

Le langage des accommodements raisonnables : quelles perspectives pour l'égalité des enfants handicapés en milieu scolaire ?*

Mona PARÉ**

Résumé

Au Canada, le concept des accommodements raisonnables est né de l'évolution du droit à l'égalité et du besoin de répondre aux exigences d'une société

Abstract

In Canada, the concept of reasonable accommodations was born from the evolution of equality rights and from the need to respond to the demands of a

* Depuis la rédaction de cet article, deux jugements importants ont été rendus. En premier, la Cour d'appel du Québec s'est prononcée sur l'affaire *Commission scolaire des Phares* en accueillant l'appel de la commission scolaire : 2012 QCCA 988. Alors qu'elle a rejeté l'analyse faite par le Tribunal des droits de la personne (TDP), nous notons que les faits relatés par la Cour permettent d'évaluer les mesures prises par la commission par rapport à l'objectif d'inclusion sociale. Il est dommage, cependant, que, malgré sa critique de l'approche du TDP par rapport à l'intérêt de l'enfant, la Cour n'ait pas saisi l'occasion pour clarifier ce concept. Le deuxième jugement ne porte pas sur l'inclusion scolaire, mais il s'agit d'un jugement significatif de la Cour suprême du Canada, qui donne gain de cause à des parents dans une affaire de discrimination par manque d'accommodements raisonnables en matière d'éducation spécialisée : [*Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61]. Bien que le contexte législatif soit différent, on peut prévoir que cet arrêt aura un impact au Québec sur les demandes d'inclusion scolaire et de services connexes et aidera à préciser le test applicable à la discrimination en milieu scolaire.

** Professeure adjointe et Vice-doyenne à la recherche, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, membre du Laboratoire de recherche interdisciplinaire sur les droits de l'enfant. L'auteure remercie Émilie Tremblay, diplômée de la Section, pour sa recherche sur ce sujet, qu'elle a eu l'occasion d'explorer dans le cadre du Programme d'initiation à la recherche au premier cycle de l'Université d'Ottawa.

qui se veut respectueuse des différences. L'impact positif que l'utilisation de ce concept semble avoir eu sur la situation des minorités religieuses et des personnes handicapées dans le domaine du travail amène cette étude à se pencher sur l'utilisation actuelle et potentielle des accommodements pour répondre aux revendications parentales dans le contexte de l'éducation des enfants handicapés. L'étude se concentre particulièrement sur la question de l'intégration en classe régulière, qui a été examinée par les tribunaux à plusieurs reprises. Malgré des différences limitant les comparaisons avec les accommodements religieux ou en milieu de travail, il appert que certains éléments de la jurisprudence dans ces contextes, ainsi que l'application du droit international, pourraient aider à forger une approche plus systématique aux demandes liées à l'éducation des enfants handicapés.

society that strives to respect differences. The positive impact that the concept seems to have had for religious minorities and persons with disabilities at work leads this study to look into the current and potential use of accommodations in response to parental demands related to the education of children with disabilities. The study concentrates particularly on the issue of inclusion in regular classrooms, which courts have dealt with on many occasions. Despite differences that restrict comparisons with religious accommodations and accommodations in the workplace, it appears that certain aspects of jurisprudence in those contexts, as well as the application of international law, could help to forge a more systematic approach to claims related to the education of children with disabilities.



Plan de l'article

Introduction	489
I. Le cadre normatif et opérationnel des accommodements	491
A. Les contours des accommodements raisonnables	491
B. Le lien entre l'égalité et l'intégration.....	497
C. Le rôle des principaux acteurs	501
II. L'utilisation et l'utilité du langage des accommodements	505
A. Les positions des tribunaux par rapport à l'intégration	505
B. Le caractère primordial de l'intérêt de l'enfant	509
C. Les fardeaux de preuve.....	511
D. La contrainte excessive.....	515
Conclusion	521





Avec le développement du concept d'égalité et un rejet croissant de la discrimination, les accommodements raisonnables sont devenus un concept en vogue et un remède miracle pour répondre aux maux d'une société qui se veut respectueuse des différences. Comme la jurisprudence interne et les instruments internationaux le démontrent, les accommodements raisonnables sont nécessaires pour arriver à l'égalité réelle et combattre la discrimination indirecte ainsi que la discrimination systémique¹. Bien que les inégalités soient diverses dans la société, il appert que le langage des accommodements a pratiquement été monopolisé au Canada, et surtout au Québec, par la diversité religieuse et le domaine de la liberté de religion. Cela s'explique sans doute par le fait que les accommodements religieux alimentent un débat qui touche et divise la société au niveau de ses valeurs, et que la diversité religieuse pose le plus grand défi à la tolérance, valeur avec laquelle le Canada aime à s'identifier. Dans le domaine scolaire, auquel nous nous intéresserons particulièrement, les accommodements religieux ont permis notamment l'autorisation du port du *kirpan* dans les écoles, l'utilisation des locaux des écoles pour la prière, l'offre de différents types d'aménagement quant au programme scolaire, aux heures de cours et aux codes vestimentaires²; tout cela afin d'atteindre l'objectif d'une société qui ne soit pas discriminatoire envers certaines couches de sa population.

Si tel a été le « succès » des accommodements pour motifs religieux, qu'en est-il des autres différences qui sont à la base de la discrimination, et spécifiquement du handicap? Au niveau scolaire, les revendications des parents des enfants handicapés³ sont communes⁴. Pourtant, le langage des accommodements raisonnables n'est pas toujours présent dans les débats

¹ Quoique, selon la Cour suprême du Canada, les accommodements puissent aussi répondre à la discrimination directe: *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (ci-après l'arrêt « *Meiorin* »).

² David ROBITAILLE et Sébastien GRAMMOND, « Les processus d'accommodement religieux et autochtone dans les institutions publiques canadiennes: quelques comparaisons », (2009) 50 *C. de D.* 75.

³ Le terme « enfant » ou « élève handicapé » inclut ici les troubles d'apprentissage et de comportement, qui sont mentionnés séparément dans la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q. c. I-13.3 (ci-après « L.i.p. »).

⁴ Voir notamment: Daniel DUCHARME avec la collab. de la COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *L'inclusion en classe ordinaire des élèves à besoins éducatifs particuliers: proposition d'un cadre organisationnel*, Montréal, Marcel Didier, 2008.

et n'est pas appliqué avec beaucoup de rigueur dans les jugements des tribunaux. Ceci peut être surprenant, car le handicap est l'un des motifs de discrimination prohibés dans toutes les législations portant sur les droits de la personne, et les personnes handicapées sont sans doute le groupe par excellence, qui requiert des accommodements pour accéder à l'égalité des chances. Il suffit, effectivement, de penser aux modes de communication différents dont ont besoin les personnes aveugles et sourdes et aux rampes d'accès pour accommoder les personnes qui se déplacent en fauteuil roulant. Ces considérations existent toutefois, mais surtout dans des domaines autres que l'éducation, notamment en matière d'emploi, où le langage des accommodements raisonnables est utilisé pour répondre aux besoins des employés handicapés.

Nous nous demandons donc si le langage des accommodements raisonnables pourrait être utilisé à meilleur escient pour protéger les droits des élèves handicapés. C'est une question qui doit, bien entendu, être posée dans le contexte de la diversité du handicap et des revendications parentales, qui sont généralement plus complexes que celui, par exemple, de l'installation de rampes. Dans ce contexte de la diversité, nous nous intéresserons particulièrement à la question de l'intégration qui, avec l'inclusion⁵, est un autre terme populaire, devenu antonyme d'exclusion et de discrimination. En effet, beaucoup de parents demandent que leurs enfants reçoivent leur éducation dans un contexte inclusif, ce qui en soi n'est pas un accommodement, mais ce qui demande un éventail de mesures pour que l'enfant puisse réellement profiter de son intégration en classe régulière.

Le langage et le raisonnement des accommodements raisonnables permettraient-ils donc d'arriver à une école plus inclusive à l'égard de ses élèves ayant des capacités et besoins variés? La comparaison avec les domaines dans lesquels de concept d'accommodements a été plus développé est utile pour mieux comprendre les limites qui peuvent exister pour

⁵ Nous employons ici les termes *intégration* et *inclusion* de manière interchangeable, tout en reconnaissant qu'il existe des différences importantes d'ordre sémantique entre les deux. L'inclusion porte en lui toute une philosophie centrée sur l'adaptation de la société pour qu'elle devienne plus inclusive de tous, plutôt que l'adaptation de la personne pour qu'elle puisse être intégrée à la société [voir par exemple: Serge THOMAZET, «L'intégration a des limites, pas l'école inclusive!», *Revue des sciences de l'éducation*, (2008) 34, 123], alors que l'intégration est le terme le plus courant, employé dans la législation et la jurisprudence dans le domaine de l'éducation.

les accommodements dans le domaine de l'éducation, ainsi que pour dégager les tests pertinents et les fardeaux de la preuve qui s'appliquent à une demande d'accommodement fondée sur le handicap. Cependant, ces comparaisons mettront à l'évidence les disparités qui existent entre les différents types d'accommodements dans des contextes variés, ainsi que la difficulté de prouver l'existence de discrimination dans le domaine de l'éducation. Ces constatations nous obligeront à reconnaître les limites de telles comparaisons et les faiblesses du discours des accommodements raisonnables dans le contexte de l'éducation. Néanmoins, nous soutenons que le droit interne, surtout tel que développé par la jurisprudence et vu à la lumière des instruments internationaux, laisse entendre que les accommodements raisonnables sont nécessaires dans un contexte d'intégration et que les mesures tendant vers l'intégration sont directement reliées à l'égalité et à l'absence de discrimination.

Afin de pouvoir faire ces connexions et d'évaluer l'utilité des comparaisons avec les autres secteurs, il nous faudra, dans un premier temps, clarifier le lien entre les accommodements raisonnables et le concept d'égalité en examinant le droit international et le droit interne. Cela permettra aussi d'explorer les implications des devoirs d'accommodements en milieu scolaire en faisant le lien avec la question de l'intégration en classe ordinaire et le rôle des différents acteurs concernant les demandes d'accommodement. L'examen des acteurs nous permettra ensuite de mettre l'accent sur le rôle du secteur judiciaire en présentant le traitement des demandes par les tribunaux. Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, les fardeaux de la preuve et la contrainte excessive seront examinés sous une perspective comparative. En conclusion, nous tenterons de clarifier la pertinence et le rôle du discours sur les accommodements raisonnables pour l'amélioration de la situation des enfants handicapés en milieu scolaire, en indiquant des pistes de solution pour une approche systématique aux recours portant sur l'éducation de ces enfants.

I. Le cadre normatif et opérationnel des accommodements

A. Les contours des accommodements raisonnables

Au niveau international, le lien entre accommodements raisonnables et la non-discrimination n'a été reconnu que très récemment avec l'adoption

de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*⁶. Cette convention, ratifiée par le Canada en mars 2010, fait le lien entre accommodements raisonnables et égalité et dispose sans ambiguïté dans son article 2 portant sur les définitions :

« [...] La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ;

On entend par " aménagement raisonnable " les 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, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ».

La convention précise ensuite, dans son article 5, qu'« afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés ».

Contrairement au droit international, en droit interne canadien et québécois, le concept des accommodements raisonnables existe depuis plus longtemps, bien que les lois canadiennes portant sur les droits de la personne, fédérales ou provinciales, ne consacrent pas expressément cette notion. C'est la jurisprudence qui l'a introduite au milieu des années 1980. Il est à noter que la première fois que cette notion fut incluse dans la jurisprudence, il s'agissait d'une question de religion dans le milieu de travail⁷, les deux domaines qui ont été depuis lors à la base de la majorité des débats et de décisions judiciaires en matière d'accommodements. Selon la Cour suprême du Canada, le concept d'accommodement raisonnable serait implicitement inclus dans les lois qui prohibent la discrimination. :

« Le Code confère le droit de ne pas être victime de discrimination dans son emploi. Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger [...]. Dans le présent cas, conformément aux

⁶ *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, (2008) 2515 R.T.N.U. 3 (n° 44910).

⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 (ci-après l'arrêt « *Simpsons-Sears* »).

dispositions et à l'objet du *Code ontarien des droits de la personne*, le droit de l'employé exige que l'employeur prenne des mesures d'accommodement raisonnables.»⁸

On constate donc que le concept d'aménagements raisonnables en droit international correspond aux accommodements raisonnables reconnus en droit interne, en tant qu'attribut nécessaire de la non-discrimination : le manque d'accommodements peut entraîner une situation de discrimination et sans accommodements on ne peut atteindre l'égalité.

Néanmoins, tant au niveau international qu'au niveau interne on reconnaît que, bien qu'ils soient un corollaire nécessaire du droit à l'égalité, les accommodements ne constituent pas un droit absolu. La *Convention relative aux droits des personnes handicapées* se réfère aux aménagements « n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue » dans son article 2 et la Cour suprême du Canada, pour sa part, parle de « contrainte excessive » :

« Si on accepte la thèse selon laquelle une obligation d'accommodement incombe à l'employeur, il devient nécessaire de la délimiter de façon réaliste. L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. »⁹

Dans l'arrêt *Hydro-Québec*¹⁰, la Cour suprême vient préciser que :

« [l]'employeur n'a pas l'obligation de modifier de façon fondamentale les conditions de travail, mais il a cependant l'obligation d'aménager, si cela ne lui cause pas de contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l'employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail. »¹¹

Le caractère raisonnable des mesures constitue donc une partie importante de la notion d'accommodement raisonnable. Il convient alors

⁸ *Id.*, par. 22.

⁹ *Id.*, par. 23 (nos soulèvements).

¹⁰ *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec*, 2008 CSC 43.

¹¹ *Id.*, par. 16.

de noter, à l'instar de Pierre Bosset, qu'à l'origine l'accommodement raisonnable est un concept bien juridique qui sert à atteindre ou rétablir l'égalité dans une situation de discrimination. Bosset note d'ailleurs que c'est dans le contexte de rapports interculturels que ce concept « semble être devenu un terme générique désignant l'ensemble des arrangements auxquels aboutit la “gestion” de conflits de valeurs »¹², ce glissement se faisant « au prix de l'oubli d'un élément essentiel du concept – la “raisonnabilité” ».¹³

C'est là tout d'abord que l'on constate une différence entre les sphères internationale et interne. On voit que contrairement au droit international, où ce concept est né en lien avec la discrimination fondée sur le handicap, au niveau interne, ce concept a dès le départ été essentiellement lié à la discrimination religieuse, un domaine, où la discussion sur les accommodements est sorti de son cadre juridique. Il semblerait maintenant que les accommodements puissent même être requis par la liberté de religion, sans que l'on ait à prouver une discrimination au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁴. Ceci est néanmoins controversé et les tribunaux n'ont pas été très clairs sur le sujet des accommodements lorsqu'ils ont choisi de traiter de demandes fondées sur la religion sous l'angle de la liberté de religion plutôt que de la discrimination¹⁵. Une revue

¹² Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 5, à la page 6.

¹³ *Id.*

¹⁴ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c.11 (R.-U.)], art.15; Voir notamment : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Du crucifix au kirpan : quelques remarques sur l'exercice de la liberté de religion dans les établissements scolaires », dans S.F.P.Q., vol. 178, *Développements récents en droit de l'éducation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 89; José WOEHLING, « Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec », dans M. JÉZÉQUEL (dir.), préc., note 12, p. 215.

¹⁵ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256 (ci-après l'arrêt « *Multani* »); *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 (ci-après l'arrêt « *Amselem* »). Une partie de la doctrine soutient le point de vue que les accommodements ne peuvent être reliés qu'un droit à l'égalité. Voir : Michèle RIVET, « L'accommodement raisonnable ou le nécessaire retour aux sources : le droit à l'égalité », dans M. JÉZÉQUEL (dir.), préc., note 12, p. 371; Stéphane BERNATCHEZ, « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables », (2007) 38 *R.D.U.S.* 233.

de la littérature démontre aussi que les accommodements ne sont véritablement sujets de discussion qu'en matière de liberté religieuse. Cela se comprend, puisque la question des accommodements s'inscrit dans un débat de société portant sur les contours du principe de multiculturalisme, qui est une valeur protégée par la Charte canadienne, suscitant dès lors des réactions surtout au Québec, qui pratique plutôt l'interculturalisme¹⁶. De ce fait, on peut constater que la littérature sur les accommodements raisonnables se concentre en grande partie sur le contexte québécois. Le débat suscite beaucoup moins d'intérêt du côté des provinces anglophones, et même des établissements anglo-québécois.¹⁷

Toutefois, on reconnaît que les accommodements raisonnables ne se cantonnent pas qu'au domaine de la religion et qu'ils s'appliquent également aux autres motifs de discrimination, tels que le handicap, le sexe et la grossesse¹⁸. Il convient de noter aussi que la doctrine s'intéresse dans une certaine mesure aux accommodements raisonnables pour les personnes handicapées en milieu de travail¹⁹. Le langage et la logique des accommodements sont bien présents également dans la jurisprudence qui concerne le monde du travail et force est de constater que le handicap occupe bel et bien une place importante dans la jurisprudence portant sur la discrimination²⁰.

¹⁶ Paul EID, «Accommoder la différence religieuse dans les limites du raisonnable: regards croisés du droit et des sciences sociales», dans Myriam JEZÉQUEL (dir.), *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 105. Sur les réactions au multiculturalisme, voir aussi: Julius GREY, «L'accommodement raisonnable: multiculturalisme et vision républicaine», M. JEZÉQUEL (dir.), préc., note 12, p. 235.

¹⁷ D. ROBITAILLE et S. GRAMMOND, préc., note 2, 101 et 102.

¹⁸ S. BERNATCHEZ, préc., note 15, 245 et 256; P. BOSSET, préc., note 13, à la page 16 et 17.

¹⁹ Notamment: *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, sous la coordination de Roch LAFLAMME avec la collab. de Alain BARRÉ, Pier-Luc BILODEAU, Esther DÉOM, Jean SEXTON et Manon TRUCHON, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008; Linda LAVOIE et Isabelle FORTIN, «L'obligation d'accommodement des commissions scolaires à l'égard des enseignants et des enseignantes victimes d'un handicap: état du droit et questions connexes» dans S.F.P.B.Q., vol. 178, *Développements récents en droit de l'éducation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002; Linda LAVOIE, «Discrimination fondée sur le handicap et stratégies d'accommodements», dans M. JEZÉQUEL (dir.), préc., note 16, p. 31.

²⁰ P. BOSSET, préc., note 13, à la page 6.

Contrairement aux accommodements qui se basent sur des motifs religieux, les accommodements fondés sur le handicap se basent toujours sur la recherche de l'égalité. C'est dans ce domaine que l'on voit clairement comment les accommodements sont intimement liés à la notion d'égalité réelle et de discrimination indirecte. L'égalité réelle requiert le combat de lois et de pratiques dont les effets sont discriminatoires. L'arrêt *Eldridge*²¹ de la Cour suprême est l'exemple qui illustre le mieux ce concept dans le domaine du handicap. Dans cette affaire la fourniture de services d'interprétation en langue des signes était considérée comme un accommodement raisonnable permettant aux personnes sourdes de bénéficier d'un égal bénéfice de la loi par rapport aux personnes entendantes. Pour faire le lien entre les accommodements raisonnables, la discrimination indirecte et l'égalité réelle, la Cour suprême se réfère notamment aux arrêts *Eaton*²² et *Simpsons-Sears*²³. La Cour a ainsi jugé que :

« Il va de soi qu'une autre pierre angulaire de la jurisprudence en matière de droits de la personne est que l'obligation de prendre des mesures concrètes pour faire en sorte que les membres d'un groupe défavorisé bénéficient d'une manière égale des services offerts à la population en général est subordonnée au principe des accommodements raisonnables. »²⁴

Dans l'affaire *Eaton*²⁵, la Cour suprême explique bien le besoin d'accommodement dans le contexte de l'égalité des personnes handicapées :

« C'est plutôt l'omission de fournir des moyens raisonnables et d'apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n'entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. (...) C'est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l'adaptation raisonnable à celles-ci, qui constitue l'objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience. »²⁶

La Cour suprême explique donc ce que la discrimination veut dire spécifiquement pour les personnes handicapées et comment les accommodements sont nécessaires pour le respect du principe de non-discrimination.

²¹ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

²² *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

²³ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, préc., note 7.

²⁴ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 21, par. 79.

²⁵ *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, préc., note 22.

²⁶ *Id.*, par. 67.

On peut constater qu'il s'agit d'apporter des modifications et de fournir des moyens pour que les personnes handicapées ne soient pas reléguées à une position d'infériorité dans la société, et qu'elles puissent participer dans la société. C'est l'omission d'apporter ces changements qui entraîne une entrave aux droits d'égalité.

La *Convention relative aux droits des personnes handicapées* offre un aperçu de ce que peuvent constituer des obstacles à la participation des personnes handicapées, particulièrement dans son article 9 sur l'accès à l'environnement physique, aux transports, à l'information et à la communication, y compris aux systèmes et technologies de l'information et de la communication, et aux autres équipements et services ouverts ou fournis au public. Il convient aussi de noter l'article 8 sur la sensibilisation, puisque l'exclusion des personnes handicapées peut provenir de préjugés à leur égard²⁷. Le lien entre égalité et accommodements raisonnables est donc particulièrement étroit dans le contexte du handicap, car c'est le manque d'accommodements lui-même qui entraîne une situation inégalitaire. On semble mettre moins l'accent sur les accommodements comme réponse à une discrimination et plus sur leur rôle en tant que garant de l'égalité.

B. Le lien entre l'égalité et l'intégration

Dans le domaine de l'éducation le combat contre la discrimination signifie plusieurs choses. La *Convention relative aux droits des personnes handicapées* édicte dans son article 24 relatif au droit à l'éducation que les États doivent veiller, entre autres, à ce que :

- « a) Les personnes handicapées *ne soient pas exclues*, sur le fondement de leur handicap, du système d'enseignement général et à ce que les enfants handicapés *ne soient pas exclus*, sur le fondement de leur handicap, de l'enseignement primaire gratuit et obligatoire ou de l'enseignement secondaire ;
- b) Les personnes handicapées puissent, sur la base de l'égalité avec les autres, *avoir accès*, dans les communautés où elles vivent, à un *enseignement* primaire *inclusif*, de qualité et gratuit, et à l'enseignement secondaire ;

²⁷ Voir par exemple : Nicola DI IORIO et Marie-Christine LAUZON, « À la recherche de l'égalité : de l'accommodement à l'acharnement », dans M. JEZÉQUEL (dir.), préc., note 12, p. 113, à la page 121.

- c) Il soit procédé à des *aménagements raisonnables* en fonction des besoins de chacun;
- d) Les personnes handicapées bénéficient, au sein du système d'enseignement général, de *l'accompagnement nécessaire* pour faciliter leur éducation effective;
- e) Des *mesures d'accompagnement individualisé efficaces* soient prises dans des environnements qui optimisent le progrès scolaire et la *socialisation*, conformément à l'objectif de *pleine intégration*.²⁸

On constate donc que pour qu'il n'y ait pas de discrimination envers les personnes handicapées en matière d'éducation, il faut procéder à des accommodements raisonnables, que ces accommodements doivent contribuer à la pleine intégration des élèves handicapés et que leur enseignement devrait se faire de manière inclusive dans le système d'enseignement général. Ainsi, au niveau du droit international, on trace une ligne claire entre la non-discrimination, les accommodements raisonnables et l'éducation inclusive, c'est-à-dire l'intégration des élèves handicapés dans le système régulier d'éducation. De plus, on apprend que les accommodements doivent être individualisés en fonction des besoins de chacun, qu'ils doivent favoriser une éducation effective et la pleine intégration des personnes handicapées.

Le droit interne est moins clair par rapport aux liens entre la discrimination, les accommodements raisonnables et l'intégration des élèves handicapés dans le milieu de l'éducation. On ne conteste pas le fait que handicap et éducation aient rimé avec discrimination dans le passé. Pendant longtemps l'éducation pour les enfants handicapés n'était qu'une option si l'école le permettait. Au Québec, c'est dans les années 1960 que l'on commençait à s'assurer que les enfants handicapés puissent être éduqués et que des institutions et classes spécialisées étaient créées à cet effet. Cependant, à la fin des années 1970 on a dû admettre que la ségrégation était nuisible à l'intégration de ces personnes dans la société²⁹. L'inclusion

²⁸ *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, préc., note 6, art. 24(2) (nos italiques).

²⁹ D. DUCHARME, préc., note 4, p. 33, se référant à MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, *L'école québécoise. Énoncé de politique et plan d'action*, Québec, 1979. Les conclusions du ministère se basaient sur le Rapport : COMITÉ PROVINCIAL DE L'ENFANCE INADAPTÉE (COPEX), *L'éducation de l'enfance en difficulté d'adaptation et d'apprentissage au Québec*, Québec, Ministère de l'éducation, 1976.

est donc devenue une question d'égalité des chances avec le discours du Ministère de l'Éducation sur la marginalisation et l'échec scolaire. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ), qui a mené un grand nombre d'enquêtes sur l'intégration scolaire sur la base de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, a grandement contribué à l'amalgame entre ségrégation et discrimination³⁰. Avec ces constats sur les effets négatifs de la ségrégation, on commence à adopter des politiques favorisant l'éducation des enfants handicapés dans des contextes «normaux» et leur inclusion dans des classes régulières. En 1988, les commissions scolaires deviennent véritablement responsables d'une éducation adaptée aux besoins des élèves handicapés avec l'adoption de la nouvelle *Loi sur l'instruction publique* et en 1992, dans une mise à jour de la Politique d'adaptation scolaire, le Ministère de l'Éducation réaffirme l'importance de l'intégration des élèves handicapés en classe ordinaire³¹. Ensuite, c'est avec la révision de la loi en 1997 que l'on demande aux commissions scolaires d'adopter des politiques d'intégration. Cette évolution vers une intégration prioritaire progresse encore avec l'adoption en 1999 d'une politique sur l'adaptation de l'école à tous les élèves³². Sur la base de ces principes, la CDPDJ adopte aussi des lignes directrices sur l'intégration des élèves handicapés en milieu scolaire, selon lesquelles « [l]a classe ordinaire dans l'«école du quartier» constitue la norme pour tous les élèves »³³ et que dans l'objectif d'une intégration sociale, il faut une adaptation des services aux besoins et aux capacités des élèves handicapés³⁴.

Aujourd'hui, l'article 235 L.i.p. prévoit que chaque commission scolaire doit adopter une politique sur l'organisation des services éducatifs aux élèves handicapés, assurant «l'intégration harmonieuse dans une classe ou un groupe ordinaire et aux autres activités de l'école de chacun de ces élèves». Cependant, contrairement à ce qui est prévu dans la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, l'obligation

³⁰ Voir l'analyse et la description de ce travail par D. DUCHARME, préc., note 4.

³¹ MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, *La réussite pour elles et eux aussi, mise à jour de la politique de l'adaptation scolaire*, Québec, 1992.

³² MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, *Une école adaptée à tous les élèves. Politique d'adaptation scolaire*, Québec, 1999.

³³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *L'intégration des élèves handicapés en milieu scolaire public, Lignes directrices*, septembre 1997, Cat. 2.120.12.9.6.

³⁴ *Id.*

d'intégration n'est pas absolue, puisque le même article précise que l'intégration ne doit se faire que si elle est de nature à faciliter les apprentissages et l'insertion sociale de l'élève et « qu'elle ne constitue pas une contrainte excessive ou ne porte pas atteinte de façon importante aux droits des autres élèves ». Contrairement à la convention, la loi semble traiter de l'intégration comme d'un accommodement, qui non seulement doit être dans l'intérêt de l'élève après une évaluation de ses capacités, mais qui doit aussi se faire dans les limites du raisonnable.

Nous ne croyons cependant pas que l'intégration pure et simple des élèves handicapés dans les classes régulières puisse être considérée comme un accommodement, bien qu'il s'agisse d'une mesure qui sert à combattre la discrimination. Les accommodements, en effet, servent à modifier des règles à portée universelle en accordant un traitement différentiel à la personne handicapée³⁵. Ce n'est certainement pas le cas avec l'insertion simple de l'élève handicapé dans une classe régulière. Cependant, on reconnaît que pour que l'élève puisse bénéficier de son insertion, il faut une certaine adaptation des services à l'élève. Tout comme la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, la *Loi sur l'instruction publique* reconnaît à l'élève handicapé le droit de recevoir des adaptations individualisées. Selon l'article 234 L.i.p., la commission scolaire doit adapter les services éducatifs à l'élève handicapé « selon ses besoins, d'après l'évaluation qu'elle doit faire de ses capacités ». On est donc face à une obligation à double volet. Premièrement, l'élève doit pouvoir recevoir son éducation dans un cadre aussi normal que possible, puisque ségrégation est synonyme de discrimination, et deuxièmement, dans ce cadre normal, l'élève doit pouvoir bénéficier des accommodements dont il a besoin dans les limites indiquées par la loi. Notons aussi que, comme l'explique la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, l'inclusion des élèves handicapés ne signifie pas nécessairement que ceux-ci soient intégrés à 100 % dans une classe ordinaire, mais qu'il y ait au moins une appartenance significative à un groupe ordinaire³⁶.

Alors que l'on s'attend toujours à des adaptations dans le contexte de l'éducation offerte dans les classes spéciales, l'accompagnement et les adaptations qui ont lieu dans le contexte de la classe régulière semblent poser plus de problèmes. En effet, une réelle inclusion, et non juste une

³⁵ P. BOSSET, préc., note 13, p.10.

³⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 33.

intégration physique, demande la capacité de la commission scolaire de pouvoir offrir un éventail de services pour s'assurer que l'enfant, dans chaque école, bénéficie bien de l'intégration. Il peut s'agir d'orthophonie, d'ergothérapie, d'aide à l'enseignement, d'aide au niveau des soins personnels, d'autres formes de communication, de changement dans l'attribution des sièges, de l'utilisation d'un ordinateur, de matériel pédagogique différent, etc. La reconnaissance des besoins d'adaptation semble aussi varier selon les types de déficiences, qui sont très divers. Nul ne contestera qu'il serait discriminatoire de demander à un enfant aveugle d'apprendre en lisant sur le tableau en classe. Il s'agirait d'un obstacle flagrant à l'atteinte des conditions d'égalité. Par contre, si les besoins d'adaptation sont dûs à des troubles de comportement ou d'apprentissage, le consensus sur la discrimination et sur les accommodements à offrir est beaucoup plus difficile à atteindre. Est-ce que le manque de services d'orthophonie gratuits, d'accompagnement individuel quotidien, de modification des méthodes pédagogiques et de l'évaluation constitue une discrimination? Le problème est surtout lié aux coûts de ces services. Il est donc plus difficile d'accorder ce genre d'accommodements que ceux que l'on demande pour des motifs religieux, par exemple, puisque souvent l'impact financier de ces derniers est moindre ou inexistant³⁷.

C. Le rôle des principaux acteurs

Avec cette progression vers plus d'inclusion au niveau des politiques, on comprend que les revendications parentales puissent s'intensifier et que le système scolaire puisse adopter une position défensive. Vers qui les parents doivent-ils se tourner et quelles sont les responsabilités des différents acteurs face à leurs revendications?

Le directeur d'école et les enseignants sont les acteurs de premier plan. C'est aux parents de discuter d'abord avec eux des besoins de leur enfant et d'ailleurs c'est au directeur d'école, en consultation avec les parents, l'élève lui-même et le personnel enseignant concerné, d'établir un plan d'intervention adapté aux besoins de l'élève³⁸. La volonté de ces acteurs

³⁷ Par ailleurs, on peut noter que les demandes sur motifs religieux impliquant des coûts, tels que l'aménagement de locaux pour la prière, sont plus complexes et plus souvent rejetés que ceux qui n'impliquent pas de coûts. Voir: D. ROBITAILLE et S. GRAMMOND, préc., note 2, 88 et 89.

³⁸ Art. 96.14 L.i.p.

aura un effet déterminant sur les possibilités qu'aura un enfant de recevoir les adaptations dont il a besoin et d'être intégré en salle de classe. Les enseignants et autres intervenants, tels que les aide-enseignants et les enseignants ressources, peuvent avoir une attitude ouverte, accueillante et accommodante, face aux différences et les directeurs d'école peuvent soutenir les enseignants dans ce rôle et s'assurer que les plans d'intervention sont bien mis en œuvre. L'attitude de ces acteurs déterminera en grande partie s'il est nécessaire de formaliser les revendications et d'avoir recours aux instances supérieures: la commission scolaire, puis les tribunaux. En effet, ces acteurs de premier plan ont le rôle principal dans la recherche de solutions aux problèmes individuels des élèves. On se trouve donc au niveau des accommodements au sens large, avec la gestion des problèmes au quotidien, et ces acteurs ne sont pas responsables des accommodements raisonnables dans le sens strict et juridique du terme, qui sont liés à la discrimination.

Le rôle central incombe aux commissions scolaires, qui doivent mettre en œuvre la politique du gouvernement et qui adoptent leurs propres politiques que doivent suivre les écoles. De plus, ce sont les commissions scolaires qui décident finalement du placement des enfants handicapés, qui organisent les services aux élèves handicapés, qui allouent les fonds nécessaires aux écoles pour mettre en place des mesures d'accommodement, et qui négocient des ententes avec d'autres commissions scolaires ou ressources externes. Ce sont les commissions qui sont juridiquement responsables pour les agissements et décisions des enseignants et directeurs d'école dans le cadre de l'application des règlements et politiques. Le problème principal par rapport au rôle prépondérant des commissions scolaires se pose au niveau du manque d'autorité au-dessus des commissions. Il n'y a aucune autorité neutre pour vérifier que les politiques sont bien mises en œuvre et bénéficient aux enfants handicapés, ou pour examiner les revendications et les plaintes des parents. Le Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, bien qu'au-dessus des commissions scolaires et leur imposant ses politiques, ne joue pas ce rôle d'autorité supérieure vu le caractère décentralisé du système d'éducation. On pourrait espérer que l'Office des personnes handicapées puisse remplir ce vide, mais à part le financement de certains services et un rôle de promotion des droits et de l'intégration des personnes handicapées, il ne semble pas jouer de rôle majeur en matière de surveillance.

L'Office, créé en vertu de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale*³⁹, a pour mission de veiller à ce que les ministères et organismes publics et privés « poursuivent leurs efforts afin d'améliorer les possibilités offertes aux personnes handicapées de s'intégrer et de participer ainsi pleinement à la vie en société »⁴⁰. Le fait que l'on puisse y percevoir un certain rôle de supervision par rapport aux efforts faits par les commissions scolaires pour intégrer les enfants handicapés, s'amointrit quand la loi précise que l'Office poursuit cette mission « dans la mesure des pouvoirs qui lui sont conférés »⁴¹. Ces pouvoirs incluent entre autres la formulation de recommandations suite à l'évaluation des lois, politiques, programmes, plans d'action et services offerts, et suite à l'évaluation de l'intégration scolaire des personnes handicapées et l'identification des obstacles à leur intégration⁴². L'Office peut aussi assister les personnes handicapées dans leurs démarches auprès des commissions scolaires pour assurer l'exercice de leurs droits⁴³. Ainsi, l'Office des personnes handicapées devrait jouer un rôle important de promoteur, d'autant plus que sa position officielle veut que l'éducation soit inclusive et que l'intégration doive répondre à l'intérêt de l'enfant⁴⁴. Néanmoins, il ne s'agit pas d'instance supérieure aux commissions scolaires capable de vérifier le bienfondé de leurs décisions.

C'est aux tribunaux qu'incombe finalement ce rôle de superviseur. Cependant, il y a des limites à cette supervision. Premièrement, les tribunaux ne jugent pas du bien-fondé des politiques ou de l'application correcte de celles-ci. Deuxièmement, la place des tribunaux n'est pas centrale, car leur rôle est résiduel dans l'application de la politique d'intégration et des services connexes en tant qu'accommodements raisonnables. Force est de constater en fait que relativement peu d'affaires se rendent jusque devant les tribunaux et que la plupart des conflits se résolvent avec les intervenants de première ligne. Pourtant le mécontentement des parents

³⁹ L.R.Q., c. E-20.1.

⁴⁰ *Id.*, art. 25.

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*, art. 26.

⁴⁴ Voir notamment: OFFICE DES PERSONNES HANDICAPÉES, *Intégration des élèves handicapés: la réflexion doit être menée selon les bons paramètres*, Communiqué de presse, 29 avril 2010, en ligne: <http://www.ophq.gouv.qc.ca/fileadmin/documents/communiques/2010-04-29_Communique_02_Integration_des_EHDAA_.pdf> (consulté le 12 novembre 2012).

étant réel, il est légitime de se demander s'il serait alors plus avantageux de recourir aux tribunaux et de demander l'application d'accommodements raisonnables de manière formelle. Des considérations d'ordre pratique, tels les coûts et le temps passé avant la décision finale rendue par les tribunaux⁴⁵, militeraient certainement en faveur d'une réponse négative. De même, on avance l'impact négatif de la judiciarisation des relations interpersonnelles, surtout en milieu d'éducation⁴⁶. Cette préoccupation nous renvoie aussi à la question de l'aggravation des conflits au centre desquels se trouve un enfant, ce qui peut bien entendu nuire à l'intérêt supérieur de l'enfant, que ce soit dans le domaine de l'éducation ou dans d'autres domaines, tel qu'en droit de la famille⁴⁷. Malgré ces réserves, et tout en reconnaissant l'importance de développer des modèles alternatifs de résolution des conflits, nous avançons l'idée que le développement du concept juridique des accommodements raisonnables dans ce domaine pourrait contribuer à changer la situation des enfants handicapés dans les écoles, comme cela a été le cas pour les employés handicapés⁴⁸.

⁴⁵ Le problème du passage du temps est bien illustré dans *Québec (Commission des droits de la personne) c. Corp. du Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur*, [2002] R.J.Q. 5 et *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares*, 2009 CanLII 19 (QCTDP).

⁴⁶ Voir par exemple: Marie Mc ANDREW, «L'accommodement raisonnable: atout ou obstacle dans l'accomplissement des mandats de l'école?», (2003) 22 *Options CSQ*, 131, 140.

⁴⁷ Voir notamment: Michael KING et Judith TROWELL, *Children's Welfare and the Law: The Limits of Legal Intervention*, London, SAGE Publications, 1992, concernant la judiciarisation des problèmes familiaux et l'impact sur les enfants. Voir également: Mona PARÉ, *La participation des personnes handicapées dans les décisions qui les concernent: l'exemple de l'éducation*, Rapport de recherche pour la Commission du droit de l'Ontario, 15 juillet 2010, en ligne: <<http://www.lco-cdo.org/fr/disabilities-call-for-papers-para>> (consulté le 12 novembre 2012), concernant des préoccupations en lien avec la participation des enfants aux procédures reliées à l'enfance en difficulté dans le milieu scolaire en Ontario.

⁴⁸ Concernant l'influence des tribunaux sur les conditions de travail des personnes handicapées, voir: L. LAVOIE, préc., note 19.

II. L'utilisation et l'utilité du langage des accommodements

A. Les positions des tribunaux par rapport à l'intégration

Alors que les tribunaux ne doivent intervenir qu'en dernier recours, ils ont un rôle significatif dans l'interprétation des lois et l'on ne saurait décourager les parents d'emprunter la voie judiciaire⁴⁹. Ainsi, les tribunaux ont eu à se prononcer sur la question de savoir si l'intégration des enfants en classe régulière est comprise dans les dispositions de la Charte canadienne et de la Charte québécoise portant sur le droit à l'égalité. La position de principe est claire depuis les années 1990. Tant la Cour suprême du Canada que la Cour d'appel du Québec sont d'avis que l'intégration ne constitue pas un droit absolu, bien qu'il s'agisse de l'approche à privilégier. Les justifications possibles pour la non-intégration sont la contrainte excessive et les droits des autres élèves, tel qu'indiqué dans l'article 235 L.i.p., mais aussi l'intérêt de l'élève handicapé.

Dans l'affaire *Eaton*⁵⁰, la Cour suprême a été amenée à examiner la question de l'intégration d'une fille de 12 ans, atteinte de paralysie cérébrale et incapable de communiquer, à la lumière de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour suprême reconnaît que :

« L'intégration devrait être reconnue comme la norme d'application générale en raison des avantages qu'elle procure habituellement, mais une présomption en faveur de l'enseignement intégré ne serait pas à l'avantage des élèves qui ont besoin d'un enseignement spécial pour parvenir à cette égalité. [...] L'intégration peut se révéler un avantage ou un fardeau selon que l'individu peut profiter ou non des avantages qu'elle apporte. »⁵¹

Ainsi, selon la Cour suprême, l'intégration peut parfois ne pas être dans l'intérêt de l'élève et dans ce cas-là, la distinction créée entre l'élève handicapé et les autres élèves ne serait pas discriminatoire. Dans l'affaire en cause, la Cour, sous la plume du juge Sopinka, conclut que l'intérêt de l'enfant sur le plan éducationnel, en tenant compte de ses besoins spéciaux,

⁴⁹ Contrairement à la position du Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario : Ontario Special Education Tribunal, *E & Brant County Board of Education*, 19/11/1993, File #19.

⁵⁰ *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, préc., note 22.

⁵¹ *Id.*, par. 69.

avait bien été évalué par le conseil scolaire puis par le Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario.

La Cour d'appel du Québec a adopté une approche similaire. En 1992, dans l'affaire *Picard*⁵², la question était examinée non pas sous l'angle de la discrimination, mais plutôt de l'article 4 L.i.p. sur le choix de l'école par les parents. La Commission scolaire avait décidé d'envoyer la fille de l'appelante dans une école d'une autre commission scolaire pour qu'elle puisse y intégrer une classe spécialisée, alors que sa mère voulait la garder dans l'école de quartier où elle était intégrée dans une classe régulière. Concernant la question de l'intégration, la Cour indiqua que « la loi ne fait pas l'obligation à la commission scolaire de maintenir tous les élèves dans des écoles et classes régulières [...] C'est donc un régime souple et personnalisé que le législateur a prévu où l'intégration au milieu normal est favorisée sans cependant être exclusive »⁵³. Cette vision a été réaffirmée et développée par la Cour d'appel dans les affaires *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*⁵⁴ et *Commission scolaire régionale de Chauveau*⁵⁵ de 1994, où la question concernait l'application de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* à l'exercice du droit à l'instruction publique prévue à son article 40. Selon la Cour, la L.i.p. ne fait pas de l'intégration des élèves handicapés en classe ordinaire une norme juridique. La norme est plutôt celle de « l'adaptation des services éducatifs aux besoins de chacun de ces élève en fonction de ses apprentissages et de son insertion sociale »⁵⁶. L'intégration scolaire « demeure un moyen privilégié d'adaptation des services éducatifs aux besoins d'apprentissage et d'insertion sociale des élèves handicapés »⁵⁷, sans être un droit exclusif et absolu. Cette

⁵² *Picard c. Conseil des commissaires de la commission scolaire Prince-Daveluy*, [1992] R.J.Q. 2369 (C.A.).

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.) (ci-après, dans le texte, « l'arrêt *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu* »).

⁵⁵ *Commission scolaire régionale Chauveau c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1994] R.J.Q. 1196 (C.A.) (ci-après, dans le texte, « l'arrêt *Commission scolaire régionale Chauveau* »).

⁵⁶ *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Québec (Commission des droits de la personne)*, préc., note 54, par. 72.

⁵⁷ *Commission scolaire régionale Chauveau c. Québec (Commission des droits de la personne)*, préc., note 55, par. 32.

analyse fût réappliquée en 2006 dans l'affaire *Commission scolaire des Phares*⁵⁸.

La Cour d'appel reconnaît ainsi que l'intégration scolaire elle-même constitue un accommodement et que, comme tout accommodement, il ne s'agit pas d'un droit absolu. Entre plusieurs accommodements possibles, celui-ci doit être privilégié. Cependant, l'intérêt de l'élève et les contraintes excessives imposées par cet accommodement sont des considérations importantes. Nous trouvons cette analyse singulière, puisque l'intégration elle-même ne peut à notre avis constituer un accommodement, comme il s'agit de l'application de la règle générale. L'accommodement intervient plutôt au niveau des services spéciaux et des modifications faites au programme d'éducation que l'enfant reçoit dans cette classe régulière ou dans une classe spécialisée. L'obligation d'adopter des accommodements pour arriver à une égalité réelle et non formelle est d'ailleurs reconnue par la Cour d'appel dans l'arrêt *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*⁵⁹. L'accommodement en l'espèce consistait en la présence d'une accompagnatrice ou d'une éducatrice spécialisée pour l'intégration partielle de l'élève en classe régulière.

La position du Tribunal des droits de la personne mérite d'être exposée séparément, car son analyse est différente de celle des autres tribunaux en matière d'intégration des élèves handicapés. En effet, contrairement à la Cour d'appel, le Tribunal des droits de la personne reconnaît l'intégration comme une norme juridique et fait le lien entre cette norme et le droit à l'égalité pour prescrire des mesures d'accommodement raisonnables⁶⁰. Dans l'affaire *Commission scolaire des Phares*⁶¹, la juge Rivet explique que :

« Pour assurer une articulation réussie entre, d'une part, la garantie d'égalité inscrite dans la *Charte* et, d'autre part, la norme juridique d'intégration à des services éducatifs réguliers contenue dans la L.I.P., la jouissance et l'exercice en pleine égalité du droit d'un élève handicapé à l'instruction publique gratuite, dans la mesure prévue par la loi, requièrent désormais que des mesures

⁵⁸ *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2006] R.J.Q. 378 (C.A.).

⁵⁹ *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Québec*, préc., note 54.

⁶⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares*, [2005] R.J.Q. 309 (T.D.P.Q.).

⁶¹ *Id.*

d'accommodement raisonnable soient prévues à chacune des étapes (évaluation, norme de réussite, mesures d'accompagnement) qui jalonnent son intégration en classe ordinaire, sous réserve que celle-ci soit « *de nature à faciliter ses apprentissages et son insertion sociale et qu'elle ne constitue pas une contrainte excessive ou ne porte pas atteinte de façon importante aux droits des autres élèves* »⁶².

Le Tribunal réitère sa position lorsque la même affaire est réintroduite devant les instances judiciaires en 2009, bien que, suite à l'arrêt de la Cour d'appel de 2006, il ne parle plus de norme juridique impérative, mais plutôt d'une norme d'application générale⁶³. Selon le Tribunal, l'intégration n'est pas seulement encouragée, comme elle l'était auparavant, mais les commissions scolaires doivent pour chaque élève rechercher l'intégration, bien que l'on reconnaisse qu'il y ait des cas où l'intégration n'est pas la mieux adaptée aux besoins de l'élève. Le Tribunal ordonne alors à la commission scolaire, entre autres, de modifier sa politique sur l'organisation des services aux élèves handicapés et de procéder à une réorganisation de ses services adaptés pour pouvoir envisager toutes les mesures d'adaptation susceptibles de favoriser l'intégration en classe ordinaire, puisque c'est l'intégration qui doit d'abord être envisagée pour tous ces élèves.

La position du Tribunal des droits de la personne se rapproche de l'analyse faite par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Eaton*⁶⁴ puisque, selon la juge Arbour, il y a une présomption en faveur de l'intégration, qui doit être accompagnée des accommodements nécessaires. Cette présomption peut être renversée par le conseil scolaire qui doit pouvoir prouver qu'un contexte ségrégué correspond mieux à l'intérêt de l'élève. La cour précise que le conseil n'a pas simplement à démontrer que l'intégration en classe régulière ne correspond pas aux besoins de l'élève, mais plutôt que c'est bien la ségrégation qui répond le mieux aux besoins de l'élève. Selon la cour, l'intégration est une question d'égalité et une analyse de l'intérêt supérieur de l'élève ne peut se faire sans considération pour son droit à l'égalité garantie par le *Code des droits de la personne de l'Ontario*⁶⁵ et la *Charte canadienne des droits et libertés*. De même, la juge Rivet dans l'affaire *Commission scolaire des Phares* indique que l'intérêt de

⁶² *Id.*, par. 177.

⁶³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares*, préc., note 45.

⁶⁴ *Eaton v. Brant (County) Board of Education*, [1995] O.J. No. 315.

⁶⁵ L.R.O., 1990, c. H.19.

l'enfant s'analyse dans le respect de ses droits⁶⁶. La juge Arbour, dans son analyse, se fonde sur le traitement historique des personnes handicapées, qui ont été victimes de discrimination systémique, résultant en leur ségrégation du reste de la société. La cour reconnaît aussi que l'égalité réelle garantie par la Charte canadienne va plus loin qu'une simple intégration physique et demande que l'élève handicapé soit placée dans une classe ordinaire dans son école de quartier avec tout le support dont elle peut avoir besoin :

«To simply place Emily in a regular classroom in her neighbourhood, without more, would not meet her equality entitlements [...] some distinctions must be made, on the basis of her disability, to ensure her equal treatment [...] She may need assistance in transportation for getting there, and would also need considerable assistance in the classroom so that her educational experience can be as close as possible to that of her peers.»⁶⁷

B. Le caractère primordial de l'intérêt de l'enfant

En examinant la position des différents tribunaux, il est intéressant de noter l'importance que l'on accorde à l'intérêt de l'enfant et ce, même si au Québec l'intérêt de l'enfant n'est pas posé en principe dans la *Loi sur l'instruction publique*, alors qu'en Ontario il ne figure même pas dans la législation sur l'éducation. La Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Commission scolaire des Phares*, rappelle cependant que l'intérêt de l'élève doit demeurer au cœur de la démarche de classement⁶⁸. On remarque donc que l'intérêt de l'élève devient le premier obstacle possible à l'intégration. Un enfant ne doit pas être intégré si, après une évaluation de ses capacités et ses besoins, on conclut que l'intégration n'est pas dans son intérêt. Contrairement aux autres domaines comme le droit de la famille, les tribunaux ne semblent pas faire eux-mêmes une évaluation de l'intérêt de l'enfant, mais se fient plutôt à l'avis des experts de l'éducation, c'est-à-dire à la conclusion à laquelle est arrivée la commission scolaire. Bien que les tribunaux se réfèrent à l'intérêt de l'élève, aucun critère n'est mis en avant pour pouvoir déterminer cet intérêt. Ceci est déplorable, sachant

⁶⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares*, préc., note 45, par. 315, 323-329.

⁶⁷ *Eaton v. Brant (County) Board of Education*, préc., note 64, par. 31.

⁶⁸ *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 58, par. 49.

que l'intérêt de l'enfant est un concept malléable et que la L.i.p. n'en donne aucune définition. Néanmoins, on peut se demander si les efforts de définition qui ont été faits dans d'autres domaines, surtout au niveau de la protection de l'enfance et du droit de la famille, pourraient être transposables au domaine de l'éducation. Le *Code civil du Québec*⁶⁹ et la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁷⁰ énumèrent les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation⁷¹. La jurisprudence en matière de protection et de droit de la famille permet de dégager des éléments plus précis, tels que la stabilité et les désirs de l'enfant, critères qui, avec l'âge, devraient bien s'adapter au contexte de l'éducation.

Pourtant aucune décision sur l'éducation des enfants handicapés ne fait état du désir de l'enfant. Tout au plus, dans l'affaire *Eaton*, en Ontario, la Cour d'appel mentionne les désirs de l'enfant exprimés par ses représentants⁷². Toutefois, la Cour suprême, dans la même affaire, indique que l'opinion de l'enfant qui est plus âgé et qui peut communiquer ses désirs et ses besoins devrait jouer un rôle important dans la détermination de son intérêt⁷³. Il est, d'ailleurs, étonnant que le jugement de la Cour suprême du Canada n'ait pas été suivi à ce niveau-là, le seul élément ayant été bien retenu de ce jugement étant le caractère limité du droit à l'intégration. Même au Québec, où le Code civil et la L.i.p. incluent des dispositions sur la participation des enfants, les tribunaux ne semblent pas rechercher cette participation dans les affaires touchant à l'éducation des enfants handicapés⁷⁴.

De même que le critère des désirs de l'enfant, la stabilité n'a pas non plus été reprise comme indication de l'intérêt de l'enfant dans les causes portant sur l'éducation des enfants handicapés. Aucune remarque n'a été faite quant aux effets des décisions des commissions scolaires de déplacer les enfants d'une école à l'autre. Pourtant les enfants, tout comme les programmes spécialisés, font souvent objet de plusieurs déplacements, les enfants devant suivre les classes ou services spécialisés dans les écoles où

⁶⁹ L.Q., 1991, c. 64, (ci-après « C.c.Q. »).

⁷⁰ L.R.Q., c. P-34.1 (ci-après « L.p.j. »).

⁷¹ Articles 33 C.c.Q. et 3 L.p.j.

⁷² *Eaton v. Brant (County) Board of Education*, préc., note 64.

⁷³ *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, préc., note 22, par. 77.

⁷⁴ C.c.Q., art. 33; L.i.p., art. 3.

ils sont offerts, et ce, parfois très loin de leur domicile. En effet, selon des témoignages de parents, il n'est pas rare qu'un enfant ait connu entre cinq et dix différentes écoles durant sa scolarisation⁷⁵. Il serait primordial que les tribunaux examinent ce critère en discutant de l'intérêt de l'enfant par rapport aux mesures prises par les commissions scolaires.

Le troisième critère que nous relevons, l'âge, devrait aider à déterminer les chances de succès quant au placement de l'enfant dans une classe ordinaire. Le placement en classe régulière avec tous les accommodements nécessaires dès les premières années de la scolarisation va certainement être plus facile et plus bénéfique pour l'enfant que si ce placement est retardé à cause de procédures liées à la mésentente entre parents et commission scolaire. Un adolescent ou préadolescent voudrait sans doute avoir le moins de services spéciaux possibles pour ne pas se démarquer de ses camarades et préférera même peut-être une classe ségréguée pour moins sentir la différence⁷⁶. Son insertion en classe régulière avec adaptations dans les années élémentaires en est d'autant plus importante pour son insertion sociale. Ces considérations devraient donc entrer en ligne de compte lorsque l'on cherche à connaître l'intérêt d'un élève handicapé, en plus d'examiner ses résultats scolaires, sa maturité et ses aptitudes ou son comportement en classe⁷⁷.

C. Les fardeaux de preuve

Pour savoir si le langage des accommodements peut être utile pour les enfants handicapés, il convient d'examiner les fardeaux de la preuve que l'on applique dans un recours portant sur les accommodements raisonnables, et qui sont déterminés par les tests définis par les tribunaux. Premièrement, il faut noter que le domaine de l'éducation ne semble pas suivre un test bien établi, parfois s'inspirant de celui existant dans le domaine du travail, et d'autres fois insistant plutôt sur la question de l'intérêt de l'enfant. Le test élaboré par les tribunaux dans le domaine de l'emploi est certainement le mieux développé. Il appert de l'examen de la

⁷⁵ Notes d'entrevues datant d'avril à juin 2010, archives de l'auteur.

⁷⁶ *Id.*; M. PARÉ, préc., note 47, p. 87.

⁷⁷ Voir par exemple: *Commission scolaire régionale Chauveau*, préc., note 55; Dans *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, préc., note 22, le juge tire ses conclusions concernant l'intérêt de l'enfant à partir des observations faites par le Tribunal de l'enfance en difficulté sur les cris et les pleurs de l'enfant.

jurisprudence que le fardeau de la preuve repose en premier sur le demandeur, qui doit apporter la preuve *prima facie* de l'existence d'une discrimination directe ou indirecte⁷⁸. Cette étape semble généralement poser peu de problème dans ce domaine et les tribunaux admettent facilement qu'une norme ou une mesure puisse avoir des effets discriminatoires sur un employé à cause de son handicap. Ainsi, la partie essentielle de l'analyse se fonde sur le fardeau de la preuve qui repose sur l'employeur, celui-ci devant démontrer :

« (1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;

(2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;

(3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. »⁷⁹

Les normes adoptées par l'employeur deviennent donc objets de scrutin du juge et l'employeur doit se justifier par rapport à la nécessité de celles-ci.

Alors que ce test semble éloigné du contexte de l'éducation, le Tribunal des droits de la personne, dans l'affaire *Commission scolaire des Phares*⁸⁰, reprend en partie l'analyse sur le fardeau de la preuve établi par la jurisprudence en matière d'emploi en citant notamment les affaires *Ville de Montréal*, *Meiorin* et *Grismer*. Selon le tribunal, le fardeau de la preuve incombe à la commission scolaire, qui doit prouver que les besoins et capacités de l'élève établissent qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'élève d'être intégré en classe ordinaire, l'intégration étant la norme d'application générale. Cependant, le tribunal modifie l'application du test, puisqu'il passe sur la question de la discrimination qui ne peut être prouvée *prima facie* et rejette tout de suite le fardeau de la preuve sur la commission. Le

⁷⁸ Colombie-Britannique (*Public Service Employee Relations Commission*) c. BCGSEU, préc., note 1.

⁷⁹ *Id.*, par. 54.

⁸⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares*, préc., note 45, par. 330-346.

tribunal reconnaît d'ailleurs que « l'aménagement du fardeau de la preuve doit se faire en tenant compte des particularités du litige en l'espèce »⁸¹.

Le renversement du fardeau de la preuve par le tribunal se comprend peut-être lorsque l'on se rend compte que le transfert du test du domaine de l'emploi au domaine de l'éducation est difficile, à cause justement d'un blocage dès la première étape du test; c'est-à-dire que le demandeur n'arrive pas à prouver l'existence d'une discrimination. C'est peut-être pour contourner cette difficulté que l'on opte, en relation avec les accommodements religieux, pour une analyse fondée sur la liberté de religion, l'existence d'une exigence religieuse étant plus facile à prouver pour le demandeur que l'existence d'une discrimination⁸². Par contre, dans le domaine de l'éducation des enfants handicapés, l'analyse des tribunaux se concentre généralement sur la discrimination et la commission scolaire échappe ainsi à l'obligation de se justifier par rapport à son programme et l'application de la politique en matière d'intégration et d'éducation des enfants handicapés.

La raison pour laquelle les demandeurs ont de la difficulté à prouver l'existence d'une discrimination semble premièrement due au fait que les tribunaux n'ont pas reconnu que le manque d'intégration constituait nécessairement une discrimination et deuxièmement, en lien avec ce point, que la *Loi sur l'instruction publique* prévoit une évaluation individuelle de chaque élève. Ainsi, le programme et les mesures choisis pour un élève ne pourraient être discriminatoires, car ces décisions ne seraient pas fondées sur des caractéristiques rattachées à un groupe (ici le handicap en tant que motif prohibé de discrimination), mais plutôt sur les caractéristiques et besoins individuels de l'élève, selon une évaluation faite par les spécialistes de l'éducation⁸³. Les tribunaux ont été bien clairs sur le fait qu'ils ne voulaient pas se substituer aux spécialistes et ne pouvaient juger du bien-fondé d'un tel programme par rapport à un autre pour un élève

⁸¹ *Id.*, par. 332.

⁸² Voir surtout: *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 15.

⁸³ C'est donc lorsque les mesures prises ne sont pas basées sur une évaluation individuelle qu'il y a discrimination. Voir: *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 58; *Desgagné c. Québec (Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport)*, 2010 QCCS 4838 (ci-après, dans le texte, « l'arrêt *Desgagné* »).

en particulier⁸⁴. De surcroît, depuis la jurisprudence de l'arrêt *Law*⁸⁵, il a été difficile de prouver que la décision d'une commission scolaire, qui est soi-disant pour le bien de l'élève, porte « atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux »⁸⁶.

Pourtant, il nous semble que puisque les tribunaux ont clairement fait le lien entre intégration sociale et égalité, et entre marginalisation et discrimination, on pourrait suggérer que le refus d'accorder à un élève des mesures qui lui permettent une réelle intégration, constituerait une preuve de discrimination *prima facie*. C'est bien à cause du handicap de l'élève qu'on lui applique des mesures spéciales, bien que les mesures particulières soient ensuite déterminées après une évaluation individuelle. Ainsi, un élève non handicapé ne sera jamais exclu de la classe ordinaire, sauf en cas de mesure disciplinaire ou en lien avec son statut d'enfant pris en charge par l'état. Il suffirait aux parents de démontrer que la mesure prise par la commission scolaire aurait un effet marginalisant, donc discriminatoire, pour l'élève, contrebalançant l'intention améliorative de la mesure. Le fardeau de la preuve sera ensuite transféré à la commission scolaire qui devra justifier sa décision par rapport à l'intérêt de l'élève. À cette argumentation on pourrait rajouter celle qui nous provient des origines des accommodements raisonnables et de leur considération par le droit international non pas comme une réaction à une situation de discrimination, mais plutôt comme un préalable à l'égalité. On retrouve cette considération des accommodements comme préalable à l'égalité aussi dans certaines décisions judiciaires⁸⁷. Ainsi, on pourrait soutenir que l'absence d'accommodements en soi résulterait en une discrimination, de même que les mesures qui ne tendent pas vers l'intégration sociale de l'enfant.

⁸⁴ Voir, par exemple : *Desgagné c. Québec (Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport)*, préc., note 83 ; *Johnson c. Commission scolaire Lester B. Person*, [2000] R.J.Q. 1961 (C.A.).

⁸⁵ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

⁸⁶ *Johnson c. Commission scolaire Lester B. Person*, préc., note 84, par. 47, en reprenant les propos du juge Iacobucci dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 85.

⁸⁷ Voir par exemple : *Todd c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, 2006 CanLII 1404 (QC C.S.) ; *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Québec (Commission des droits de la personne)*, préc., note 54.

C'est certainement sur ce dernier point que l'on devrait insister, car un autre élément qui rend le fardeau de la preuve plus facile aux commissions scolaires et plus lourd aux requérants, est la référence aux mesures raisonnables que l'on trouve dans la jurisprudence. Alors que les employeurs doivent prouver que leurs normes sont nécessaires et qu'ils ne peuvent prendre les mesures d'accommodements dont ont besoin leurs employés à cause des contraintes excessives que cela leur causerait, les commissions scolaires ont tout juste à démontrer qu'elles ont pris des mesures raisonnables. Dans le cas de l'éducation des enfants handicapés, la raisonnable ne semble pas être liée en premier à l'absence de contraintes excessives, mais plutôt à l'existence de mesures d'adaptation, la Cour d'appel ayant établi que la norme d'égalité était tout simplement l'adaptation des services éducatifs, sans qualifier ces adaptations⁸⁸. En effet, les tribunaux ont précisé qu'il s'agit d'une obligation de moyen et non de résultat, et ils ne vont pas spécialement examiner l'efficacité de ces mesures⁸⁹. Tant que la commission peut démontrer qu'elle a pris une mesure qui entre dans le cadre de la loi et de la politique, elle satisfait à son obligation d'accommodement. On ne cherche pas nécessairement à savoir si les mesures demandées par le requérant auraient causé des contraintes excessives. On ne cherche pas non plus à savoir si la mesure prise a un effet intégrateur et si elle est donc non discriminatoire. Pourtant, la Cour d'appel reconnaît aussi que « [l]es mesures d'adaptions qui permettent à l'élève handicapé de recevoir des services adaptés dans la classe ordinaire constitue (sic), à cet égard, les mesures les plus aptes à atteindre le respect effectif du droit à l'égalité dans l'obtention des services éducatifs »⁹⁰.

D. La contrainte excessive

Il reste à examiner la contrainte excessive en tant que moyen pour la commission scolaire de justifier l'absence de mesures d'accommodement. Dans l'affaire *Commission scolaire des Phares*, le Tribunal des droits de la personne reconnaît qu'au cas où la commission ne pourrait prouver l'intérêt de l'élève pour la ségrégation, elle pourra tout de même justifier le

⁸⁸ *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Québec (Commission des droits de la personne)*, préc., note 54.

⁸⁹ *L. H. c. Commission scolaire des Grandes-Seigneuries*, 2004 CanLII 33908 (QC C.Q.); *Desagné c. Québec (Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport)*, préc., note 83.

⁹⁰ *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Québec (Commission des droits de la personne)*, préc., note 54.

manque d'accommodement par la contrainte excessive⁹¹. Contrairement à l'adoption ou à la détermination de la garde de l'enfant, par exemple, l'intérêt de l'enfant n'est pas nécessairement prépondérant dans son classement, son placement et les services qui lui sont octroyés à l'école. Des services, programmes ou placements pourront être légitimement refusés par les commissions scolaires s'ils prouvent qu'ils leur imposent des contraintes excessives.

Comment savoir si un accommodement est raisonnable ou s'il impose une contrainte excessive au pourvoyeur du service éducatif? Une comparaison avec les accommodements religieux en milieu scolaire peut être pertinente et permet de conclure qu'une mesure qui constituerait une entrave à la mission de l'école justifierait le refus de cette mesure pour contrainte excessive. Les missions de l'école sont l'instruction, la socialisation et la qualification des élèves⁹². En discutant des enjeux des accommodements raisonnables, le Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire se réfère notamment à la mission de socialisation de l'école à laquelle les accommodements religieux pourraient s'opposer⁹³. Alors que les demandes d'accommodements religieux peuvent aller dans le sens contraire de la socialisation des élèves, en permettant par exemple la non-participation d'un élève à des activités scolaires, les demandes concernant le domaine du handicap ont souvent pour objet une plus importante socialisation de l'élève. Le fait pour l'élève handicapé de pouvoir être intégré dans une classe normale et le fait pour les autres élèves de pouvoir côtoyer une personne ayant différentes capacités contribuent à la socialisation et au respect de la tolérance. D'ailleurs dans l'affaire *Multani*, la Cour suprême s'est appuyée sur l'éducation des élèves à la tolérance en tant qu'une des missions de l'école publique⁹⁴. La socialisation et le respect de la tolérance sont liés à la mission de la promotion et du respect du droit à l'égalité. Le rapport Fleury a rappelé que :

« Sans possibilité d'accommodement, ces élèves qui présentent certains particularismes pourraient ne pas être reconnus dans ce qu'ils sont et se sentir

⁹¹ Préc., note 45.

⁹² Art. 6 L.i.p.

⁹³ COMITÉ CONSULTATIF SUR L'INTÉGRATION ET L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE EN MILIEU SCOLAIRE, *Une école québécoise inclusive: dialogue, valeurs et repères communs*, Rapport présenté à la ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport, 15 novembre 2007 (ci-après « Rapport Fleury »).

⁹⁴ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, préc., note 15, par. 76-79.

lésés dans leur droit à l'égalité et à une scolarisation normale qui leur permet l'accès au patrimoine des savoirs communs, à l'apprentissage des valeurs à la base de la démocratie et à la formation nécessaire pour devenir des citoyens actifs et responsables.»⁹⁵

Bien que le Comité se réfère aux accommodements religieux, on peut rapprocher ces propos des accommodements dont ont besoin les élèves handicapés dans les classes régulières. Ainsi, les demandes faites pour les élèves handicapés ne peuvent être considérées comme des contraintes excessives si l'on s'en tient à la mission de socialisation de l'école. Selon une recherche faite par Daniel Ducharme, il serait de même des autres missions de l'école que les modèles d'inclusion scolaire aideraient à renforcer⁹⁶.

Par contre, d'autres enjeux du milieu scolaire peuvent poser problème. Il s'agit de la capacité de fonctionnement de l'école, de la gestion scolaire et la formation des intervenants, aussi notés dans le rapport Fleury. En effet, on peut soutenir que le coût parfois élevé des accommodements pour les personnes handicapées comparé au coût minime des accommodements religieux pourrait avoir des conséquences sur le bon fonctionnement de l'école. Les commissions scolaires ont un budget limité et doivent décider de l'allocation de fonds à leurs écoles, programmes et services⁹⁷. On pourrait faire valoir que l'allocation de ressources supplémentaires pour les élèves handicapés pourrait avoir un effet négatif sur l'éducation de la population estudiantine dans son ensemble. De plus, sur le plan du bon fonctionnement de la classe, il se peut que la présence d'un élève ayant des troubles de comportement graves puisse être néfaste à l'apprentissage des autres élèves. On pourrait donc invoquer aussi l'atteinte aux droits des

⁹⁵ COMITÉ CONSULTATIF SUR L'INTÉGRATION ET L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE EN MILIEU SCOLAIRE, préc., note 93, p. 13.

⁹⁶ D. DUCHARME, préc., note 4, p.153-155.

⁹⁷ Encore exacerbé par les compressions de plus de 170 millions de dollars annoncées cette année au Québec. Voir notamment: « Les commissions scolaires dénoncent les compressions budgétaires », *Radio-Canada*, 2 mai 2011, en ligne: <<http://www.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2011/05/02/001-commissions-scolaires-coupuress-quebec.shtml>> (consulté le 12 novembre 2012) et Lisa-Marie GERVAIS, « Près de 200 millions de coupes en éducation », *Le Devoir*, 16 septembre 2011, en ligne: <<http://www.ledevoir.com/societe/education/331522/pres-de-200-millions-de-coupuress-en-education>> (consulté le 12 novembre 2012).

autres élèves, comme indiqué dans la L.i.p., et tel que discuté dans l'affaire *Multani*⁹⁸.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue le fait que certains comportements néfastes sont en lien avec le manque d'accommodements offerts aux élèves handicapés⁹⁹. D'ailleurs, la Commission ontarienne des droits de la personne met les fournisseurs de services d'éducation en garde contre des conclusions hâtives. En prenant l'exemple d'un élève avec des troubles graves de comportement, dont la présence dans une salle de classe ordinaire pourrait nuire aux autres élèves, la commission note que le risque posé ne doit être évalué qu'en prenant en compte les accommodements qui sont le mieux adaptés à l'élève en cause: c'est-à-dire le risque que l'élève poserait avec et non sans les accommodements requis¹⁰⁰. Selon la commission, « [i]l pourrait être possible de régler le problème en offrant plus de formation au personnel ou d'autres mesures de soutien à l'élève, à l'étudiante ou à l'étudiant »¹⁰¹. Dans le même sens, le Tribunal des droits de la personne, dans l'affaire *Commission scolaire des Phares*, déplore le manque de formation des enseignants, qui est mis en évidence par cette affaire d'intégration scolaire, et ordonne à la Commission scolaire d'offrir à tout son personnel enseignant une formation sur les principes régissant l'intégration scolaire des élèves handicapés¹⁰².

⁹⁸ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, préc., note 15. Voici un exemple de demande, où on a pesé l'importance de la requête pour l'élève par rapport aux contraintes que cela poserait au niveau de la sécurité. La Cour trouve que la suggestion de la commission scolaire constitue un accommodement raisonnable, qui permet à l'élève de se comporter en conformité avec la religion, tout en limitant la contrainte et les atteintes aux droits des autres. Ainsi, même les problèmes éventuels de sécurité peuvent être résolus par des accommodements raisonnables.

⁹⁹ Témoignages dans notes d'entrevues, préc., note 75. Des parents et autres intervenants ont notamment relaté des cas de suspensions d'étudiants autistes dont les crises menaçaient la sécurité des autres étudiants; ces crises étant tout simplement le résultat du manque de compréhension des besoins des enfants autistes.

¹⁰⁰ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Directives concernant l'éducation accessible*, 29 septembre 2004, p. 35, en ligne: <http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/Guidelines_on_accessible_education_fr.pdf> (consulté le 12 novembre 2012).

¹⁰¹ *Id.*, p. 36.

¹⁰² *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares*, préc., note 45.

L'allocation de ressources serait clairement nécessaire pour une meilleure formation des intervenants, en commençant par les intervenants de première ligne, les enseignants. La réticence des enseignants d'inclure dans les classes des élèves à besoins particuliers peut faire en sorte que la direction de l'école suggère le placement des élèves dans des classes spécialisées. Le manque de formation des enseignants en ce qui concerne l'éducation des enfants handicapés, combiné avec les classes à gros effectif, peut certainement rendre la tâche ardue à l'enseignant. Les hésitations des enseignants par rapport à l'intégration peuvent aussi provenir du refus de la commission de respecter les termes des conventions collectives qui prévoient des mesures de soutien et une pondération permettant à l'enseignant d'avoir des conditions de travail similaires à ceux qui n'ont pas d'élèves handicapés dans leurs classes¹⁰³.

Alors qu'on se trouve ainsi souvent face à une question de ressources, leur importance et les priorités dans leur allocation, les tribunaux ne considèrent cependant pas toujours le financement comme un obstacle à l'intégration. Notamment, la Cour d'appel dans l'affaire *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu* est d'avis que la commission scolaire doit pouvoir financer une accompagnatrice ou une éducatrice spécialisée à temps plein pour un élève autiste¹⁰⁴. Selon la Cour, la commission scolaire n'avait pas en l'espèce prouvé que les mesures pour l'intégration de l'élève en question lui imposaient une contrainte excessive. La Cour expliquait « qu'aucun obstacle majeur et important, tant au plan pédagogique, administratif et financier, n'empêchait la commission scolaire de prendre ces deux mesures envisagées »¹⁰⁵. Selon la preuve, rien n'indiquait que la commission scolaire n'était pas en mesure de payer le salaire d'une accompagnatrice. Quant à la Commission ontarienne des droits de la personne, pour déterminer si un coût devient une contrainte excessive, il faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs :

« – La taille de l'établissement : un coût qui entraîne un préjudice injustifié pour un petit établissement n'entraîne probablement pas un tel préjudice pour un établissement plus important.

¹⁰³ Voir, par exemple : *Commission scolaire des Samares c. Paul Charlebois*, 2004 CanLII 44572 (QC C.S.) ou *Commission scolaire du fer c. Morin*, 2006 QCCS 2202.

¹⁰⁴ *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Québec (Commission des droits de la personne)*, préc., note 54.

¹⁰⁵ *Id.*

- Les coûts peuvent-ils être recouvrés dans le cadre des activités normales de l'établissement?
- Les autres divisions, services, etc. de l'établissement peuvent-ils assumer une partie des coûts?
- Les coûts peuvent-ils être échelonnés sur plusieurs années?
- Le fournisseur de services d'éducation peut-il verser chaque année un pourcentage d'argent dans un fonds de réserve qui sera affecté aux adaptations?
- Les programmes et services d'éducation offerts à tous les élèves subiront-ils des changements substantiels et permanents? Par exemple, un conseil scolaire sera-t-il contraint d'annuler ses programmes de musique pour financer une adaptation? »¹⁰⁶

Cette interprétation restrictive de la contrainte excessive financière s'arrime bien avec la position des tribunaux dans le domaine du travail. Selon la Cour suprême dans l'affaire *Grismer*: « il faut se garder de ne pas accorder suffisamment d'importance à l'accommodement de la personne handicapée. Il est beaucoup trop facile d'invoquer l'augmentation des coûts pour justifier un refus d'accorder un traitement égal aux personnes handicapées »¹⁰⁷. L'importance des coûts doit être telle qu'ils modifieraient la nature essentielle de l'entreprise ou leur incidence doit être telle qu'ils influenceraient considérablement sa viabilité¹⁰⁸. Nous pouvons en déduire donc que dans le domaine de l'éducation, les coûts devraient avoir une influence réelle et considérable sur la capacité de l'école de fonctionner et de respecter ses missions pour être considérés comme étant une contrainte excessive pour le pourvoyeur de service. Comme les affaires concernant l'éducation des enfants handicapés n'atteignent généralement pas l'étape de l'examen des contraintes excessives, le fardeau de la preuve imposé aux commissions scolaires s'en trouve considérablement allégé.

¹⁰⁶ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 100, p. 32.

¹⁰⁷ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)* », [1999] 3 R.C.S. 868.

¹⁰⁸ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, 23 novembre 2000, p. 27, en ligne : <http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/Policy_and_guidelines_on_disability_and_the_duty_to_accommodate_fr.pdf> (site consulté le 12 novembre 2012).

*
* *
* *

Avant de conclure sur l'utilité du langage des accommodements raisonnables pour l'éducation des enfants handicapés, il convient de noter que certaines limites existent quant à la pertinence des comparaisons qui peuvent être faites entre les différents domaines. Premièrement, nous avons noté déjà une différence importante entre accommodements religieux et accommodements fondés sur le handicap, à savoir la nature des accommodements et les coûts qui y sont associés. Deuxièmement, pour ce qui est de la comparaison entre le domaine de l'éducation et le domaine du travail, Marie Mc Andrew constate que le concept de raisonabilité est plus complexe à appliquer en milieu scolaire, notamment à cause des mandats multiples des systèmes éducatifs, comparé à un angle plus administratif axé sur la fonctionnalité en milieu de travail¹⁰⁹. Elle note aussi que, contrairement au milieu du travail, les conflits en milieu scolaire n'opposent pas un client et une institution, mais deux tiers : les parents et les éducateurs, qui prétendent tous les deux agir dans le meilleur intérêt de l'enfant qui se trouve dans le centre du conflit¹¹⁰. Nous avons aussi constaté qu'avec l'éducation les tribunaux sont confrontés à des avis des spécialistes auxquels les juges ne veulent pas se substituer. Ils pratiquent donc une déférence par rapport aux professionnels de l'éducation, alors qu'ils sont plus portés à dicter des façons de faire aux employeurs.

Malgré ces considérations, nous croyons que le concept d'accommodements raisonnables est indispensable au traitement des revendications des parents pour leurs enfants handicapés. Vu la comparaison avec le domaine du travail, il est toutefois clair que le test employé par les tribunaux doit être changé ou au moins adapté pour répondre à une réalité différente, qui concerne spécifiquement les enfants handicapés dans le milieu de l'éducation. Comme nous le dicte la *Convention sur les droits des personnes handicapées*, et comme le laisse entendre une partie de la jurisprudence, il est primordial que les accommodements soient reconnus comme une condition essentielle de l'égalité et non comme une réponse à une situation de discrimination, l'éloignement du concept de discrimination ayant aussi été fait dans le contexte des accommodements religieux. Pour les élèves handicapés, le manque d'accommodements en soi peut

¹⁰⁹ M. MC ANDREW, préc., note 46, 132.

¹¹⁰ *Id.*, 136.

résulter en une discrimination et les mesures prises en tant qu'accommodements doivent aider l'enfant à être intégré, puisque pour les personnes handicapées, exclusion est synonyme de discrimination. Cela voudrait dire qu'on ne demanderait pas aux requérants de prouver en premier l'existence d'une discrimination; plutôt, on demanderait aux commissions scolaires d'expliquer les mesures prises par rapport à l'objectif d'inclusion sociale des élèves. Les commissions pourraient aussi bien évidemment justifier le refus de mesures ou la prise de mesures non inclusives par la contrainte excessive. Ainsi, les tribunaux auraient des éléments par rapport auxquels évaluer les mesures prises par les commissions, ce qui leur éviterait de prendre part dans un débat d'experts sur un plan pédagogique. Quant à la place de l'intérêt de l'enfant dans le test, nous suggérons que ce critère soit examiné ensemble avec la contrainte excessive et l'atteinte aux droits des autres élèves. Les tribunaux seraient alors invités à développer le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de l'éducation en tenant compte des critères pertinents développés dans d'autres domaines, tels que la stabilité, l'âge et l'opinion de l'enfant.

Pour qu'un test particulier à l'éducation des enfants handicapés se développe, il faudrait que les recours des parents passent par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et que les plaintes portent sur la discrimination en matière d'éducation. L'allégation de discrimination serait fondée sur le refus des commissions scolaires d'adopter des accommodements raisonnables. En effet, une des raisons principales pour lesquelles les tribunaux semblent ne pas avoir adopté d'approche systématique face à cette problématique est certainement la variété des recours intentés¹¹¹. Le langage des accommodements s'est greffé à ces affaires diverses de manière peu méthodique. Alors que le Tribunal des droits de la personne a entamé une réflexion intéressante sur les accommodements en lien avec la discrimination envers les enfants handicapés dans l'affaire *Commission scolaire des Phares*, nous espérons que l'appel

¹¹¹ Allant des droits de la personne au droit des obligations, en passant par les droit de l'éducation: affaires fondées sur la *Charte des droits et libertés de la personne* (par exemple: *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Québec (Commission des droits de la personne)*, préc., note 54), la *Loi sur l'instruction publique* (par exemple: *L. H. c. Commission scolaire des Grandes-Seigneuries*, préc., note 89) et le *Code civil du Québec* [par exemple: *G.P. c. École secondaire Marie-Clarac*, 2008 CanLII 2896 (QC C.S.)].

permis de cette décision offrira l'occasion de mieux définir l'utilisation des accommodements raisonnables dans le sens suggéré par le Tribunal¹¹².

¹¹² *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 107.