimination, qui comporte l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables. La CDPH précise ainsi la portée de l'interdiction de discrimination ancrée à l'art. 8 de la Constitution fédérale. Après avoir abordé la distinction entre la compensation des désavantages et les mesures qui modifient les contenus-clés appelés à être évalués, des exemples et ressources seront données, ainsi que quelques éléments sur la procédure.

Zusammenfassung

Im vorliegenden Artikel wird der gesetzliche Rahmen für Nachteilsausgleich erörtert. Der Begriff der Behinderung wird durch die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) zeitgemäss definiert, ebenso das Recht auf inklusive Bildung sowie das Diskriminierungsverbot, das die Verpflichtung beinhaltet, angemessene Vorkehrungen vorzusehen. Damit steckt die BRK den Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots ab, das in Artikel 8 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) verankert ist. Nach einer Diskussion zum Unterschied zwischen Nachteilsausgleich und der Anpassung von zentralen Prüfungsinhalten wird im Artikel die Umsetzung in der Praxis thematisiert sowie das entsprechende Vorgehen angesprochen.

Permalink: www.szh-csps.ch/r2020-06-01

Introduction

À l'instar du domaine des transports, celui de la formation, et tout particulièrement de la formation initiale, constitue un prérequis pour accéder à la société. En effet, la formation suivie détermine toute la vie future de l'enfant en situation de handicap. Sans formation inclusive, il est difficile d'intégrer le marché libre du travail et de vivre de manière autonome à domicile plutôt qu'en milieu institutionnel. La formation représente d'ailleurs 70 % des dossiers en matière de droit d'égalité des personnes handicapées chez Inclusion Handicap, organisation faitière du domaine du handicap.

On peut distinguer quatre approches de l'éducation des personnes avec handicap

(Haut-Commissariat de l'ONU, 2013, p. 4 s.), à savoir l'exclusion (l'existence d'un handicap conduit au placement dans une institution sans accès à l'éducation), la ségrégation ou séparation (scolarisation dans une école spécialisée séparée), l'intégration (scolarisation dans une école ordinaire, pour autant que l'élève parvienne à s'adapter aux dispositions normalisées de l'école) et enfin l'inclusion (l'école répond aux besoins de tous les élèves sans que l'élève ne doive lui-même s'adapter à une école conçue pour les seuls enfants sans handicap). Ces deux dernières approches étant fréquemment confondues, nous proposons de les distinguer grâce au tableau suivant.

Intégration	Inclusion
Définition individuelle du handicap, écart à la norme	Définition environnementale du handicap
Compensation / Aménagement	Accessibilité universelle
Droit justiciable	But / programme
Installer une rampe	École sans escalier
Compensation des désavantages	Différenciation ou flexibilité pédagogique
Assistant ou enseignant spécialisé pour l'élève	Équipe 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 lorsqu'un autre objectif est évalué

Tableau 1 : Distinction entre les approches de l'inclusion et de l'intégration.

Le droit applicable

Le droit à l'éducation est consacré à la fois au niveau international, fédéral et cantonal. Sur le plan international, l'art. 24 de la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 (CDPH; RS 0.109), entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014, consacre le droit des personnes handicapées à l'éducation sans discrimination; il repose sur les principes de l'école inclusive (Rapport ONU, § 3). Le principe de non-discrimination est également consacré, de manière générale à l'art. 5 CDPH. Ces deux dispositions sont directement applicables (Schefer & Hess-Klein, 2013, p. 79).

Au niveau fédéral, la Constitution fédérale prohibe également les discriminations (art. 8 al. 2). Sont interdites tant les discriminations directes qu'indirectes, c'est-à-dire des mesures qui, *a priori*, ne semblent pas désavantager des personnes en situation de handicap, mais qui, en réalité, leur portent un préjudice particulièrement lourd, sans que cela soit justifié par des motifs objectifs. La Constitution garantit également le droit

à l'enseignement de base (art. 19). La loi « prévoit des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées » (art. 8 al. 4 Cst. féd.); ce mandat législatif s'adresse tant aux législateurs fédéral que cantonaux. La loi fédérale sur l'égalité pour les handicapés (LHand; RS 151.3) s'applique dans le domaine de la formation (art. 3 let. f). La LHand ne s'applique toutefois directement que pour la formation professionnelle, les EPF et les HES, qui sont du ressort de la Confédération (art. 63 al. 1 et 63a al. 1 Cst. féd.). S'agissant des autres domaines de la formation (scolarité obligatoire, secondaire II, universités), qui sont du ressort des cantons (art. 3, 43 et 62 al. 1 Cst. féd.), l'art. 20 LHand se limite à rappeler ou à préciser les droits consacrés par les art. 8 et 19 Cst. féd. et 24 CDPH. En définitive, les principes applicables au niveau cantonal et fédéral sont les mêmes, la LHand ne faisant que préciser la portée de l'art. 8 al. 2 Cst.

Par ailleurs, suite à la réforme de la répartition financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons

(RPT) entrée en vigueur en 2008, la tâche de pourvoir à une formation spéciale suffisante pour les enfants handicapés, au plus tard jusqu'à leur 20^e anniversaire, a été transférée de l'assurance-invalidité aux cantons (art. 62 al. 3 Cst. féd.).

Seize cantons, dont les cantons romands sauf Berne, ont conclu un accord intercantonal sur la collaboration dans le domaine de la pédagogie spécialisée (AICPS; RS/GE C 1 08), qui fixe les principes en la matière. Tant l'AICPS (art. 2 let. b) que la LHand (art. 20 al. 2 LHand) accordent une certaine préférence à la scolarisation ordinaire ou régulière, accompagnée de mesures d'accompagnement spécifiques (ATF 138 I 162, c. 4.2, trad. au JdT 2013 I 11). Seulement si cela n'est pas possible, il conviendra de se tourner vers la scolarisation dans une classe spécialisée au sein d'une école ordinaire, solution permettant à tout le moins une intégration partielle sociale et géographique. En dernier lieu seulement, on aura recours à la scolarisation en institution spécialisée. Chaque fois que cela est possible, une intégration à temps partiel dans un environnement ordinaire doit avoir lieu. Ce qui est possible doit se mesurer à l'aune des capacités et du bien de l'enfant (Mizrahi, 2017, p. 215 s.). Comme la Cour suprême américaine l'avait précisé dans un arrêt rendu en 1954 à propos de la ségrégation raciale, il ne saurait y avoir d'égalité séparée (*Brown v. Board of Education*, arrêt 347 U.S. 483). Égalité et inclusion vont donc de pair; le droit à l'éducation est ainsi un droit à l'éducation inclusive (Rapport ONU, par. 3).

Enfin, le droit cantonal joue un rôle prépondérant en matière de formation. Il convient de souligner que certaines constitutions cantonales renferment des dispositions ayant un impact en matière d'égalité des personnes handicapées dans le domaine de la formation, à l'instar de l'art. 14 de la

Constitution zurichoise, qui dispose que les conditions d'accès aux institutions de formation doivent être égales pour tous, ou encore de l'art. 24, al. 2, de la Constitution genevoise, qui prévoit que toute personne a droit à une formation initiale publique gratuite.

La notion de handicap en droit

Au sens de la CDPH (art. 1 § 2 et Préambule, lettre e), on entend par personnes handicapées des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières comportementales et environnementales peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres. Il s'agit de la notion contemporaine du handicap : dans un environnement sans barrières, c'est-à-dire inclusif et en l'absence de préjugés, le handicap disparaît. En matière de formation, plus l'école sera inclusive, moins il y aura besoin d'aménagements.

Certaines constitutions cantonales renferment des dispositions ayant un impact en matière d'égalité dans le domaine de la formation.

La notion de déficience de l'art. 8 al. 2 Cst. correspond à la notion d'incapacité durable de la CDPH. La déficience corporelle inclut les incapacités physiques et sensorielles, la déficience mentale correspond à l'incapacité intellectuelle, et la déficience psychique à l'incapacité mentale. Il est regrettable que les art. 8 al. 2 Cst. et 2 al. 1 LHand, antérieurs à la Convention, ne mentionnent pas l'interaction avec les barrières; cela n'a cependant pas de portée juridique concrète (Mizrahi, 2019, p. 235).

L'interdiction de discrimination et les aménagements raisonnables

Les discriminations découlent soit de préjugés – ou barrières comportementales (cf. préambule CDPH, lettre e) – par exemple celui consistant à considérer que l'élève handicapé souffrirait par définition dans l'école ordinaire, soit de barrières environnementales, telles que l'absence d'aménagements scolaires. Dit autrement, il y a inégalité dans l'accès à la formation ou à la formation continue notamment lorsque l'utilisation de moyens auxiliaires spécifiques aux personnes handicapées ou une assistance personnelle qui leur est nécessaire ne leur sont pas accordées (art. 2 al. 5 let. a LHand) ou lorsque la durée et l'aménagement des prestations de formation offertes ainsi que les examens exigés ne sont pas adaptés aux besoins spécifiques des personnes handicapées (art. 2 al. 5 let. b LHand).

S'agissant des coûts, la solution en école régulière avec des aménagements coûte en principe moins cher que l'école spécialisée.

Les droits fondamentaux des personnes concernées peuvent être restreints aux conditions de l'art. 36 Cst., soit moyennant l'existence d'une base légale, d'un intérêt public et du respect du principe de la proportionnalité. Le principe de la proportionnalité est également ancré aux art. 11 et 12 LHand. Il s'agit de mettre en balance l'intérêt public à la réalisation de l'égalité des personnes handicapées ainsi que l'intérêt privé des personnes handicapées concernées d'une part, avec les coûts des mesures envisagées, les possibilités techniques, ou

d'autres intérêts publics en cause d'autre part. S'agissant des coûts, il convient de souligner que la solution en école régulière avec des aménagements coûte en principe moins cher que l'école spécialisée (ATF 141 I 9, c. 4.3.2, trad. au JdT 2015 I 71 ; ATF 138 I 162, trad. au JdT 2013 I 113).

Le droit à des aménagements raisonnables est une composante de l'interdiction de discrimination (art. 2 et 5 CDPH). Il s'agit, à teneur de l'art. 2 CDPH, des « 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, sur la base de l'égalité avec les autres », d'un droit fondamental, en l'occurrence le droit à la formation. Ces aménagements peuvent être formels ou matériels.

Les aménagements formels, dénommés également mesures de compensation des désavantages, consistent en la « neutralisation ou la diminution des limitations occasionnées par un handicap. Ce terme désigne l'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 branches¹. » Selon la jurisprudence, pour déterminer la nature et l'étendue de la compensation, il y a lieu de tenir compte des aménagements nécessaires pour qu'un candidat handicapé ait les mêmes chances de réussir l'examen que si son handicap n'existait pas (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7914/2007, ATAF 2008/26 consid. 4.5). Ainsi, il ne s'agit pas d'une mesure inci-

¹ Voir le site de la Fondation Centre suisse de pédagogie spécialisée : www.csps.ch/themes/compensation-des-desavantages

tative visant à avantager la personne concernée par rapport aux autres. En outre, le droit aux mesures compensatoires existe indépendamment du fait qu'une personne a obtenu ou obtiendrait vraisemblablement de bonnes notes même sans la mesure.

Exemples pratiques, ressources et distinctions

La palette des mesures envisageables est vaste. En matière d'examens, le Tribunal fédéral admet qu'on peut envisager notamment une prolongation de la durée de l'examen, des pauses plus longues, des pauses supplémentaires, une division de l'épreuve en parties, le passage de l'examen en plusieurs étapes, des formes d'examen différentes, l'utilisation d'un ordinateur, pour les personnes handicapées de la vue le grossissement des documents, pour les personnes avec un handicap corporel une place de travail adaptée, etc. (arrêt du Tribunal fédéral 2D_7/2011 du 19 mai 2011, consid. 3.2).

La Fondation Centre suisse de pédagogie spécialisée et la Conférence intercantonale de l'instruction publique de la Suisse romande et du Tessin (CIIP) proposent pour chaque type de déficience (visuelle, auditive, troubles dys- et de l'attention, autisme), une documentation détaillée sur la compensation des désavantages², comprenant notamment une liste très complète, selon la typologie suivante: aménagements de l'espace, du temps, de la forme, adaptation des supports, mise à disposition d'outils de travail spécifiques, accompagnement par une tierce personne. À notre connaissance, ces ressources n'existent malheureusement qu'en français.

On peut également mentionner spécifiquement, par exemple, l'aide par les pairs ou l'aménagement du cursus et de l'organisation des études (p.ex. des études plus longues à temps partiel). Des mesures typiques de la pédagogie spécialisée, comme les prestations de soutien « externes » à l'école ordinaire (logopédie p. ex.) ou les classes spécialisées, constituent également des aménagements de nature formelle, car de telles mesures n'excluent pas en tant que telles que l'élève concerné puisse suivre le plan d'études standard (Mizrahi, 2017, p. 213 et 226, avec une liste exemplative p. 227 et 228; dans le même sens, Schefer & Hess-Klein, 2013, p. 75).

Pour déterminer la nature et l'étendue de la compensation, il y a lieu de tenir compte des aménagements nécessaires pour qu'un candidat handicapé ait les mêmes chances de réussir l'examen que si son handicap n'existait pas.

Les aménagements matériels n'entrent en ligne de compte que dans la mesure où une personne ne peut pas suivre une formation régulière, même avec des aménagements de nature formelle, et ont ainsi un caractère subsidiaire (Mizrahi, 2017, p. 224; Aeschlimann-Ziegler, 2011, p. 251). Dans ce cas, il y a une adaptation des buts d'apprentissage, avec une dispense de cours ou une renonciation à certaines exigences du plan d'études. Il s'agit, conformément au principe de proportionnalité, d'adapter le contenu d'une formation plutôt que d'en exclure la personne concernée.

² www.csps.ch/fr/projets/projets/fiches-d-information-pour-les-enseignant-e-s

La distinction entre aménagements formels et matériels est importante en pratique. D'abord parce que les aménagements matériels demeurent difficiles à obtenir dans le cadre de diplômes tels que la maturité, à tort puisque la CDPH les rend obligatoires (Moyard, 2019, p. 12 ; dans ce sens, Schefer & Hess-Klein, 2014, p. 392 s.). Par ailleurs, ceux-ci doivent en principe être mentionnés sur les certificats et bulletins scolaires, étant donné que les objectifs d'apprentissage ont été adaptés (Mizrahi, 2017, p. 225). Schefer et Hess-Klein (2014, p. 357 ; cf. Moyard, 2019, p. 12) proposent une approche plus nuancée en fonction de la question de savoir si un contenu-clef (but essentiel) est touché. En revanche, il est exclu de mentionner un aménagement formel, les exigences certifiées n'étant pas modifiées.

L'élève, ou ses représentants, peut demander en tout temps des aménagements, en requérant si possible des mesures précises et fournissant, le cas échéant, des attestations de spécialistes.

Cette distinction s'avère parfois délicate. S'agissant de la prise en compte de l'orthographe pour les élèves dyslexiques : quand l'orthographe est-il un objectif d'apprentissage et dans quelles limites (cf. Moyard, 2019) ? La fiche CSPS/CIIP propose à juste titre, lors de travaux ne portant pas sur l'orthographe en particulier, de limiter l'évaluation de l'orthographe dans des sections déterminées à l'avance. Logiquement, il conviendrait en pareil cas de ne pas en tenir compte, car il n'y a pas de raison qu'un ou une élève dys- soit pénalisé également lors

de travaux ne portant pas sur l'orthographe. Le même raisonnement devrait prévaloir, *mutatis mutandis*, pour les élèves dyscalculiques. Indépendamment de la qualification (formelle ou matérielle) de tels aménagements, nous pensons qu'ils doivent être accordés et ne pas être mentionnés sur le certificat (ce qui rejoint l'approche nuancée de Schefer & Hess-Klein précitée).

Les fiches CSPS/CIIP prônent également à juste titre la réduction du volume des exercices sans réduire les objectifs visés, lorsque l'octroi de temps supplémentaire n'est pas possible pour des raisons de fatigabilité ou d'organisation scolaire. Il est vrai que de telles mesures sont un peu plus complexes à mettre en œuvre que l'octroi de temps supplémentaire, mais cela ne justifie aucune-ment les réticences manifestées dans la pratique, ce d'autant qu'elles ne touchent pas aux buts d'apprentissage essentiels.

Éléments de procédure

L'élève, ou ses représentants, peut demander en tout temps des aménagements, en requérant si possible des mesures précises et fournissant, le cas échéant, des attestations de spécialistes ; l'école peut aussi en proposer d'office. S'il s'agit d'un examen, la demande doit être faite au préalable, à moins que la personne n'ait pas eu connaissance de ses incapacités.

L'école doit évaluer les besoins de manière individuelle, des mesures schématiques (p. ex., uniquement un temps supplémentaire de x% pour un examen, quelles que soient les incapacités) étant exclues. L'élève a le droit d'être entendu sur la mesure envisagée. Un éventuel accord doit être formalisé par écrit. Si une solution consensuelle doit être privilégiée, afin d'éviter une procédure longue et coûteuse, l'autorité doit

rendre une décision en tout cas lorsqu'un désaccord subsiste. Celle-ci doit être signalée comme telle, indiquer les voies de droit et être motivée (art. 29 Cst.).

Références

- Aeschlimann-Ziegler, A. (2011). *Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht von Kindern und Jugendlichen mit einer Behinderung* [thèse de doctorat, Université de Bâle]. Stämpfli.
- Fondation Centre suisse de pédagogie spécialisée (CSPS), Conférence intercantonale de l'instruction publique de la Suisse romande et du Tessin (CIIP) (2018). *Informations sur les fiches à l'intention des enseignant-e-s. Différenciation pédagogique et compensation des désavantages*. <https://www.ciip.ch/Activites/Pedagogie-specialisee/Fiches-pedagogiques>
- Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (2013). *Étude thématique sur le droit des personnes handicapées à l'éducation, A/HRC/25/29*. HCDH.
- Mizrahi, C. (2019). Introduction au droit de l'égalité des personnes handicapées. In M. Hottelier, M. Hertig Randall & A. Flückiger (Eds.). *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel – Entre droit constitutionnel et droit administratif: questions autour du droit de l'action publique*. Schulthess.
- Mizrahi, C. (2017). *L'égalité des personnes handicapées dans le domaine de la formation*. In F. Bellanger & T. Tanquerel (Eds.). *L'égalité des personnes handicapées: principes et concrétisation*. Schulthess.
- Moyard, S. (2019.). Rapport de la *Commission de l'enseignement, de l'éducation, de la culture et du sport du Grand Conseil genevois chargée d'étudier la proposition de motion de Mmes et MM. Nathalie Fontanet et consorts «Pour des mesures d'aménagements à l'école qui prennent en compte les spécificités des troubles «dys» (M 2456-A) et proposition de motion de Mmes et MM. Salima Moyard et consorts «pour une mesure de compensation des désavantages supplémentaires pour les élèves dyslexiques ou dysorthographiques» (M 2570)*. Genève. <https://ge.ch/grandconseil/data/texte/M02456A.pdf>
- Schefer, M. & Hess-Klein, C. (2013). *Droit de l'égalité des personnes handicapées*. Stämpfli.
- Schefer, M. & Hess-Klein, C. (2014). *Behindertengleichstellungsrecht*. Stämpfli.



Cyril Mizrahi
Avocat au Barreau de Genève,
à titre indépendant
ainsi qu'au sein du Département
Egalité d'Inclusion Handicap



Arun Bolkensteyn
Docteure en droit