

Le droit à l'égalité sous la loupe de la théorie critique du handicap

Marc-André Dowd

THIS ARTICLE PRESENTS A particular movement of critical analysis of law: the Critical Disability Theory. It examines how the work associated with this movement may provide a better understanding of the concept of substantive equality in Canadian law (Section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*). The article outlines the founding principles of Critical Disability Theory. It shows how this theory, in principle, explains the creation of disability and opposes it, in response, an enhanced conception of the concept of citizenship for people with disabilities. One point must be made: to be effective, this approach requires addressing systemic inequalities- whereas Canadian jurisprudence seems rather reserved. The author suggests that the concept of substantive equality must include a new dimension: that of representation, which enables people with disabilities to be involved in decisions that affect them.

CET ARTICLE PRÉSENTE UN courant particulier d'analyse critique du droit : la théorie critique du handicap. Il examine de quelle manière les travaux rattachés à ce courant peuvent aider à éclairer le concept d'égalité réelle en droit canadien (art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*). L'article expose les fondements de la théorie critique du handicap et montre comment cette théorie, dans ses principes, explique la création du handicap et y oppose, en réponse, une conception enrichie de la notion de citoyenneté pour les personnes en situation de handicap. Un constat s'impose : pour être effective, cette approche exige de s'attaquer aux fondements systémiques des inégalités observées- ce à quoi la jurisprudence canadienne semble plutôt réservée. L'auteur innove en proposant de reconnaître que le concept d'égalité réelle doit inclure une nouvelle dimension : celle de la représentation, qui permet aux personnes en situation de handicap d'être parties prenantes aux décisions qui les concernent.

TABLE DES MATIÈRES

Le droit à l'égalité sous la loupe de la théorie critique du handicap

Marc-André Dowd

- I. Introduction **187**
- II. Les fondements de la théorie critique du handicap **190**
 - A. Le mouvement des Critical Legal Studies **190**
 - B. La politique des identités **192**
 - C. La théorie critique et le langage **193**
- III. Les principes de la théorie critique du handicap **194**
 - A. La construction sociale du handicap **195**
 - B. Handicap, norme et pouvoir **197**
 - C. Handicap et reconnaissance **201**
 - D. Handicap, citoyenneté et redistribution **205**
- IV. Les fondements systémiques des inégalités **208**
- V. Le chaînon manquant: handicap et représentation **216**
- VI. Conclusion **219**

Le droit à l'égalité sous la loupe de la théorie critique du handicap

Marc-André Dowd*

I. INTRODUCTION

La notion d'égalité est susceptible de multiples acceptions, témoignant d'autant de conceptions politiques des rapports entre les individus dans une société¹. On comprend donc que l'interprétation du droit à l'égalité pose des défis importants aux juges canadiens². C'est, entre autres, ce qui a fait dire à la Cour suprême du Canada que l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après *Charte*)³ représente, peut-être,

* Chargé de cours et doctorant à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteur désire remercier sa directrice de recherche, la professeure Christine Vézina, pour ses judicieux commentaires et précieux conseils. Il remercie également la professeure Mélanie Samson pour lui avoir permis de jeter les bases de cette réflexion dans un séminaire portant sur les théories de l'interprétation juridique. Les idées exprimées dans cet article n'engagent que son auteur.

1 L'honorable Lynn Smith et William Black, «The Equality Rights» (2013) 62 SCLR (2^e) 301 à la p 302. Pour un bref tour d'horizon historique et philosophique de l'interprétation de la notion d'égalité et de son caractère polysémique, voir David Gilles, «L'égalité, valeur souveraine au cœur de la "démodotique" moderne» (2012) 42 RDUS 255.

2 Voir notamment Jonnette Watson Hamilton et Daniel Shea, «The Value of Equality in the Supreme Court of Canada: End, Means or Something Else?» (2010) 29 Windsor Rev Legal Soc Issues 125 à la p 141. Les auteurs analysent les opinions de cinq juges de la Cour suprême (Major, Cory, Iacobucci, Gonthier et L'Heureux-Dubé) de 1989 à 2005, sur la notion d'égalité. Leur conclusion est à l'effet suivant: «Our analysis revealed that the passages we looked at interpreted and constructed equality as a complex and multi-faceted concept with three types of value. Each of the five judges said equality was valuable as an end, instrumentally and constitutively, sometimes all in the same opinion» [italiques dans l'original].

3 *Charte canadienne des droits et libertés*, art 15(1), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R-U), 1982, c 11 [*Charte*]: «La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment

«la disposition de la *Charte* la plus difficile à comprendre au niveau conceptuel»⁴.

De l'arrêt fondateur *Andrews*⁵ à l'arrêt le plus récent sur le sujet, *Taypotat*⁶, la Cour suprême a peiné à préciser sa conception de l'égalité. Elle a d'abord proposé une approche fondée sur le contexte⁷ et l'effet⁸ de la mesure contestée. Elle a tenté ensuite, sans grand succès, de structurer une démarche d'analyse plus formelle dans l'arrêt *Law*⁹, fondée sur la démonstration d'une atteinte à la dignité humaine. Les écueils rencontrés l'ont convaincue de revenir à une approche moins rigide¹⁰. Dans l'état actuel du droit, il s'agit essentiellement de procéder à une «analyse souple et contextuelle visant à déterminer si [une] distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l'égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue»¹¹.

Une chose est cependant claire: de façon constante, la Cour suprême nous rappelle que l'égalité dont il est question à l'article 15 de la *Charte* est une égalité réelle et non seulement formelle. Dans l'arrêt *Kapp*, par exemple, la Cour suprême précise que les paragraphes 15(1) et 15(2) de la *Charte* «ont pour effet combiné de confirmer l'objet de l'art. 15 qui est de favoriser l'égalité réelle»¹². Dans les motifs anglais, l'expression «*substantive equality*» est utilisée.

Que signifie concrètement le concept d'égalité réelle? On a vu son sens fluctuer d'un jugement à l'autre. En fait, des auteurs remarquent que la Cour suprême semble avoir eu plus de facilité à définir ce que n'est pas l'égalité réelle qu'à tracer clairement les contours de cette notion¹³.

des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques».

4 *Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497 au para 2, 170 DLR (4^e) 1, juge Iacobucci [*Law*].

5 *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, 56 DLR (4^e) 1 [*Andrews* avec renvois aux RCS].

6 *Première Nation de Kahkewistahaw c Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 RCS 548 [*Première Nation de Kahkewistahaw*].

7 *R c Turpin*, [1989] 1 RCS 1296, 48 CCC (3^e) 8 [*Turpin* avec renvois aux RCS]; Voir aussi *Weatherall c Canada (PG)*, [1993] 2 RCS 872, 105 DLR (4^e) 210.

8 *Andrews*, *supra* note 5 à la p 165, juge McIntyre, dissident mais pas sur ce point.

9 *Law*, *supra* note 4.

10 *R c Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 RCS 483 [*Kapp*].

11 *Québec (PG) c A*, 2013 CSC 5 au para 331, [2013] 1 RCS 61, juge Abella [*Québec*].

12 *Kapp*, *supra* note 10 au para 16, juge en chef McLachlin et juge Abella.

13 Carissima Mathen, «The Upside of Dissent in Equality Jurisprudence» (2013) 63 SCLR (2^e) 111 à la p 128; Smith et Black, *supra* note 1 à la p 320.

L'objectif de cet article consiste à présenter un courant particulier d'analyse critique du droit—la théorie critique du handicap¹⁴—et à voir comment les travaux rattachés à ce courant peuvent nous aider à éclairer le concept d'égalité réelle en droit canadien¹⁵.

La pertinence de cette théorie pour analyser l'interprétation du droit à l'égalité au Canada apparaît manifeste en ce que les auteurs qui y sont liés rattachent toute leur démarche à la recherche d'une véritable égalité réelle pour les personnes en situation de handicap. C'est une théorie politiquement engagée, qui poursuit ouvertement un de l'objectif¹⁶ :

Son but n'est pas la théorie pour le plaisir de théoriser, ou même pour l'avancement des connaissances et une meilleure compréhension; c'est une théorisation *visant l'appropriation du pouvoir* («*empowerment*») et *l'égalité réelle, non seulement formelle* [nos italiques, notre traduction]¹⁷.

Ce mouvement œuvre donc ouvertement à la fois sous un angle de critique théorique, tout en poursuivant des visées de réforme du droit. Par leur objectif assumé, les travaux qui se rattachent à ce mouvement devraient nous aider à évaluer si la Cour suprême du Canada répond à sa promesse de rechercher une véritable égalité réelle¹⁸.

Nous exposerons ainsi les fondements de la théorie critique du handicap (II). Nous aborderons ensuite comment cette théorie, dans ses principes, explique la création du handicap et y oppose, en réponse, une conception enrichie de la notion de citoyenneté pour les personnes en situation

14 Il s'agit de la traduction que nous proposons du courant nommé, en anglais, *Critical Disability Theory*.

15 Nous présentons ici les principes généraux de la théorie. D'autres analyses critiques mettent l'accent sur le croisement des motifs de discrimination (intersectionnalité) qui viennent donner une singularité aux expériences vécues par les personnes en situation de handicap qui appartiennent également à d'autres groupes susceptibles de vivre de la discrimination. Voir par ex Alyssa Clutterbuck, «*Rethinking Baker: A Critical Feminist Race Theory of Disability*» (2015) 20 *Appeal* 51.

16 Tout au long du texte, les traductions proposées sont celles de l'auteur.

17 Richard Devlin et Dianne Pothier, «*Introduction: Toward a Critical Theory of Dis-Citizenship*» dans Dianne Pothier et Richard Devlin, dir, *Critical Disability Theory: Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2006, 1 à la p 8.

18 *Vriend c Alberta*, [1998] 1 RCS 493 au para 68, 67 Alta LR (3^e) 1, juges Cory et Iacobucci. La Cour suprême a d'ailleurs reconnu les défis posés par cette approche :

Presque intuitivement, tous comprennent la notion et le principe de l'égalité et y sont attachés. Il est facile de louer l'égalité comme le fondement d'une société juste qui permet à chacun de vivre dans la dignité et l'harmonie au sein de la collectivité. La difficulté consiste à la réaliser concrètement. Si difficile soit-il, cet objectif mérite qu'on livre une rude bataille pour l'atteindre.

de handicap (III). Nous verrons que, pour être efficace, cette approche exige de s'attaquer aux fondements systémiques des inégalités (ce à quoi la jurisprudence canadienne semble plutôt réservée) (IV). Or, cela ne devient possible que si l'on accepte de reconnaître que le concept d'égalité réelle doit inclure une nouvelle dimension: celle de la représentation, qui permet aux personnes en situation de handicap d'être parties prenantes aux décisions qui les concernent (V). Cette dernière partie représente ici une proposition originale visant à faire évoluer l'interprétation du droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la *Charte*.

II. LES FONDEMENTS DE LA THÉORIE CRITIQUE DU HANDICAP

Afin d'ancrer notre démonstration sur des bases solides, trois éléments distincts, mais liés, seront ici brièvement présentés: le mouvement des *Critical Legal Studies*, la politique des identités et les liens entre le langage et la théorie critique.

A. Le mouvement des *Critical Legal Studies*

On peut rattacher la théorie critique du handicap au mouvement plus large des *Critical Legal Studies*. Se fondant originellement sur les travaux de Max Horkheimer sur la *Critical Theory*¹⁹, ce mouvement refuse la posture positiviste et la soi-disant objectivité du chercheur: entre ce dernier et son objet de recherche en sciences sociales s'instaure nécessairement une relation interactive. L'objectif visé par la théorie va au-delà de la connaissance scientifique et de la seule explication d'un phénomène. Il s'agit également d'agir sur l'objet étudié afin de le faire évoluer dans un sens souhaité: «maximiser la liberté humaine et mettre fin à la domination de certains groupes sur d'autres, en fonction des rapports de classe, de pouvoir, de race ou d'autres catégories socialement construites» [notre traduction]²⁰. Il faut alors expliquer ces phénomènes d'oppression et mettre en place les conditions visant la transformation de la société en vue d'une réelle émancipation humaine.

19 Max Horkheimer, «Traditional and Critical Theory» dans Max Horkheimer, dir, *Critical Theory: Selected Essays*, traduit par Matthew J O'Connell et al, Toronto, Herder and Herder, 1972, 188.

20 David L Hosking, «Critical Disability Theory» 4th Biennial Disability Studies Conference, présentée à Lancaster University, 2-4 septembre 2008 [non-publiée], en ligne: <www.lancaster.ac.uk/fass/events/disabilityconference_archive/2008/papers/hosking2008.pdf> à la p 3.

Quels que soient leurs points focaux d'analyse (comme le genre, la race, l'orientation sexuelle ou le handicap), les différentes théories critiques sont donc, à la fois et en même temps, explicatives, pratiques et normatives:

C'est-à-dire qu'elle doit expliquer ce qui ne va pas avec la réalité sociale actuelle; identifier les acteurs en mesure de changer cette réalité, et offrir à la fois des normes claires pour la critique et des objectifs pratiques réalistes en vue d'une transformation sociale [notre traduction]²¹.

Appliqués au champ du droit, ces principes vont se conjuguer à ceux du réalisme juridique (*Legal Realism*) pour donner naissance au courant des *Critical Legal Studies*. Le réalisme juridique s'intéresse au fonctionnement concret et réel d'un système de justice. Il rejette comme étant trop simpliste l'idée d'une pure rationalité du raisonnement juridique (le juge, par une interprétation raisonnée, appliquant objectivement les règles de droit à une situation de fait donnée). Au-delà de l'application des règles de droit substantives et procédurales, d'autres facteurs influenceront la décision: la personnalité et les valeurs des participants au système judiciaire, de même que les pressions politiques et sociales et l'idéologie prévalant dans une société donnée. Il en résulte une conviction que le droit est, par nature, indéterminé²².

Cette indétermination exige alors de considérer l'apport essentiel d'autres disciplines (comme l'économie, la psychologie ou la science politique) pour bien comprendre la nature du droit et son rôle dans la société. Le mouvement des *Critical Legal Studies* considère, notamment, que les facteurs politiques et sociaux peuvent avoir une influence importante sur les «produits du droit» («*Legal outcomes*»), comme les décisions judiciaires²³. Dans sa conception la plus extrême, droit et politique ne font plus qu'un: «[l]aw is simply politics dressed in different garb; it neither operates in a historical vacuum nor does it exist independently of ideological struggles in society»²⁴.

Le mouvement des *Critical Legal Studies* considère le droit comme participant au contrôle social et permettant la reproduction des dominations

21 James Bohman, «Critical Theory» dans *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* par Edward N Zalta, dir, en ligne: <<http://plato.stanford.edu/entries/critical-theory/>>.

22 Hosking, *supra* note 20 à la p 4.

23 *Ibid.*

24 Allan C Hutchison et Patrick J Monahan, «Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought» (1984) 36 *Stan L Rev* 199 à la p 206.

et oppressions. Le but visé par les auteurs rattachés à ce mouvement est donc de déconstruire le droit afin de démontrer en quoi il reflète les intérêts des classes dominantes et perpétue les relations de pouvoir inégalitaires au sein de la société²⁵.

B. La politique des identités

Un autre élément s'ajoute pour bien comprendre la spécificité de la théorie critique du handicap: il s'agit de la politique des identités («*Identity Politics*»), qui s'est développée aux États-Unis à partir des années soixante-dix:

Elle désignait un nouveau phénomène politique: l'entrée, sur la scène de la démocratie, de minorités réputées marginales ou opprimées. C'était un tournant pour la conception libérale de la politique qui fait de l'individu le seul acteur de la citoyenneté. Des acteurs collectifs d'un type nouveau apparaissaient, dont la légitimité ne se recommandait plus de la seule politique — comme les partis politiques et les syndicats d'antan —, mais de la culture, de la religion ou de l'identité ethnique. Une idéologie légitimait leur constitution comme acteurs: leur condition de victime et leur lutte contre la domination et la discrimination qu'ils étaient censés subir. La culture et l'identité devinrent alors des facteurs politiques²⁶.

C'est dans ce contexte que se manifestent peu à peu des mouvements sociaux forts en faveur des droits des femmes, des minorités racialisées, ethniques ou sexuelles et des personnes en situation de handicap. Investissant le champ du droit, des chercheurs et chercheuses issus de ces divers mouvements identitaires vont bientôt critiquer les écrits rattachés au courant des *Critical Legal Studies*, comme ayant inadéquatement décrits les mécanismes spécifiques d'exclusion qui jouent dans l'oppression de groupes minoritaires particuliers. On assistera donc, dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, au développement de plusieurs courants d'analyse critique se rattachant à autant de groupes particuliers: analyse féministe du droit, théorie critique de la race (*Critical Race Theory*) et «*Queer Theory*» pour les minorités sexuelles. C'est dans cette mouvance de la politique de l'identité que se développe la théorie critique du handicap.

25 Hosking, *supra* note 20 à la p 5.

26 Shmuel Trigano, «Introduction» dans Shmuel Trigano, dir, *L'Universel et la politique des identités*, Paris, Éditions de l'éclat, 2010 à la p 11.

C. La théorie critique et le langage

Une parenthèse est ici ouverte pour préciser un élément important. Les théories critiques rejettent l'idée que le langage utilisé pour parler d'un objet d'études est neutre. Le choix d'un terme pour désigner quelque chose (ou quelqu'un) sous-tend des conceptions idéologiques et revêt, par essence, une signification politique, notamment par les préconceptions et images positives ou négatives véhiculées²⁷. Le domaine de la théorie critique du handicap n'y fait pas exception²⁸. Ainsi, en langue anglaise, un débat a opposé les partisans de l'utilisation de l'expression «*People with disabilities*» à ceux qui privilégient «*Disabled people*» :

People with disabilities? Or disabled people? There are ongoing and unresolved debates about ways to talk about disability. It is common practice to use what is called “people first” language. This is the results of arguments made by some disability scholars/activists that “we are people first, and disabled only incidentally”. The strategy here is to use language to dislodge bodily difference, “impairment” and/or limitation as a “master status” in defining how people are perceived and treated. We are comfortable with this terminology but we are also aware of arguments made recently by other scholars/activists that “disability” is not only such a primary but such a valued aspect of identity (and also of social perception) that it is not possible or even advantageous to push it to the periphery. From this perspective “disabled” does not signify “damaged” identity. Instead, it is a differently legitimate form of personhood that can be fully incorporated into a valued self²⁹.

Dans le cadre de cet article, l'utilisation du terme «*personne en situation de handicap*» est préférée à celle de «*personne handicapée*». Il est vrai que cette dernière expression est plus largement utilisée et qu'elle fait l'objet d'une définition dans la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale*³⁰. Tou-

27 Hosking, *supra* note 20 à la p 13.

28 Helen Meekosha et Russell Shuttleworth, «What's so “critical” about critical disability studies?» (2009) 15:1 Austl J H R 47 à la p 49.

29 Ryerson RBC Foundation Institute for Disability Studies, *Doing Disability at the Bank: Discovering the Work of Learning/Teaching done by Disabled Bank Employees*, par Kathryn Church et al, 2007 à la p 2, n 2, en ligne: <www.rbc.com/diversity/pdf/Ryerson_Report_Oct-07.pdf>.

30 RLRQ, c E-20.1, art 1(g): «toute personne ayant une déficience entraînant une incapacité significative et persistante et qui est sujette à rencontrer des obstacles dans l'accomplissement des activités courantes».

tefois, à notre avis, l'expression « personne en situation de handicap » rend mieux compte de la dynamique particulière qui crée le handicap—elle ne met pas l'accent sur la *déficience*³¹ de la personne, mais plutôt sur l'inadéquation de son environnement face à sa *différence*:

Cette formulation [personne en situation de handicap] situe parfaitement le problème. Elle met en évidence le fait que ce sont le cadre de vie et l'organisation sociale, du fait de contraintes incompatibles avec les capacités restreintes d'une partie croissante de la population, qui créent le handicap. Elle convient à toutes les formes de limitations fonctionnelles: physiques, sensorielles, mentales et psychiques. Cette notion met l'accent sur la nécessaire évolution d'un environnement physique et humain handicapant et sur le fait qu'il n'est pas nécessaire d'être « infirme » (ou « déficient » selon une nouvelle terminologie aussi stigmatisante que l'ancienne) pour être en situation de handicap ou de pénibilité³².

III. LES PRINCIPES DE LA THÉORIE CRITIQUE DU HANDICAP

À la base de la théorie critique du handicap, on trouve un postulat (bien soutenu par des données socio-économiques fiables, nombreuses et convergentes): les personnes en situation de handicap sont plus susceptibles de vivre l'exclusion sociale et la marginalisation³³.

Dans la perspective de cette théorie critique, le handicap est socialement construit (A). Il est confirmé par l'utilisation de normes qui ne sont pas adaptées aux personnes en situation de handicap et renforcé par l'absence de pouvoir dans la détermination de ces normes (B). Il faut donc en arriver à mettre fin à la « hiérarchie des différences » entre ceux qui satisfont aux normes et les autres, de manière à assurer à toute personne

31 « Insuffisance physique ou intellectuelle; faiblesse: déficience musculaire ». Voir *Dictionnaire de français Larousse*, sub verbo « déficience », en ligne: <www.larousse.fr/dictionnaires/francais/d%C3%A9ficience/22670?q=d%C3%A9ficience#22550>.

32 Claude Hamonet, *Les personnes handicapées*, 5^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1990 aux pp 3-4.

33 Les personnes en situation de handicap qui constituent environ 10 % de la population, « représentent, encore aujourd'hui, une population globalement en situation de pauvreté, moins scolarisée, en moins bonne santé et isolée socialement ». Voir par ex Office des personnes handicapées du Québec, *À part entière: pour un véritable exercice du droit à l'égalité*, Drummondville, Bibliothèques et Archives nationales du Québec, 2009, en ligne: <www.ophq.gouv.qc.ca/fileadmin/documents/Politique_a_part_entiere_Acc.pdf> aux pp 15-16; Mary Ann McColl et al, « Disability Policy Making: Evaluating the Evidence Base » dans Dianne Pothier et Richard Devlin, dir, *Critical Disability Theory: Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2006, 25 à la p 38.

en situation de handicap une véritable égalité de bénéfices (C). C'est à ces conditions qu'une approche fondée sur le concept de «citoyenneté» des personnes en situation de handicap pourra être instaurée et leur garantir une participation sociale et politique effective (D).

A. La construction sociale du handicap

Le choix assumé du vocable «personne en situation de handicap» témoigne d'un désir de marquer notre adhésion au modèle de construction sociale du handicap. On retrouverait, en effet, quatre approches distinctes pour définir la façon dont le handicap se forme³⁴. Ces approches se classent en deux catégories. D'une part, les approches biomédicale et fonctionnelle envisagent le handicap comme une problématique individuelle. D'autre part, l'approche environnementale et celle fondée sur les droits de la personne conçoivent le handicap davantage comme une problématique sociale.

Ainsi, selon l'approche biomédicale³⁵, le handicap découle des conséquences d'une caractéristique biologique de la personne. On cherchera à traiter le handicap à travers la médecine et le développement des biotechnologies. Les efforts de prévention du handicap se feront, entre autres, par du dépistage génétique. La responsabilité sociale à l'égard des personnes en situation de handicap est celle de tenter de guérir ou de corriger les caractéristiques biologiques anormales.

L'approche fonctionnelle³⁶ envisage plutôt le handicap comme la conséquence des limitations des capacités de la personne en raison de sa déficience. Le traitement est alors assuré par des services de réadaptation. La prévention est envisagée comme favorisant un accès rapide au diagnostic et aux traitements pertinents, de manière à assurer des limitations les plus minimales possible à la personne. La responsabilité sociale est celle d'améliorer la situation individuelle des personnes en situation de handicap et d'assurer leur confort.

34 La présente section résume, dans ses grandes lignes, un extrait du chapitre suivant: Marcia H Rioux et Fraser Valentine, «Does Theory Matter? Exploring the Nexus between Disability, Human Rights, and Public Policy» dans Dianne Pothier et Richard Devlin, dir, *Critical Disability Theory: Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2006, 47 aux pp 47-69.

35 *Ibid* aux pp 49-50.

36 *Ibid*.

L'approche environnementale³⁷, comme son nom l'indique, estime que le handicap est plutôt lié à des facteurs environnementaux qui entourent la personne en situation de handicap. Le traitement et la prévention se feront par l'élimination des barrières physiques, sociales et/ou économiques qui empêchent la personne en situation de handicap de jouir des mêmes avantages que les autres membres de sa communauté. La responsabilité sociale qui en découle est celle d'éliminer les barrières systémiques qui créent cet état de fait afin de favoriser une meilleure égalité des chances.

Enfin, l'approche fondée sur les droits de la personne³⁸ met l'accent sur les conséquences de l'organisation sociale et des rapports de force entre les individus dans la société. Il s'agira, en premier lieu, de reconnaître que le handicap est construit par les rapports sociaux, pour agir ensuite, de façon systémique, par la reformulation des politiques économiques et sociales dans le but de permettre aux personnes en situation de handicap de profiter le plus possible des mêmes bénéfices offerts à tous les membres de la communauté. La conception de l'égalité qui est privilégiée est celle de l'égalité de bénéfices («*equality of outcomes*»). Cette approche ne devient véritablement possible que lorsqu'on s'intéresse à la question de la répartition du pouvoir dans notre société dans le but de reconnaître un droit à la participation politique des personnes en situation de handicap dans les décisions qui les concernent. C'est à cette dernière approche que nous nous attarderons principalement dans la suite de ce texte.

À noter que chacune des approches peut convenir dans un contexte d'action particulier. L'approche biomédicale peut être appropriée pour des chercheurs et chercheuses en génétique, de même que l'approche fonctionnelle pour des professionnels de la réadaptation. Toutefois, les politiques sociales et économiques concernant les personnes en situation de handicap devraient davantage emprunter à l'approche environnementale et à celle fondée sur les droits de la personne, selon les auteurs liés au courant de la théorie critique du handicap³⁹. De plus, des problèmes de cohérence sont observés parce que différentes politiques sociales, touchant divers secteurs (santé, services sociaux, éducation, services de garde, etc.) emploient indistinctement des conceptions divergentes du handicap⁴⁰.

37 *Ibid* aux pp 51–52.

38 *Ibid* aux pp 52–53.

39 *Ibid* à la p 66.

40 *Ibid* aux pp 53, 58.

B. Handicap, norme et pouvoir

Les réflexions entourant la recherche d'une plus grande égalité entre les membres d'une communauté, dans le contexte d'une économie libérale comme la nôtre, ont très souvent comme point de départ les travaux fondateurs de John Rawls, en particulier son ouvrage classique *A Theory of Justice*⁴¹. Mais, les théories de Rawls sur la justice distributive et l'égalité des chances rencontrent rapidement des limites lorsqu'on tente de les appliquer aux personnes en situation de handicap. La raison repose sur un des postulats fondamentaux à la base de la théorie de Rawls :

La justice comme équité est présentée surtout comme une tentative de formulation d'une position claire et précise de ce qui a été la question fondamentale de la philosophie politique dans la tradition démocratique: quels sont les principes les plus appropriés pour spécifier les termes équitables de la coopération lorsque la société est conçue comme un système de coopération entre citoyens conçus comme libres et égaux, *et comme des membres normaux et pleinement coopérants de la société pendant une vie complète* [nos italiques]⁴²?

Ainsi, Rawls précise que son modèle théorique repose sur des personnes aux capacités normales, qui sont ainsi définies :

Maintenant, je dois postuler que chacun a des besoins et capacités physiques et psychologiques qui se situent dans une gamme normale. Dès lors, les questions relatives aux soins médicaux particuliers et à la façon de traiter les handicapés mentaux (« *mentally defective* ») ne se posent pas. En plus d'introduire prématurément des notions qui nous amènent hors du cadre d'une théorie de la justice, le fait de considérer ces cas lourds est à risque de distraire notre perception morale en nous amenant à penser à des personnes distantes de nous et dont le destin inspire pitié et anxiété [notre traduction]⁴³.

On imagine sans peine que, sous l'angle de la théorie critique du handicap, ce précédent passage (en particulier son dernier segment) ait sou-

41 John Rawls, *A Theory of Justice*, éd révisée, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1999 [Rawls, *Theory of Justice*].

42 John Rawls, *La justice comme équité: une reformulation de Théorie de la Justice*, traduit par Bertrand Guillarme, Paris, Éditions La Découverte, 2003 à la p 239, n 59 [Rawls, *Justice comme équité*].

43 Rawls, *Theory of Justice*, supra note 41 aux pp 83-84.

levé des critiques sévères⁴⁴, en particulier en sous-entendant une distance, voire une rupture, entre le groupe des personnes en situation grave de handicap et celui des personnes capables d'être «productives» dans l'interaction sociale au sein de la communauté⁴⁵.

Ainsi, dans les travaux sur le libéralisme, cette notion de productivité est fondamentale. La norme est fondée sur les capacités de la personne qui n'est pas en situation de handicap et qui est pleinement productive et cette norme est privilégiée. C'est ce qui amène les conséquences suivantes:

De façon corollaire, il est présumé inévitable que les structures fondant l'organisation de la société soient articulées autour de normes qui reflètent la situation d'une personne «valide» ou en bonne santé [«able-bodied norms»] et que la productivité est essentielle à la personnalité ou à l'identité individuelle [«personhood»]. Le but de la théorie critique du handicap est de remettre en question ces présomptions afin que les personnes en situation de handicap puissent participer de façon plus complète à la société contemporaine [notre traduction]⁴⁶.

Dans cette perspective, le handicap n'a pas une nature essentialiste. C'est plutôt certaines caractéristiques personnelles, qui en fonction de jugements de valeurs, seront perçues comme «défectueuses». En ce sens, le handicap est socialement «fabriqué». Ce qui le crée, c'est la réponse que la société apporte aux situations particulières des personnes qui se situent en marge de la «norme»⁴⁷.

44 Ravi A Malhotra, «Justice as Fairness in Accommodating Workers with Disabilities and Critical Theory: The Limitations of a Rawlsian Framework for Empowering People with Disabilities in Canada» dans Dianne Pothier et Richard Devlin, dir, *Critical Disability Theory: Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2006, 70 aux pp 70–86.

45 Rawls reconnaît toutefois un devoir de solidarité envers les personnes en situation grave de handicap, mais dans des termes qui exigeraient de compléter la réflexion sur le modèle qu'il propose. Voir Rawls, *Justice comme équité*, *supra* note 42 à la p 239, n 59:

Je n'ai pas examiné les cas les plus extrêmes, mais ce n'est pas pour dénier leur importance. J'estime qu'il est évident, et admis par le sens commun, que nous avons un devoir envers tous les êtres humains, quelle que soit la gravité du handicap qui les touche. La question porte sur l'importance de ces devoirs lorsqu'ils entrent en conflit avec d'autres revendications. Il nous faut envisager d'examiner si la justice comme équité peut être étendue pour produire des orientations dans ces cas, et sinon, si elle doit être rejetée plutôt que complétée par une autre conception. Il est prématuré d'aborder ici ces questions.

46 Devlin et Pothier, *supra* note 17 à la p 2.

47 *Eldridge c Colombie-Britannique* (PG), [1997] 3 RCS 624 au para 56, 151 DLR (4^e) 577, juge La Forest [*Eldridge*]. La Cour suprême du Canada reconnaît d'ailleurs cet état de fait lorsqu'elle affirme:

Ainsi entendu, le handicap ne peut donc se comprendre que par son contexte:

Le fait qu'une personne soit «handicapée» est grandement dépendant de notre organisation sociale—non seulement dans la manière dont nous construisons nos bâtiments et systèmes de transports, mais également dans les critères de performance utilisés pour évaluer les personnes [notre traduction]⁴⁸.

Pour illustrer cette réalité, prenons une classe de dix élèves où l'un d'entre eux présente une déficience visuelle importante. Si le professeur distribue des copies d'un article en format papier, l'élève qui ne peut le lire en raison de sa déficience visuelle sera considéré par tous comme étant en situation de handicap. La norme acceptée est la capacité de lire ce document dans le format où il a été distribué. Supposons que le professeur apporte maintenant seulement des copies en braille du même document. L'élève qui présente la déficience visuelle pourra maintenant le lire, mais aucun autre de ses collègues n'en sera capable (à supposer qu'ils ne connaissent pas le braille!). Est-ce que les neuf autres élèves se retrouvent alors en situation de handicap? Ils croiront plutôt à une erreur du professeur et demanderont le document dans son format «normal».

Or, la théorie critique du handicap propose justement d'inverser la perspective, pour mettre l'accent sur le contexte qui engendre les inégalités en raison du handicap:

C'est pourquoi le contexte est si important pour la théorie critique du handicap. Parce que c'est une théorie qui émerge du terrain [*«bottom up»*], à partir des expériences concrètes de vie des personnes en situation de handicap, plutôt que de la perspective descendante (*«top down»*) provenant d'une tour d'ivoire désincarnée [notre traduction]⁴⁹.

En ce sens, le choix de la Cour suprême du Canada de privilégier une conception de l'égalité réelle, qui s'intéresse, au moyen d'une analyse

Ce désavantage historique a, dans une large mesure, été créé et perpétué par l'idée que la déficience est une anomalie ou un défaut. En conséquence, les personnes handicapées n'ont généralement pas obtenu «l'égalité de respect, de déférence et de considération» que commande le par. 15(1) de la *Charte*. Au lieu de cela, elles ont fait l'objet d'attitudes paternalistes inspirées par la pitié et la charité, et leur intégration à l'ensemble de la société a été assujettie à leur émulation des normes applicables aux personnes physiquement aptes.

48 Devlin et Pothier, *supra* note 17 aux pp 5–6.

49 *Ibid* à la p 9.

contextuelle⁵⁰, à l'effet concret des mesures contestées⁵¹, selon la perspective particulière de la personne en situation de handicap⁵² va dans le sens souhaité par les auteurs et auteures rattachés à la théorie critique du handicap.

Les normes dominantes sont ainsi engendrées par les valeurs sociales, les priorités institutionnelles et la volonté politique. C'est donc, d'abord et avant tout, une question de pouvoir: sur ce qui reçoit de la valeur et ce qui est, en conséquence, marginalisé ou dévalorisé.

L'argument central de la théorie critique du handicap est que le handicap n'est pas, d'abord et avant tout, une question de santé ou de médecine, pas plus qu'une question de sensibilité ou de compassion; il s'agit d'une question politique portant sur le pouvoir, *ou plutôt l'absence de pouvoir*,

50 *Turpin*, *supra* note 7 aux pp 1331-1332, juge Wilson. Dès 1989, dans l'arrêt *Turpin*, cette exigence d'une analyse contextuelle sera précisée:

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. [...] *En conséquence, ce n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage* [nos italiques].

Voir aussi *Première Nation de Kahkewistahaw*, *supra* note 6 au para 16, juge Abella (cet élément fondamental dans l'interprétation du droit à l'égalité a été repris avec constance, jusqu'à la jurisprudence la plus récente).

51 *Andrews*, *supra* note 5 à la p 165, juge McIntyre, dissident mais pas sur ce point. Cette exigence a été formulée dès l'arrêt fondateur de toute la jurisprudence en matière de droit à l'égalité en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi [...] *la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné*. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre [nos italiques].

52 *Eaton c Conseil scolaire de Brant*, [1997] 1 RCS 241 au para 66, 142 DLR (4^e) 385, juge Sopinka:

Les principes voulant que toute distinction fondée sur un motif illicite ne constitue pas une discrimination et que les distinctions fondées sur des caractéristiques plutôt présumées que réelles soient en général les signes révélateurs de la discrimination ont une importance particulière lorsqu'ils sont appliqués à une déficience physique ou à une déficience mentale. Pour éviter la discrimination fondée sur ce motif, *il faudra souvent établir des distinctions en fonction des caractéristiques personnelles de chaque personne handicapée* [nos italiques].

détenu par les personnes en situation de handicap⁵³. La théorie critique du handicap rejoint ainsi, sans surprise, d'autres écoles critiques du droit comme la théorie féministe du droit, la *Critical Race Theory* ou la *Queer Theory*.

Ce qui crée le handicap est, donc l'incapacité de pouvoir agir sur la détermination de la norme qui nous est imposée et ces déterminations sont d'une importance capitale pour les personnes en situation de handicap :

La manière dont les sociétés divisent les corps «normaux» et «anormaux» est centrale dans la production du sens de ce que signifie être «humain» dans une société. Cela définit l'accès aux communautés et aux nations. Cela détermine les choix offerts et les possibilités de participation à la vie civique. Cela détermine ce qui constitue des hommes et des femmes «rationnels», qui d'entre eux auront le droit de participer à la société et qui en seront exclus [notre traduction]⁵⁴.

On voit, donc que la question de l'inclusion sociale des personnes en situation de handicap est au centre des préoccupations des auteurs liés à la théorie du handicap. De plus, c'est par le biais d'une réflexion sur la notion de citoyenneté que ces auteurs abordent souvent la question de l'égalité réelle.

C. Handicap et Reconnaissance

Une exigence préalable à cette inclusion sociale se pose toutefois; il faut mettre fin à la hiérarchie des différences en ce qui concerne le handicap. Si le handicap est toujours perçu comme une malchance ou une infortune (comme dans les travaux de Rawls), cela contribue à perpétuer cette hiérarchie puisque, par définition, la chance est plus souhaitable que la malchance! Il faut, donc en arriver à embrasser une conception de la nature humaine qui accueille toutes les différences personnelles dans une véritable perspective d'inclusion.

Au premier abord, ce discours peut sembler utopique. Pourtant, d'autres groupes victimes de discrimination ont réussi à attaquer cette hiérarchie des différences. Les personnes des minorités sexuelles (gaies, lesbiennes, bisexuelles) ont fait, à cet égard, des pas de géant. Partis d'une situation où leurs relations affectives soulevaient l'opprobre social et où

53 Devlin et Pothier, *supra* note 17 à la p 2.

54 Meekosha et Shuttleworth, *supra* note 28 à la p 65.

le droit criminel pouvait même, avant 1969, être mobilisé contre elles, ces personnes ont réussi à obtenir la pleine reconnaissance de la valeur de leurs unions avec l'accès au mariage civil pour les personnes de même sexe. Toute la jurisprudence de la Cour suprême du Canada concernant le droit à l'égalité des personnes homosexuelles a permis d'affirmer graduellement le rejet d'une hiérarchie: le couple formé d'un homme et d'une femme n'est pas considéré supérieur ou meilleur au couple formé par deux personnes du même sexe⁵⁵. La reconnaissance juridique progressive de leurs droits a permis de rendre visibles les couples de même sexe en donnant une légitimité certaine à leurs revendications.

De même, encore plus récemment, les personnes transsexuelles et transgenres ont obtenu au Québec, une reconnaissance graduelle de leur existence et de leurs besoins particuliers⁵⁶, ce qui contribue grandement à les rendre «visibles» et donc, légitimes dans le discours public. Le genre, traditionnellement conçu sur un mode binaire, se présente aujourd'hui d'une manière un peu plus fluide, en visant à remettre en question la supériorité «naturelle» de ce qui constitue un «vrai» homme ou une «vraie» femme. La reconnaissance de «l'identité ou l'expression de genre»⁵⁷ comme nouveau motif de discrimination au cœur de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁸ témoigne de la même volonté de rejet de cette hiérarchie.

Pour les personnes en situation de handicap, c'est donc l'invisibilité qui est décriée par les tenants de la théorie critique du handicap⁵⁹. Elle est encouragée par l'application (consciente ou non) de nos stéréotypes

55 *M c H*, [1999] 2 RCS 3 au para 73, 171 DLR (4^e) 577, juge Cory. L'extrait suivant de cette décision est éloquent à cet égard:

L'exclusion des partenaires de même sexe du bénéfice [de la loi] conduit à penser que M., et en général les personnes formant des unions avec une personne du même sexe, sont *moins dignes de reconnaissance* et de protection. C'est laisser entendre qu'elles sont jugées incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière par rapport aux couples de sexe différent, indépendamment de leur situation réelle [...] [U]ne telle exclusion perpétue les désavantages que subissent les personnes formant une union avec une personne du même sexe et contribue à les rendre invisibles [nos italiques].

56 Voir par ex le récent PL 103, *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, 1^{re} sess, 41^e lég, Québec, 2016 (adopté à l'unanimité par l'Assemblée nationale du Québec et sanctionné le 10 juin 2016), LQ 2016, c 19.

57 *Ibid*, art 11.

58 RLRQ, c C-12, art 10.

59 Michael J Prince, *Absent Citizens: Disability, Politics and Policy in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2009.

et préjugés qui nous font accepter, sans les questionner, la supériorité de ceux qui satisfont à la « norme » sur les autres. L'objectif est, donc de travailler à l'élimination graduelle de cette « hiérarchie des différences » en ce qui concerne les personnes en situation de handicap. Il faut en arriver à rejeter la primauté automatique de la « norme » sur tout ce qui s'en écarte, sans examen plus approfondi. C'est là qu'intervient la première dimension du droit à l'égalité réelle: celle de la reconnaissance.

La dimension de la reconnaissance se fonde sur le fait que le groupe social des personnes en situation de handicap est souvent défini comme différent, voire déviant (notamment pour les troubles de santé mentale ou la séropositivité), ce qui contribue à rendre les expériences personnelles, perspectives et aspirations de ses membres marginales, sinon invisibles⁶⁰. Ainsi, le pouvoir, le prestige et les privilèges, tous des éléments centraux de la stratification sociale, sont distribués sur la base des notions de capacité et de normalité, dégradant ainsi le statut des personnes en situation de handicap⁶¹. Les questions culturelles et symboliques, notamment le langage utilisé, ont leur importance: ainsi, on ne parle plus d'un déficient ou d'un handicapé, mais d'une personne handicapée ou en situation de handicap. Dans cette conception, le « mal de la discrimination » n'est pas d'abord socio-économique, mais plutôt culturel et symbolique⁶² et il importe d'apporter une attention particulière à la lutte aux préjugés et aux stéréotypes qui sont susceptibles d'engendrer la discrimination. C'est la voie privilégiée qu'a empruntée, jusqu'à récemment⁶³, la Cour suprême du Canada dans son interprétation de l'article 15(1) de la *Charte*⁶⁴.

Pour l'interprétation du droit à l'égalité des personnes en situation de handicap, l'enjeu tourne autour de ce que certains ont appelé le « dilemme

60 Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, New Jersey, Princeton University Press, 1990 à la p 88.

61 Prince, *supra* note 59 à la p 71.

62 Luc B Tremblay, « Promoting Equality and Combating Discrimination Through Affirmative Action: The Same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Paradigm » (2012) 60:1 Am J Comp L 181 à p 189.

63 *Québec*, *supra* note 11 au para 327. La majorité de la Cour suprême du Canada affirme: « [i] faut se garder de considérer que les arrêts *Kapp* et *Withler* ont pour effet d'imposer aux demandeurs invoquant l'art. 15 l'obligation additionnelle de prouver qu'une distinction perpétue une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes à leur endroit ». Ceci ouvre ainsi la porte à la reconnaissance potentielle d'une discrimination, même en l'absence d'une preuve liée à un préjugé ou un stéréotype.

64 Tremblay, *supra* note 62 à la p 183. Au soutien de sa conclusion, l'auteur étudie les arrêts *Andrews*, *Law* et *Kapp*.

de la différence»⁶⁵. Comme la signification du handicap est liée à son contexte, il nous faut déterminer quand tenir compte de la différence et quand l'ignorer afin de respecter le droit à l'égalité d'une personne en situation de handicap.

La Cour suprême du Canada reconnaît cette particularité de la discrimination fondée sur le handicap, dans l'affaire *Martin*, où était en cause un régime législatif encadrant les accidents du travail en Nouvelle-Écosse. Ce régime établissait une distinction qui limitait sérieusement, de diverses façons, les possibilités d'indemnisation et de recours pour les accidentés du travail souffrant de douleur chronique (comme la fibromyalgie). Examinant le caractère discriminatoire de ce traitement distinct, la Cour suprême insiste sur la grande diversité des situations des personnes qui présentent une déficience et sur leurs besoins très différents. La prise en compte concrète de ces différences s'avère incontournable :

Pour qu'il y ait égalité véritable des personnes atteintes de déficiences, il faut bien tenir compte de ces différences. Dans bien des cas, tracer une seule ligne de démarcation entre les personnes atteintes d'une déficience et les autres personnes est pour ainsi dire inutile, vu qu'aucune mesure d'adaptation ne permet à elle seule de répondre aux besoins de tous. Les personnes atteintes d'une déficience sont plutôt assujetties à des limites supplémentaires lorsqu'elles sont aux prises avec des régimes ou des situations sociales qui présument ou exigent qu'elles possèdent un ensemble de capacités différent de celui qu'elles possèdent. Pour garantir la participation égale des personnes atteintes d'une déficience, *il faudra changer ces situations de bien des manières, selon les capacités de la personne en question*. Dans chaque cas, la question sera non pas de savoir si l'État a exclu toutes les personnes atteintes d'une déficience ou s'il a omis de répondre à leurs besoins en général, *mais plutôt de savoir s'il a suffisamment tenu compte des besoins et de la situation de chacune d'elles* [nos italiques]⁶⁶.

Ainsi, dans certains cas, le respect du droit à l'égalité d'une personne en situation de handicap exigera de ne pas tenir compte de sa différence, en particulier lorsqu'elle n'occasionne à la personne aucune limitation

65 Martha Minow, *Making all the difference: Inclusion and Exclusion in American Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1990 ch 1.

66 *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Martin*, 2003 CSC 54 au para 81, [2003] 2 RCS 504, juge Gonthier.

fonctionnelle⁶⁷. Dans les cas où la personne est, en fait, perçue comme «handicapée», le respect du droit à l'égalité commande que cette personne puisse être évaluée à son juste mérite, sans regard teinté négativement par des préjugés ou stéréotypes. Sauf circonstances exceptionnelles liées à la nature de la tâche, ce serait le cas, par exemple, d'une personne séropositive au VIH.

Par contre, certaines caractéristiques personnelles vont nécessiter des mesures particulières pour permettre à une personne en situation de handicap de profiter pleinement d'un bien ou d'un service offert au public ou, encore, être en mesure de bien accomplir son travail. En ces cas, le respect du droit à l'égalité commande plutôt de tenir compte de la différence de la personne et d'apporter les aménagements nécessaires. C'est alors la logique de l'accommodement raisonnable⁶⁸, sans contrainte excessive, qui vient trouver application⁶⁹. Il s'agit d'un standard minimal sur lequel peuvent s'appuyer les personnes en situation de handicap dans leur recherche d'une véritable égalité réelle.

D. Handicap, citoyenneté et redistribution

Traditionnellement, la réponse aux besoins des personnes en situation de handicap a oscillé entre une approche fondée sur la charité, d'une part, et l'État-providence, d'autre part. Or, selon les tenants de la théorie critique du handicap, ces deux approches n'ont pas réussi à répondre adéquatement aux besoins des personnes en situation de handicap⁷⁰. Elles sont à risque de favoriser l'expression d'attitudes paternalistes, fondées sur la

67 *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville de)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 RCS 665.

68 Voir Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse Québec, «L'obligation d'accommodement raisonnable», en ligne: <www.cdpcj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/responsabilites-employeurs/Pages/accommodement.aspx>. Selon la Commission :

L'accommodement raisonnable est un moyen utilisé pour faire cesser une situation de discrimination fondée sur le handicap [...]. L'accommodement raisonnable est une obligation. En effet, les employeurs et les fournisseurs de services sont obligés de rechercher activement une solution permettant à un employé, un client ou un bénéficiaire d'exercer pleinement ses droits. L'accommodement peut signifier qu'on aménage une pratique ou une règle générale de fonctionnement ou que l'on accorde une exemption à une personne se trouvant dans une situation de discrimination.

69 *Eldridge*, *supra* note 47 au para 79, citant notamment *Commission ontarienne des droits de la personne c Simpson-Sears*, [1985] 2 RCS 536, 23 DLR (4^e) 321 et *Central Alberta Dairy Pool c Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 RCS 489, 72 DLR (4^e) 417.

70 Devlin et Pothier, *supra* note 17 à la p 1.

pitié, et ne contribuent pas à développer une réelle et pleine autonomie des personnes en situation de handicap.

On peut dire, également, que les politiques néo-libérales fondées sur le retrait de l'État et la mondialisation contribuent à aggraver cet état de fait en ce qu'elles encouragent une individualisation croissante des conséquences du handicap⁷¹. La logique appliquée est souvent fondée sur une analyse coût-bénéfice: est-il rentable (économiquement ou socialement) que l'État assume ce fardeau directement? Diverses mesures fiscales (crédits d'impôt, etc.) visant à encourager le retour à une approche fondée sur la charité (pour ceux qui le méritent, les «*deserving poors*») et la responsabilisation individuelle viendront adoucir le retrait graduel de ce qui constituait l'État-providence. Il s'ensuit une aggravation globale des inégalités touchant les personnes en situation de handicap⁷².

Le constat est sévère:

Nous suggérons que la conséquence est un système marqué par de profondes inégalités structurelles économiques, sociales, politiques, légales et culturelles au sein duquel les personnes en situation de handicap font l'expérience d'une citoyenneté inégale, un régime de citoyenneté de deuxième classe («*dis-citizenship*») [notre traduction]⁷³.

En français, à défaut de pouvoir traduire adéquatement l'expression «*dis-citizenship*», nous avons choisi de parler de «citoyens de deuxième classe». Pour les auteurs rattachés au courant de la théorie critique du handicap, cette référence à la notion de citoyenneté est très importante et très présente dans leur œuvre. On réfère, alors à une conception riche de la citoyenneté. Au-delà du fait d'avoir un passeport et de pouvoir voter, ce qui est visé c'est la capacité de participer pleinement à toutes les institutions de sa société, non seulement sous ses aspects politiques, mais également sous ses aspects sociaux et culturels. L'inclusion sociale (et son opposé, l'exclusion), sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations, est au cœur de cette théorie. Elle implique toutefois comme condition préalable l'accès égal aux mêmes bénéfices sociaux pour tous.

L'arrêt *Eldridge*⁷⁴ aura contribué à fonder cette approche axée sur la notion d'égalité de bénéfices. Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si le refus de la province de Colombie-Britannique d'assumer les coûts des

71 Prince, *supra* note 59 à la p 72.

72 Rioux et Valentine, *supra* note 34 aux pp 64-65.

73 Devlin et Pothier, *supra* note 17 à la p 1.

74 *Eldridge*, *supra* note 47.

services d'interprétation gestuelle à l'intention des personnes atteintes de surdité, lors de la prestation de services publics de santé, constituait une discrimination contraire à la *Charte*. En décidant que, dans certaines circonstances, ce service doit être considéré comme médicalement nécessaire et ainsi couvert par le régime public, la Cour suprême affirme :

Si nous acceptons le concept de discrimination découlant d'effets préjudiciables, il semble inévitable, du moins à l'étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1), que le gouvernement *sera tenu de prendre des mesures particulières pour faire en sorte que les groupes défavorisés soient capables de bénéficier d'une manière égale des services gouvernementaux* [nos italiques]⁷⁵.

En se rattachant explicitement au concept d'égalité de bénéfices, la Cour suprême reconnaissait, pour une rare fois, une obligation positive à l'État en faveur de personnes en situation de handicap.

L'égalité de bénéfices («*equality of outcomes*») se fonde sur l'idée que tous les êtres humains, en dépit de leurs différences, sont habilités à recevoir le même respect et la même considération et ont le droit de participer pleinement à la vie sociale et économique de la société, dans la mesure de leurs capacités et moyens. Les revendications sont, alors dirigées vers une redistribution des ressources dans la société afin de s'assurer que les membres les plus défavorisés d'une société puissent exercer les mêmes droits que leurs concitoyens. Elles prennent en considération les conditions personnelles et les moyens de participation qui peuvent varier d'une personne à l'autre.

Cette deuxième dimension de l'égalité réelle, celle de la *redistribution* vise la justice sociale, par le biais de divers mécanismes de redistribution de la richesse pour mettre en place des mesures sociales visant à atténuer les inégalités économiques des groupes vulnérables, dont les personnes en situation de handicap. L'interprétation actuelle de l'article 15(2) de la *Charte* vient ainsi faciliter la mise en place de telles mesures gouvernementales au bénéfice des personnes en situation de handicap. Les mesures de promotion sociale décidées par le gouvernement pour aider un groupe vulnérable déterminé sont «protégées» d'une révision judiciaire fondée sur l'article 15(1) de la *Charte*⁷⁶. Ce n'est pas parce que le gouvernement aide un groupe défavorisé qu'il commette une «discrimination à rebours» envers les groupes (favorisés ou défavorisés) qui sont exclus de

75 *Ibid* au para 77, juge La Forest.

76 *Kapp, supra* note 10.

ce programme. Ici, en voulant *améliorer* la situation du groupe visé, la recherche de l'égalité réelle requiert alors à la fois une politique de la reconnaissance ET de la redistribution⁷⁷.

Une approche fondée sur la citoyenneté vise ainsi l'égalité de bénéfices pour les personnes en situation de handicap. C'est une approche exigeante qui demande de porter un regard critique sur les fondements de notre société:

Elle est basée sur la reconnaissance que le handicap est la conséquence de facteurs sociaux, économiques et politiques, et non simplement sur une pathologie individuelle ou une incapacité. En outre, elle reconnaît à la fois les désavantages historiques auxquels ont eu à faire face les personnes en situation de handicap ainsi que le rôle de la structure sociale actuelle dans leur marginalisation continue [notre traduction]⁷⁸.

IV. LES FONDEMENTS SYSTÉMIQUES DES INÉGALITÉS

Pour qu'une personne en situation de handicap puisse ainsi jouir d'une réelle égalité de bénéfices, il faudra quelquefois adapter la norme appliquée à la réalité concrète de cette personne. C'est la logique de l'accommodement raisonnable qui entre en jeu et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en a fixé clairement les balises⁷⁹. Mais, dans l'optique de la théorie critique du handicap, l'égalité réelle exige davantage: il importe de s'attaquer aux fondements systémiques qui perpétuent ou aggravent les inégalités constatées, en vue d'une pleine inclusion sociale:

L'égalité réelle nécessite de tenir compte des différences pour à la fois identifier la nature systémique des inégalités et mener à des solutions adaptées pour en arriver à une pleine inclusion et participation [notre traduction]⁸⁰.

Le défi devient alors de tenir compte des différences, mais sans reproduire une hiérarchie des différences. En cela, les auteurs de la théorie cri-

77 Tremblay, *supra* note 62 à la p 201.

78 Rioux et Valentine, *supra* note 34 à la p 58.

79 Voir notamment *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 RCS 161; *HydroQuébec c Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'HydroQuébec, section locale 2000 (SCFPFTQ)*, 2008 CSC 43, [2008] 2 RCS 561.

80 Devlin et Pothier, *supra* note 17 à la p 12.

tique du handicap revendiquent *une politique de la transformation sociale*⁸¹, qui va au-delà d'une stratégie fondée sur des accommodements raisonnables qui ne remettent pas en question, d'une manière fondamentale, la norme. Dans cette transformation, les personnes en situation de handicap doivent jouer un rôle actif à partir de leurs expériences concrètes de vie et non celui de victimes passives d'un système qui n'est pas conçu pour elles. Les éléments symboliques d'inclusion ou de différenciation sociale doivent également être considérés.

À titre d'exemple, dans une optique classique de droit à l'égalité, l'installation d'une rampe d'accès, à côté d'un escalier, pour permettre aux personnes utilisant un fauteuil roulant d'accéder à un parc public, serait probablement reconnue comme une mesure suffisante. Les auteurs rattachés à la théorie critique du handicap plaideraient plutôt pour une transformation sociale plus importante: remettre en question la norme qui consiste à installer des escaliers comme le moyen privilégié d'accéder d'un palier à un autre dans un espace public. Un courant en architecture, l'accessibilité universelle, s'inscrit dans cette voie: c'est à l'étape même de la conception qu'on s'assurera, dans le respect de l'esthétique et de la sécurité, que tous peuvent avoir accès aux différents paliers, sans égard à leurs limitations dans la façon de se mouvoir⁸².

Ainsi, comme le handicap est un construit social, le plus grand défi consiste à contrer le manque de volonté de la majorité («*mainstream*») à adapter, transformer ou même abandonner ses façons traditionnelles de faire et qui lui conviennent. C'est là qu'une conception riche ou robuste de l'égalité réelle devrait pouvoir être mise à contribution.

La Cour suprême du Canada semble avoir fait un peu de chemin en ce sens. Depuis les arrêts *Meiorin*⁸³ et *Grismer*⁸⁴, la possibilité d'un accommodement raisonnable doit être prévue à l'étape de la formulation même des normes qui seront appliquées. Comme le précise la Cour suprême du Canada:

81 *Ibid.*

82 À noter que ces transformations de la norme en vue d'une accessibilité plus universelle ne bénéficient pas qu'aux personnes en situation de handicap: un parent qui doit porter son enfant dans une poussette en tirera également profit. Voir «Guide pratique d'accessibilité universelle» (2010), en ligne: *Institut de réadaptation en déficience physique de Québec* <www.irdpq.qc.ca/nos-services/accessibilite-universelle/guide-pratique-daccessibilite-universelle>.

83 *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, 176 DLR (4^e) 1.

84 *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 RCS 868, 181 DLR (4^e) 385 [*Colombie-Britannique avec renvois aux RCS*].

Les employeurs et autres personnes régies par une loi concernant les droits de la personne *sont maintenant requis, dans tous les cas, de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés*, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire. *L'incorporation de l'accommodement dans la norme elle-même assure que chaque personne est évaluée selon ses propres capacités personnelles, au lieu d'être jugée en fonction de présumées caractéristiques de groupe*. Ces caractéristiques sont fréquemment fondées sur un parti pris et des préjugés de longue date, et ne peuvent pas constituer le fondement de normes raisonnablement nécessaires [nos italiques]⁸⁵.

Sans exiger de retenir la norme la plus inclusive possible, la Cour suprême s'assure tout de même d'intégrer la logique de la prise en compte des besoins particuliers des personnes au cœur de la formulation des normes. Il s'agit d'une avancée importante, notamment au plan symbolique: la personne qui présente une différence n'est pas contrainte de demander une «exception» à l'application d'une norme stricte—elle voit plutôt la norme s'adapter à sa situation particulière.

Mais nul ne doute que les auteurs liés à la théorie critique du handicap ont en tête des transformations sociales plus radicales que celles annoncées, à ce jour, par la jurisprudence canadienne sur le droit à l'égalité. Force est d'admettre, toutefois, que la Cour suprême apparaît plutôt réticente à s'engager dans cette voie. Si elle apparaît prête à reconnaître que des facteurs structureaux et systémiques puissent contribuer à engendrer de la discrimination⁸⁶, elle est plus hésitante à ordonner des mesures de réparation de nature systémique propres à empêcher la «reproduction» de cette discrimination.

L'arrêt *Moore*⁸⁷ illustrera notre propos. À la base du litige, les parents d'un jeune enfant dyslexique, Jeffrey Moore, alléguaient notamment que tant par ses pratiques de financement que par certaines orientations en matière de programmes éducatifs, le ministère de l'Éducation de la Colombie-Britannique pratiquait une forme de discrimination systémique à l'égard de *tous* les enfants présentant une dyslexie dans la province. Dans le cadre d'une révision judiciaire, le Ministère a tenté, sans succès, de faire

85 *Ibid* au para 19, juge en chef McLachlin.

86 *Première Nation de Kahkewistahaw*, *supra* note 6 au para 17, juge Abella: «[c]ette démarche reconnaît que des désavantages systémiques persistants ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de certains groupes de la société et elle vise à empêcher tout acte qui contribue à perpétuer ces désavantages».

87 *Moore c Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 RCS 360 [*Moore*].

déclarer que l'examen de l'aspect systémique de la plainte des parents de Jeffrey Moore excédait la compétence du *Human Rights Tribunal* chargé d'entendre l'affaire. Le Ministère tentait de limiter la question sous étude à la situation individuelle de Jeffrey Moore et aux décisions du district scolaire en cause (*School District No 44*). La Cour suprême de Colombie-Britannique a rejeté ces arguments de façon non équivoque :

I find that the complaint referred to the Human Rights Tribunal includes allegations of province-wide systemic discrimination by the Ministry against dyslexic students. In addition, I find that the remedies sought include Orders to eliminate that type of discrimination. Such remedial orders are directly within the purposes and powers of the Human Rights Code. The Code aims at the elimination of not only individual cases of discrimination, but also of systemic discrimination⁸⁸.

Le *Human Rights Tribunal* de la Colombie-Britannique a donc procédé à l'audition au fond et, dans une décision très étoffée⁸⁹, a conclu à l'existence d'une discrimination systémique qui mettait en cause, entre autres, des décisions de financement et des orientations du ministère de l'Éducation de la province. Diverses mesures de redressement de nature systémique (touchant notamment les modalités de financement des services) ont été ordonnées.

L'affaire se retrouve en Cour d'appel de Colombie-Britannique, qui dans une décision partagée⁹⁰, rejette les allégations de discrimination dans la situation individuelle de Jeffrey Moore en recourant à une analyse fondée sur la recherche d'un groupe de comparaison approprié et sur la nature de l'avantage prévu par la loi (en référence à l'arrêt *Auton*)⁹¹. La

88 *British Columbia (Ministry of Education) v Moore*, 2001 BCSC 336 aux para 16–17, 88 BCLR (3^e) 343, juge Shaw.

89 *Moore v British Columbia (Ministry of Education) and School District No 44 (No 2)*, 2005 BCHRT 580, 54 CHRR D/245, juge McNaughton.

90 *British Columbia (Ministry of Education) v Moore*, 2010 BCCA 478, 326 DLR (4^e) 77 [*British Columbia* avec renvois aux DLR].

91 *Auton (Tutrice à l'instance de) c Colombie-Britannique (PG)*, 2004 CSC 78 au para 35, [2004] 3 RCS 657, juge en chef McLachlin. En l'espèce, il s'agissait d'évaluer le caractère discriminatoire du refus de la province de financer une thérapie spécifique pour les enfants atteints d'autisme :

[L]e régime législatif ne garantit pas à tout Canadien le financement de tout traitement médicalement requis. La loi ne prévoit que le financement des services essentiels fournis par un médecin, celui des services non essentiels étant laissé à la discrétion des provinces. L'avantage recherché en l'espèce — le financement de tous les services médicalement requis — n'était donc pas prévu par la loi.

situation de Jeffrey Moore est comparée à celle des autres enfants qui ont des besoins spéciaux et la Cour d'appel retient que cet enfant a eu accès à plusieurs mesures de remédiation, d'où la conclusion à l'effet qu'il n'y a pas eu de discrimination. En l'absence de discrimination prouvée dans la situation individuelle de l'enfant, la Cour d'appel évacue très rapidement les allégations de discrimination systémique⁹². La juge Rowles, dissidente, aurait reconnu la situation de discrimination individuelle et fait preuve de déférence envers les conclusions du *Human Rights Tribunal* concernant la présence d'une discrimination systémique⁹³, tout en refusant toutefois de se prononcer sur les mesures de redressement de nature systémique ordonnées⁹⁴.

La Cour suprême infirme ce jugement de la Cour d'appel et reconnaît la présence d'une discrimination dans la situation individuelle de Jeffrey Moore. Elle en tient responsable le district scolaire No 44, principalement en raison de sa décision de fermer le centre de diagnostic qui aurait pu aider le jeune Moore, sans examen d'aucune autre alternative. La Cour cite avec approbation plusieurs éléments de l'analyse de la juge Rowles, dissidente en Cour d'appel, notamment sur le fait que la comparaison n'était pas appropriée en l'espèce et sur la véritable nature du service en cause (les services spécialisés comme « rampe » permettant d'accéder aux services généraux d'éducation). Le point central de l'analyse de la Cour suprême, afin d'établir la responsabilité du district scolaire No 44, est ainsi énoncé :

L'omission d'envisager d'autres réaménagements financiers invalide complètement l'argument essentiel du district, à savoir qu'il était justifié de ne pas fournir à Jeffrey d'accès concret à l'éducation, parce que, financièrement, il n'avait pas le choix d'agir comme il l'a fait. Pour décider qu'il ne disposait d'*aucune* autre solution, le district devait à tout le moins se demander quelles auraient pu être ces autres solutions [italiques dans l'original]⁹⁵.

La Cour suprême écarte ensuite très rapidement les allégations de discrimination systémique contre la province :

92 *British Columbia*, *supra* note 90 au para 187, juge Low : « I do not think there is any basis for a finding of discrimination against the Province in the absence of such finding against the School Board ».

93 *Ibid* au para 160.

94 Voir *ibid* au para 161: « As I am in dissent in this case, it seems to me to be preferable to leave any discussion of whether the Tribunal could grant all of the remedies it did to another day ».

95 *Moore*, *supra* note 87 au para 52, juge Abella.

Cela nous amène au rôle joué par la province. La crise financière que traversait le district *avait été créée, du moins en partie, par l'insuffisance du financement accordé par la province*. Cependant, vu la conclusion du Tribunal selon laquelle c'était le district qui avait omis d'examiner convenablement les conséquences de la fermeture du Centre de diagnostic ou les moyens de répondre aux besoins des élèves touchés, *il m'apparaît impossible de confirmer la conclusion que la province était responsable de la conduite discriminatoire du district à l'endroit de Jeffrey* [nos italiques]⁹⁶.

À notre avis, il s'agit d'une façon incorrecte d'établir le partage des responsabilités respectives entre le district scolaire No 44 et la province de la Colombie-Britannique dans la situation de discrimination vécue par Jeffrey Moore. L'analyse de la Cour suprême ne tient pas compte du contexte dans lequel la décision de fermer le centre de diagnostic a été prise et notamment de l'obligation pour le conseil scolaire de déposer dans un court délai un budget équilibré imposant de sévères compressions budgétaires. Une analyse véritablement systémique de la situation exigeait d'examiner les liens entre les divers éléments qui, une fois conjugués, créaient ou perpétuaient la situation de discrimination. La Cour suprême a plutôt choisi d'isoler la conduite du district scolaire afin d'établir la présence d'une discrimination dans la situation individuelle de Jeffrey Moore — sans remonter la « chaîne de commandement » afin d'évaluer la présence d'éléments systémiques (règles de financement des districts scolaires, documents budgétaires ministériels et crédits, politiques ou programmes ministériels, etc.) qui auraient favorisé cette décision discriminatoire. Ironiquement, la Cour suprême fait plutôt le reproche suivant au Tribunal des droits de la personne de Colombie-Britannique :

Après avoir jugé que Jeffrey avait été victime de discrimination de la part du district, le Tribunal s'est ensuite demandé si les politiques générales du district et de la province constituaient de la discrimination systémique. J'estime que cette façon de faire découle du fait que le Tribunal a abordé la question de la discrimination selon une approche dualiste: individuelle et systémique. Il n'était cependant pas nécessaire ni utile conceptuellement de scinder la discrimination en ces deux catégories distinctes. Une pratique est discriminatoire, et ce, que ses conséquences préjudiciables injustifiables affectent soit une seule personne, soit plusieurs personnes

96 *Ibid* au para 54, juge Abella.

de façon systémique [...]. *La différence est uniquement de nature quantitative, à savoir le nombre de personnes défavorisées par la pratique* [nos italiques]⁹⁷.

Avec égard, cette dernière affirmation apparaît inexacte. Ce qui caractérise la discrimination systémique ce n'est pas tant le nombre de personnes qui en sont victimes, mais plutôt la multiplicité des sources et des facteurs (bref, le «système») qui, une fois conjugués, créent la situation discriminatoire⁹⁸. Il est acquis au débat que la décision du conseil scolaire de fermer le centre de diagnostic a été prise «pour des considérations exclusivement financières»⁹⁹, en raison de demandes budgétaires qui émanaient de la province de la Colombie-Britannique. À notre avis, il aurait été pertinent que la Cour suprême examine plus attentivement les constats de nature systémique dressés dans la décision étoffée du *Human Rights Tribunal* de Colombie-Britannique et, notamment, sur les interrelations entre les mécanismes de financement, les politiques et les programmes du Ministère de l'Éducation et les décisions des autorités scolaires locales qui doivent ensuite les appliquer.

Dans la perspective défendue par la théorie critique du handicap, ces facteurs structurels sociaux, politiques et économiques apparaissent très pertinents afin de voir d'où «naissent» les décisions discriminatoires¹⁰⁰. Or, la Cour suprême refuse manifestement de se livrer à cet exercice. Cela nous empêche, notamment, de comprendre de quelle manière les décisions ministérielles ont pris en compte (ou non) les besoins particuliers des enfants en situation de handicap.

Au contraire, la décision de la Cour suprême invite expressément à «couper court» dans l'analyse et à faire reporter sur les autorités scolaires locales l'essentiel des conséquences liées aux arbitrages cruels rendus nécessaires en raison des importantes compressions budgétaires:

La réparation doit cependant découler de la demande. En l'espèce, la demande a été présentée au nom de Jeffrey et tous les éléments de preuve étayant concrètement cette demande le concernaient directement. Le Tribunal était certes autorisé à tenir compte de la preuve de nature systémique afin de décider si Jeffrey avait été victime de discrimination, mais il n'était pas nécessaire qu'il se livre à une enquête approfondie sur la struc-

97 *Ibid* au para 58, juge Abella.

98 *Gaz Métropolitain Inc c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011

QCCA 1201 aux para 37-38, [2011] RJQ 1253, juge Dufresne.

99 *Moore*, *supra* note 87 au para 46, juge Abella.

100 Rioux et Valentine, *supra* note 34 à la p 58.

ture précise des mécanismes de financement provinciaux ou sur tous les aspects de l'administration par la province de l'éducation spécialisée pour décider si Jeffrey avait été victime de discrimination. À mon humble avis, *le Tribunal a pour rôle de statuer sur la plainte particulière dont il est saisi, non d'agir comme une commission royale d'enquête* [nos italiques]¹⁰¹.

Rappelons pourtant que la «plainte particulière» comprenait justement des allégations de discrimination systémique à l'égard des enfants de la Colombie-Britannique présentant une dyslexie. La Cour suprême a reconnu, dans un jugement récent, que certains comportements discriminatoires sont multifactoriels¹⁰² et qu'une «preuve de discrimination doit [...] présenter *un rapport tangible* avec la décision ou la conduite contestée» [nos italiques]¹⁰³. Les allégations de discrimination systémique dans l'affaire *Moore* tentaient d'établir la nature et les fondements des règles de financement entre le Ministère de l'Éducation et les districts scolaires ainsi que les effets de ces règles et décisions budgétaires sur les services pouvant ensuite être offerts par les districts scolaires aux enfants en situation de handicap.

La preuve de ces éléments nous apparaît présenter un «rapport tangible» avec la situation de discrimination vécue par Jeffrey Moore. Loin d'être «indirecte», nous soutenons qu'il existe un lien fort entre les règles budgétaires et décisions gouvernementales d'allocation de ressources et la décision du district scolaire No 44 de fermer le centre de diagnostic pour des raisons budgétaires. Bien sûr, en procédant à cette fermeture sans examiner d'autres alternatives le district scolaire a commis un acte discriminatoire dans la situation individuelle de Jeffrey Moore. Mais, les mécanismes de production de cette décision ne font pas l'objet d'un examen attentif de la part de la Cour suprême. Il n'est donc pas étonnant que les mesures de redressement de nature systémique ordonnées par le *Human Rights Tribunal* de Colombie-Britannique soient ainsi écartées par la Cour suprême—empêchant d'agir pour l'avenir afin d'éviter la (re)production de décisions discriminatoires de ce type.

Cette situation illustre, à notre avis, la position de la Cour suprême sur le sujet: des «éléments» systémiques peuvent être pertinents aux fins d'établir la présence d'une discrimination dans un cas donné. Mais, la

101 *Moore*, supra note 87 au para 64, juge Abella.

102 *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Bombardier Inc (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39 au para 41, [2015] 2 RCS 789, juges Wagner et Côté.

103 *Ibid* au para 88, juges Wagner et Côté.

Cour demeure frileuse en ce qui concerne les mesures de redressement de nature systémique, à portée plus large, qui pourraient permettre d'éviter la perpétuation de situations discriminatoires. Une telle approche, même si elle demeure ouverte à reconnaître les fondements systémiques à l'origine des discriminations observées, ne permet pas de briser le cycle de la discrimination pour créer un climat où les pratiques et les attitudes négatives envers un groupe donné seront remises en question et éradiquées¹⁰⁴. À l'égard de ce dernier aspect, la Cour suprême du Canada ne répond pas à la promesse d'une égalité réelle. L'apport du droit, comme source de changement social fondamental, peut alors paraître limité. Le droit agirait ici, plutôt, dans le sens opposé:

Le droit est par nature conservateur; lorsque des appels au changement menacent de déstabiliser la distribution existante du pouvoir matériel et symbolique, les changements à travers le droit se feront d'une manière à préserver cette distribution existante dans toute la mesure du possible [notre traduction]¹⁰⁵.

V. LE CHAÎNON MANQUANT: HANDICAP ET REPRÉSENTATION

La théorie critique du handicap nous invite à faire preuve de réalisme: les actions pour améliorer la situation des groupes victimes de discrimination—que ce soit en tant que lutte aux préjugés et aux stéréotypes (la reconnaissance) qu'en termes de mesures visant à réduire les inégalités socio-économiques (la redistribution) ne viendront pas d'elles-mêmes. Elles exigent une meilleure participation politique des membres de ces groupes aux décisions qui les concernent¹⁰⁶. C'est à cette condition que ces personnes pourront espérer avoir une plus grande influence sur la détermination des normes qui s'appliqueront ensuite à elles.

Cette participation est rendue possible à travers les mécanismes de représentation plus formels; dans la diversité des élus ou des membres nommés dans des conseils d'administration ou à la tête d'organismes publics; dans des mécanismes de consultation plus effectifs avec des représentants de ces groupes dans l'élaboration des politiques publiques ou, encore, de recherche-action et d'évaluation impliquant des personnes en

104 Fay Faraday, «Access to Social Programs: Substantive Equality Under the *Charter of Rights*» (2006) 21 NJCL 111 à la p 117.

105 Angela P Harris, «Stonewall to the Suburbs?: Toward a Political Economy of Sexuality» (2006) 14 Wm Mary Bill Rts J 1539 à la p 1542.

106 Prince, *supra* note 59 à la p 70.

situation de handicap qui reçoivent des services publics et qui pourront témoigner concrètement de leurs réalités de vie. Dans le sens recherché par la théorie critique du handicap, l'objectif visé est alors le suivant :

[D']incorporer les visions et les expériences des personnes en situation de handicap dans les politiques, programmes et services les concernant et de s'assurer que les considérations visant ces personnes sont une partie intégrante du développement des politiques et des processus gouvernementaux d'allocation des ressources [notre traduction]¹⁰⁷.

En toute logique, l'égalité réelle des personnes en situation de handicap devrait, donc également inclure une troisième dimension, celle de la *représentation*. Or, cette dimension apparaît à peu près absente de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada concernant les personnes en situation de handicap. Elle nécessite de s'interroger sur les processus de prise des décisions qui affectent les personnes en situation de handicap et d'explorer plus activement les mesures de nature systémique susceptibles de faire en sorte que les besoins particuliers de ces personnes soient davantage pris en considération dans le débat public. Au-delà d'une approche centrée sur les effets des mesures qui sont susceptibles de causer une discrimination, il faut agir en amont sur les causes premières qui génèrent ces décisions discriminatoires. Un regard critique sur les processus décisionnels et la qualité de la délibération démocratique qui conduit à des choix politiques est alors nécessaire.

Est-ce le rôle du pouvoir judiciaire de conduire un tel examen? La question est complexe et mérite d'être débattue. Pour ouvrir la discussion, nous proposons un parallèle intéressant, tout en convenant que le cadre juridique applicable est distinct: à de nombreuses reprises, la Cour suprême du Canada n'a pas hésité à se poser en arbitre, afin d'évaluer cette dimension de la représentation en ce qui concerne les relations entre les Premières Nations et les gouvernements fédéral et provinciaux¹⁰⁸.

Pour étoffer notre prétention à l'effet que l'égalité réelle doit inclure cette dimension de la représentation, il est utile de rappeler l'engagement

107 *Ibid* à la p 100.

108 Sur l'obligation de consulter les communautés des Premières Nations lorsque la Couronne envisage une conduite susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, voir notamment *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 RCS 511; *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 RCS 550 et *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 RCS 388.

des États (dont le Canada¹⁰⁹) parties à la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*¹¹⁰ [ci-après *Convention*] «qui estim[ent] que les personnes handicapées devraient avoir la possibilité de participer activement aux processus de prise de décisions concernant les politiques et les programmes, en particulier ceux qui les concernent directement»¹¹¹.

Plus particulièrement, par son adhésion à cette convention internationale, le Canada s'est engagé à «promouvoir le plein exercice de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales de toutes les personnes handicapées sans discrimination d'aucune sorte fondée sur le handicap»¹¹². À cette fin, le Canada s'est également engagé «[d]ans l'élaboration et la mise en œuvre des lois et des politiques adoptées aux fins de l'application de la *Convention*, ainsi que dans l'adoption de toute décision sur des questions relatives aux personnes handicapées» à *consulter étroitement et faire activement participer ces personnes, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent*¹¹³. D'une manière encore plus proactive, le Canada s'est enfin engagé «à promouvoir activement un environnement dans lequel les personnes handicapées peuvent effectivement et pleinement participer à la conduite des affaires publiques, sans discrimination et sur la base de l'égalité avec les autres, et à encourager leur participation aux affaires publiques» [nos italiques]¹¹⁴.

On sait que les engagements internationaux du Canada en matière de droits de la personne représentent une «source persuasive» importante dans l'interprétation des droits et libertés garantis par la *Charte*¹¹⁵. On peut, donc voir dans ces engagements autant de points d'ancrage juridique qui peuvent permettre de développer graduellement une conception enrichie de l'égalité réelle, qui englobe cet aspect de la représentation pour les personnes en situation de handicap.

109 Le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* le 11 mars 2010.

110 *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, Rés AG 61/106, Doc off AGNU, 61^e sess, Doc NU A/RES/61/106.

111 *Ibid*, au préambule, al o.

112 *Ibid*, art 4(1).

113 *Ibid*, art 4(3).

114 *Ibid*, art 29(b).

115 *Health Services and Support—Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27 au para 78, [2007] 2 RCS 391, juge en chef McLachlin et juge Lebel:

[L]a *Charte*, en tant qu'instrument vivant, évolue avec la société et s'adresse aux situations et besoins actuels des Canadiens. Ainsi les engagements *actuels* du Canada en vertu du droit international et l'opinion internationale qui prévaut actuellement en matière de droits de la personne constituent une source persuasive pour l'interprétation de la portée de la *Charte* [italiques dans l'original].

VI. CONCLUSION

Cet article visait à explorer l'apport de la théorie critique du handicap concernant l'interprétation par la Cour suprême de la garantie constitutionnelle d'égalité réelle, prévue à l'article 15 de la *Charte*. Nous avons vu que l'interprétation retenue à ce jour par la Cour suprême s'accorde relativement bien avec plusieurs des principes soutenus par les auteurs rattachés à ce courant d'analyse critique du droit. En privilégiant une analyse contextuelle, centrée sur l'effet de la mesure contestée, selon le point de vue particulier de la personne en situation de handicap, la Cour suprême rejoint ainsi plusieurs préoccupations soulevées par ces auteurs. À la suite des arrêts *Meiorin* et *Grismer*, l'inclusion du concept d'accommodement raisonnable, au cœur même de la formulation des normes appliquées, représente, dans cette perspective, une avancée majeure. Enfin, la reconnaissance explicite du fondement souvent systémique des discriminations observées constitue également un élément très positif. Sous la loupe de la théorie critique du handicap, l'interprétation de la garantie d'égalité réelle par la Cour suprême obtient ainsi de bons points.

Toutefois, afin de répondre encore plus adéquatement à sa promesse de garantir une véritable égalité réelle, la Cour suprême devrait faire un pas de plus. Elle doit reconnaître que le fondement systémique des inégalités appelle plus souvent à des mesures de redressement de nature systémique, si l'on souhaite briser le cercle vicieux de la reproduction de la discrimination. Ces mesures doivent viser notamment l'appropriation du pouvoir («*empowerment*») par les personnes en situation de handicap afin de garantir une participation plus effective de leur part dans la détermination des normes qui s'appliqueront ensuite à elles. Et cela passe notamment par un examen critique des mécanismes et processus qui génèrent les décisions contestées.

La décision récente de la Cour suprême de ne plus exiger strictement que le préjudice en cause soit lié à la perpétuation d'un préjugé ou d'un stéréotype¹¹⁶ afin de pouvoir établir une discrimination ouvre de nouvelles pistes d'interprétation pour l'article 15 de la *Charte*. Il s'agit d'une occasion à saisir afin d'explorer (et combattre!) d'autres «maux» qui fondent les discriminations observées¹¹⁷, dont l'absence de représentation des personnes en situation de handicap.

116 Québec, *supra* note 11; *Première Nation de Kahkewistahaw*, *supra* note 6.

117 Au sujet de ces autres «maux», voir Sophia R Moreau, «The Wrongs of Unequal Treatment» (2004) 54:3 UTLJ 291.

Autrement, malgré de belles avancées en faveur du respect des droits des personnes en situation de handicap, nous en restons à une interprétation qui ne remet pas en cause, d'une façon fondamentale, les relations de pouvoir dans notre société—et donc, la possibilité pour les personnes en situation de handicap d'influencer la formulation des normes qui seront appliquées. Pour les tenants de la théorie critique du handicap, il s'agit d'un préalable absolu. Afin de permettre le développement d'une approche qui prétend s'attaquer sérieusement aux fondements systémiques des inégalités constatées, il s'agit d'une piste à explorer dans l'interprétation du concept d'égalité réelle au sens de l'article 15 de la *Charte*. Dans cet effort de réflexion, les travaux liés à la théorie critique du handicap seront d'un apport précieux.