

Cyril Mizrahi, avocat, Inclusion Handicap

Panorama juridique pour les personnes autistes et leur famille à Genève: quels sont vos droits et comment les défendre?

Plan de la présentation

- Présentations: l'intervenant et IH
- La notion de handicap en droit
- Perspective historique
- Sources et notions de base
- Exemples issus de la pratique

Les présentations: l'intervenant

- Personne concernée
- Formation en droit
- Avocat indépendant
- Avocat au sein du Département Egalité d'Inclusion Handicap
- Engagement associatif: la FéGAPH
- Engagement politique: la Constituante, le Grand Conseil

Inclusion Handicap

- **Organisation faîtière** du domaine du handicap défendant les 1,7 mio de PH (21 org. membres)
- **Action collective:** faire progresser les droits des personnes handicapées et mettre en œuvre la Convention de l'ONU
- **Soutien individuel:** aider les personnes concernées à se défendre
 - Égalité (Genève): Avenue Vibert 9 à Carouge
022 552 97 97, cyril.mizrahi@inclusion-handicap.ch
 - Assurances sociales (Lausanne): Place Grand-Jean-Jean 1,
021 323 33 52, info@inclusion-handicap.ch

Le département Egalité d'IH

- **Aide individuelle**
 - Kurzberatung / permanence juridique
 - Dossiers: conseil et représentation
 - *Strategic litigattion*
- **Information et formation**
 - Conférences
 - Articles scientifiques
 - Publications «maison»/vulgarisation
- **Travail politique**
 - Suivi mise en œuvre CDPH (Comité, interne)
 - Politique fédérale (procédures de consultation, parlement)
 - Cantons: lois sur les droits des PH, législations spécifiques
- **Transports publics** (Constructions et véhicules)

La notion contemporaine de handicap selon la CDPH

- **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 besoin de protection

- « Préoccupés par le fait **qu'en dépit de ces divers instruments et engagements**, les personnes handicapées continuent d'être confrontées à des obstacles à leur participation à la société en tant que membres égaux de celle-ci et de faire l'objet de violations des droits de l'homme dans toutes les parties du monde » (préambule Convention de l'ONU)
- **Besoin d'un instrument spécifique**

Deux types de discrimination

■ Préjugés

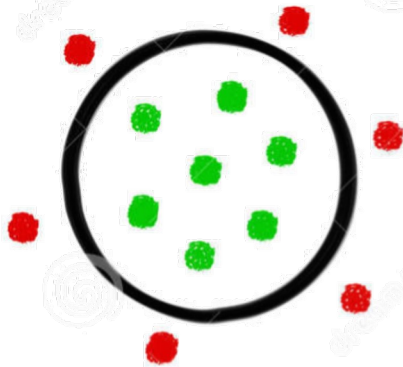
- Barrières comportementales (préambule CDPH)
- Commun avec autres groupes discriminés
- Ex: Refus de bail à une famille avec enfant ayant une incapacité intellectuelle

■ Environnement

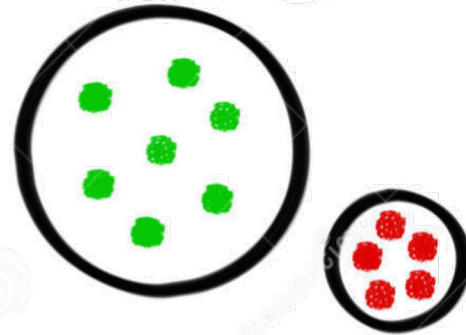
- Barrières environnementales (préambule CDPH)
- Plus spécifique
- Ex: Immeuble inaccessible

Perspective historique

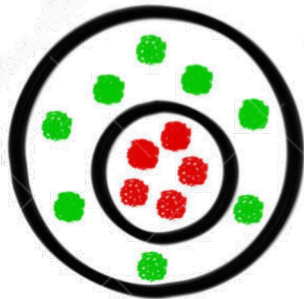
EXCLUSION



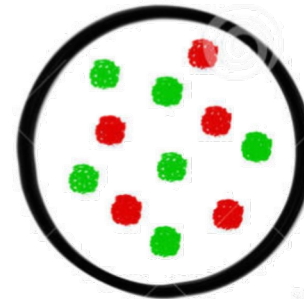
SEPARATION



INTEGRATION



INCLUSION



Perspective historique

■ Exclusion

- **privation de la capacité civile** en cas de « maladie mentale » et de « faiblesse d'esprit », « interdiction » (1907-1912, termes abandonnés avec la réforme du droit de la protection de l'adulte en 2013)
- **privation des droits politiques**

■ Séparation

- handicap inhérent à la personne « invalide »
- prise en charge en institution + rente
- Avènement des assurances sociales, notamment l'AI (1959-1960)
- Reste la règle pour incapacités importantes / multiples

Perspective historique

■ Intégration

- faire en sorte qu'une personne handicapée puisse se conformer à un environnement social conçu de manière standardisée pour des personnes « normales » (dès les années 80)
- **Ancrage légal:** approche juridique moderne (dès 1998) fondée sur la reconnaissance des droits fondamentaux, l'égalité et l'interdiction de discrimination

■ Inclusion

- Accessibilité universelle → handicap disparaît
- Convention de l'ONU

Compensation / accessibilité

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)

Compensation / aménagement vs. Accessibilité universelle



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.

Principales sources et notions de base

- La Convention de l'ONU
- La Constitution fédérale
- Le droit fédéral, notamment la LHand
- Le droit intercantonal et cantonal
- Ouvrages et ressources

Convention sur les droits des personnes handicapées

- Elaborée en 4 ans en étroite collaboration avec la société civile
- Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006
- Entrée en vigueur le 3 mai 2008
- Ratifiée par le Suisse le 15 avril 2014, entrée en vigueur le 15 mai

Quelles innovations?

- Reconnaît les inégalités subies en raison d'un handicap comme une problématique relevant des **droits humains**
- Clarifie la **portée des droits humains** en ce qui concerne les personnes handicapées
- Sert de **source d'interprétation** et d'orientation pour les législations nationales
- Fournit un **contrôle international** de la mise en œuvre des droits des personnes handicapées

Que contient la Convention de l'ONU?

Préambule ainsi que 50 articles, qui contiennent aussi bien des droits économiques (ex.: Droit au travail), sociaux (ex.: Droit à une formation) et culturels que des droits civils et politiques (ex.: Droit de vote). Ces articles abordent tous les domaines dans lesquels les personnes handicapées subissent des inégalités

Contenu

Art. 6 Femmes **Art. 7** Enfants **Art. 9** Accessibilité
Art. 12 Personnalité juridique **Art. 13** Accès à la justice
Art. 14 Liberté et sécurité **Art. 15** Torture, peines ou
traitements cruels, inhumains ou dégradants
Art. 16 Exploitation, violence et maltraitance
Art. 17 Intégrité **Art. 18** Libre circulation et nationalité
Art. 19 Autonomie de vie et inclusion **Art. 20** Mobilité
Art. 21 Liberté d'expression et accès à l'information
Art. 22 Vie privée **Art. 23** Domicile et famille
Art. 24 Education **Art. 25** Santé **Art. 26** Réadaptation
Art. 27 Travail **Art. 28** Niveau de vie et protection sociale
Art. 29 Vie politique **Art. 30** Culture, loisirs et sports

CDPH Principes (art. 3)

- le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes
- la non-discrimination / l'égalité
- la participation et l'inclusion
- le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité
- l'accessibilité
- le respect du développement des capacités de l'enfant handicapé

L'interdiction de discrimination

- **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**
- Droit **justiciable** (Message CDPH, FF 2013 601, p. 613)
- Peut être invoqué **indépendamment d'une autre disposition de la convention**

Aménagements raisonnables

- **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
- Une autre manière d'exprimer le principe de **proportionnalité**

Instruments de mise en œuvre

- Comité des droits des personnes handicapées (art. 34)
- Rapports des Etats parties (art. 35/36)
- Protocole facultatif: Communication individuelle

Rapports concernant la Suisse

- Rapport initial du gouvernement suisse: <https://www.inclusion-handicap.ch/fr/themes/cdph/rapport-etatique-147.html>
- Rapport alternatif: https://www.inclusion-handicap.ch/fr/themes/cdph/rapport-alternatif_o-257.html

La CDPH, un outil juridique et politique

- L'invoquer face aux institutions publiques et privées, devant les tribunaux
- Dans des situations individuelles ou dans des actions de lobbying (révision d'une loi par exemple)
- Chaque institution publique ou privée doit l'appliquer
- Pour cela, les personnes concernées doivent se l'approprier

La Constitution fédérale

- **Droits fondamentaux, citoyenneté et buts sociaux (titre 2)**
 - Art. 8: Égalité et interdiction des discriminations. Droit et mandat au législateur
 - Art. 19: Droit à un enseignement de base suffisant et gratuit
 - Art. 35: Portée des droits fondamentaux
 - Art. 36: Restriction des droits fondamentaux
- **Compétences Confédération et cantons (titre 3)**
 - Par. Ex: Art. 62: Instruction publique
- **Peuple et cantons**
 - Art. 136: Privation des droits politiques

Le droit fédéral, notamment la LHand

- **Loi fédérale sur l'égalité des personnes handicapées (LHand)**
 - Mise en œuvre des art. 8 al. 2 et 4 Cst. pour les domaines de compétence fédérale
 - Réponse à l'initiative populaire « Droits égaux pour les personnes handicapées »
- **Buts (art. 1):**
 - prévenir, de réduire ou éliminer les inégalités
 - faciliter aux personnes handicapées la participation à la vie de la société
- **Ordonnances:** OHand et OTHand (aménagement visant à assurer l'accès des personnes handicapées aux transports publics)
- **Lois spéciales** (LRTV, LTC, lois fiscales...)

LHand - Systématique

Six sections

1. Dispositions générales
2. Droits subjectifs et procédure
3. Proportionnalité
4. Dispositions spéciales relatives à la Confédération
5. Dispositions spéciales relatives aux cantons
6. Dispositions finales

Comment fonctionne la LHand?

- Elle dit **qu'il faut éviter ou éliminer les inégalités** qui frappent les personnes handicapées
- Elle **définit les inégalités** (*Benachteiligungen*) dans les différents domaines
- Définition générale (art. 2 al. 2 Lhand): lorsque les personnes handicapées font l'objet, par rapport aux personnes non handicapées, d'une différence de traitement en droit ou en fait qui les désavantage sans justification objective ou lorsqu'une différence de traitement nécessaire au rétablissement d'une égalité de fait entre les personnes handicapées et les personnes non handicapées fait défaut.
- **Attention**, inégalité Lhand ≠ inégalité selon 8 al. 1 Cst.
- Elle prévoit des **droits de recours** pour les personnes handicapées et leurs organisations

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

- 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)

LHand: le minimum

Art. 4 Rapport avec le droit cantonal

- La présente loi n'empêche pas les cantons d'édicter des dispositions plus favorables aux personnes handicapées.

Le droit intercantonal et cantonal

- Accord intercantonal dans le domaine de la pédagogie spécialisée
- 16 cantons sur 26 représentant 61% de la population. Tous les cantons romands sauf Berne
- Infos: <http://www.edk.ch/dyn/14642.php> (CDIP) et <http://www.csps.ch/themes/cadre-legal-et-financier/conventions-intercantionales> (CSPS)

Le droit cantonal

- Constitutions qui protègent davantage les personnes handicapées: GE, BS, ZH
- Loi-modèle sur les droits des PH: BS
- Domaines d'action des cantons
 - Institutions spécialisées
 - Education
 - Constructions
 - Prestations au public (police du commerce)
 - Communication avec les autorités / Langue des signes

Le droit cantonal

L'exemple de la Constitution genevoise

Art. 16 Droits des personnes handicapées

- 1 L'accès des personnes handicapées aux bâtiments, installations et équipements, ainsi qu'aux prestations destinées au public, est garanti.
- 2 Dans leurs rapports avec l'Etat, les personnes handicapées ont le droit d'obtenir des informations et de communiquer sous une forme adaptée à leurs besoins et à leurs capacités.
- 3 La langue des signes est reconnue.

Le droit cantonal

L'exemple de la Constitution genevoise

- Art. 39 al. 2: Toute personne a droit aux soins et à l'assistance personnelle nécessaires en raison de son état de santé, de son âge ou d'une déficience.
- Art. 45 al. 2 et 48 al. 4: Garantie des droits politiques
- Art. 173 al. 2: L'Etat soutient l'action des proches aidants.
- Art. 209 (Tâches de l'Etat)
 - ¹ L'Etat favorise l'intégration économique et sociale des personnes handicapées.
 - ² Lors de constructions nouvelles, les logements et les places de travail sont rendus accessibles et adaptables aux besoins des personnes handicapées. Lors de rénovations, leurs besoins sont pris en considération de manière appropriée.

Bibliographie et ressources

Guides pratiques

- Guide pratique de Pro Infirmis sur les questions juridiques soulevées par le handicap: Handicap - que faut-il savoir ?
<https://www.proinfirmis.ch/fr/guide-juridique.html>
- Brochure de la law clinic de l'Université de Genève: Droits des personnes en situation de handicap dans le cadre du travail:
<https://www.unige.ch/droit/lawclinic/publications/brochures/droit-handicap>

Bibliographie et ressources

■ Ouvrages et articles en français

- CYRIL MIZRAHI ET ARUN BOLKENSTEYN, *Compensation des désavantages : questions et aspects juridiques*, in: Revue suisse de pédagogie spécialisée, Compensation des désavantages, n° 2, juin 2020, p. 7-13
- CYRIL MIZRAHI, « Introduction au droit de l'égalité des personnes handicapées », in *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel*, HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (éd.), Schulthess, 2019
- *L'égalité des personnes handicapées : principes et concrétisation*, BELLANGER/TANQUEREL (éd.), Schulthess, 2017
- MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, *Droit de l'égalité des personnes handicapées*, Berne, 2013

Application dans différents domaines

- Ecole et formation
- Travail
- Curatelles
- Droits parentaux

Ecole et formation

- 60 à 70% des dossiers en matière de droit de l'égalité des personnes handicapées



Le droit à l'éducation

- Art. 24 CDPH: droit à l'éducation sans discrimination
- Art. 19 Cst.: droit à un enseignement de base suffisant et gratuit
- Trois éléments importants
 - Le contenu de l'enseignement
 - « Droit à l'éducation inclusive »
 - Droit à des aménagements

Le contenu de l'enseignement

Principes

- Contenu nécessaire pour **participer sur pied l'égalité à la vie sociale en général** (ATF 133 I 156, c. 3.1. p. 158, JdT 2008 I 407; 130 I 352, c. 3.2. p. 354, JdT 2007 I p. 414)
- 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)

ATF 145 | 142

- Refus de prolonger la scolarité d'une jeune femme atteinte de paralysie cérébrale au sein d'une institution spécialisée privée subventionnée après sa majorité.
- Recours à la Chambre administrative rejeté
- **Recours en matière de droit public admis par le TF**

ATF 145 | 142

- **L'argument de la progression insuffisante ainsi que celui de l'absence de perspectives professionnelles sont discriminatoires.**
- «On ne saurait en effet poser les mêmes critères d'évaluation pour la recourante que pour d'autres jeunes suivant le cursus régulier, alors que ses progrès sont, selon les faits de l'arrêt entrepris, au stade de l'apprentissage des saisons, sauf à vider de son sens le droit aux mesures de formation spéciale jusqu'à 20 ans. La notion de progression suffisante ne figure au demeurant dans aucune base légale consacrée à la pédagogie spécialisée, comme le souligne également la recourante.» (consid. 7.6.3).

Le contenu de l'enseignement

En pratique

- Plan d'études romand (PER)
- Certification / validation des acquis
- Même lors d'une scolarisation dans une classe ou une école spécialisée séparée
- Si nécessaire, on cherche à adapter le programme standard plutôt que d'avoir un programme spécifique non reconnu

La « priorité inclusive »

Pourquoi?

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

Priorité inclusive: jurisprudence

- Cst. et LHand = une **certaine préférence pour la scolarisation ordinaire**, avec d'accompagnement (ATF 138 I 162 = JdT 2013 I 113, c.4.2).
- ATF 141 I 9 (c. 5): le TF a estimé que la limite de prise en charge à 18 périodes par semaine de soutien pédagogique individualisé en classe ordinaire prévue par le droit argovien violait le droit fédéral
- Imposer une scolarisation spéciale avec des «objectifs individualisés», moindres que ceux du Plan d'études ordinaire, sans nécessité établie et alors que les capacités de l'enfant lui permettent de suivre le programme ordinaire, **constitue une discrimination interdite** (ATA/35/2019)

« Priorité inclusive »: signification

- Priorité à la scolarisation en classe régulière avec mesures d'adaptation et de soutien
- Si cela n'est pas possible, classe spécialisée dans une école ordinaire (intégration sociale et géographique)
- En dernier lieu seulement, institution spécialisée
- Si possible, intégration en classe régulière à temps partiel au moins
- Si possible = possibilités de l'enfant
- L'exemple du Tessin

Droit à des aménagements: aménagements formels

- **Compensation des désavantages:** neutralisation ou diminution des limitations occasionnées par un handicap
- **Exemples:** temps supplémentaire lors d'examens, présence d'interprète en langue des signes lors d'un examen
- **Mesures possibles** par type de handicap, notamment pour les élèves avec autisme:
<http://www.ciip.ch/Activites/Pedagogie-specialisee/Fiches-pedagogiques>
- Ne doivent jamais être mentionnées sur un bulletin ou certificat

Droit à des aménagements: Aménagements matériels

- Adaptation des buts d'apprentissage
- Dispense de cours ou renonciation à certaines exigences
- **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 »
- **Subsidiarité** par rapport aux aménagements formels
- Doivent être mentionnés sur **bulletins et certificats**

Travail: Art. 27 CDPH

1. Les Etats Parties reconnaissent aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, le droit au travail, notamment à **la possibilité de gagner leur vie en accomplissant un travail librement choisi ou accepté sur un marché du travail et dans un milieu de travail ouverts**, favorisant l'inclusion et accessibles aux personnes handicapées. Ils garantissent et favorisent l'exercice du droit au travail (...), en prenant des mesures appropriées (...) pour notamment:

a) **interdire la discrimination fondée sur le handicap** dans tout ce qui a trait à l'emploi (...), notamment les conditions de recrutement, d'embauche et d'emploi, le maintien dans l'emploi, l'avancement et les conditions de sécurité et d'hygiène au travail;

Travail, situation en Suisse

- Pas de réglementation spécifique dans la LHand, sauf pour la Confédération
- Cantons et communes: art. 8 Cst.
- Droit privé du travail: art. 336 CO protège contre les licenciements abusifs, dans les autres cas, art. 328 CO (on tient compte de l'art. 8 Cst.)
- Très insuffisant par rapport aux exigences de l'art. 27 CDPH, surtout dans le secteur privé

Protection dans le secteur privé: jurisprudence

- Sans la mentionner, le CF peut s'appuyer sur une **rare jurisprudence** de 2005 qui n'a fait l'objet d'aucun recours (arrêt du 1^{er} juin 2005 publié in JAR 2006 531)
- le Tribunal des Prud'hommes de Lausanne a ainsi condamné un EMS privé à verser une **indemnité de 5 000 francs à une femme qui n'avait pas été engagée en raison de sa couleur de peau.**
- Selon le Tribunal, qui cite différents auteurs, «l'employeur doit s'abstenir d'opérer des discriminations non objectives entre les candidats, fondées notamment sur le sexe, l'orientation sexuelle ou l'existence d'une maladie telle que la séropositivité.»

Protection dans le secteur public: jurisprudence

- Situation de Julie contre l'Hospice général
- CDD utilisés pendant la période probatoire
- Non reconduction
- Gain de cause au TF
- Finalement la personne a obtenu, outre la reconnaissance de la discrimination, 3 mois de salaire

Curatelles

- Art. 12 CDPH
- Prise de décision assistée
- Respect de la volonté et des préférences de la personne concernée
- Non respecté en pratique

Droits parentaux

- Selon l'art. 23 al. 4 CDPH, « En aucun cas un enfant ne doit être séparé de ses parents en raison de son handicap ou du handicap de l'un ou des deux parents » (privilégier l'assistance à la parentalité)
- En France, cela semble encore courant (cf. ouvrage de Me Sophie Janois, La cause des autistes)
- A Genève, cela arrive pour les mères avec handicap psychique ou intellectuel
- Autre question: l'autisme de l'enfant est-il toujours pris en compte en matière de droits parentaux?