

La réparation, outil de minoration des restrictions de participation

Émeric Guillermou

Président de l'Union nationale des associations de familles
de traumatisés crâniens et cérébro-lésés (UNAFTC), avocat

Pendant des décennies, la lésion séquellaire était appréhendée en tant que spécifique au patient comme un attribut de celui-ci, y compris dans ses conséquences.

L'évolution des concepts a permis d'envisager le handicap qui en résulte comme un rapport à l'environnement, ce qui signifie que si la lésion non guérie était irréductible, agir sur les situations pour réduire les restrictions de participation devient possible.

Appliquer ces schémas de pensée aux enfants supposait de leur donner une portée juridique de principe, puis d'y appliquer une technique opérationnelle de conquête des droits.

LES PRINCIPES CONSACRÉS

Sur le plan international

Les textes internationaux affirment le droit des enfants à ne pas rester en marge de la cité.

Ainsi, l'article 23 de la convention relative aux droits de l'enfant adoptée en 1989 dispose que les États parties reconnaissent que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité.

L'article 24 de la Convention Internationale des personnes handicapées du 30 mars 2007 précise que Les États parties reconnaissent le droit des personnes handicapées à l'éducation et qu'en vue d'assurer l'exercice de ce droit sans discrimination et sur la base de l'égalité des chances, les États parties font en sorte que le système éducatif pourvoie à l'insertion scolaire à tous les niveaux et offre, tout au long de la vie, des possibilités d'éducation qui visent :

- le plein épanouissement du potentiel humain et du sentiment de dignité et d'estime de soi, ainsi que le renforcement du respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de la diversité humaine ;
- l'épanouissement de la personnalité des personnes handicapées, de leurs talents et de leur créativité, ainsi que de leurs aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités ;

- la participation effective des personnes handicapées à une société libre ;
- que 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 ;
- que 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 ;
- qu'il soit procédé à des aménagements raisonnables en fonction des besoins de chacun ;
- que les personnes handicapées bénéficient, au sein du système d'enseignement général, de l'accompagnement nécessaire pour faciliter leur éducation effective ;
- que 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.

Sur le plan national

Les textes

En conformité avec ces textes internationaux, la loi du 11 février 2005 est à l'origine de ce que le ministère de l'Éducation nationale a qualifié d'« inversion fondamentale du principe de scolarisation des élèves handicapés ».

En effet, la loi de 2005 est venue supprimer le clivage traditionnel entre éducation ordinaire et éducation spéciale. Le principe posé par la loi de 2005 est que la scolarisation doit s'effectuer en milieu ordinaire et que la scolarisation dans un établissement du secteur sanitaire ou médico-social devient subsidiaire ou complémentaire.

La loi n° 2013-595 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République, du 8 juillet 2013, réaffirme la volonté de l'État de favoriser « l'inclusion scolaire » de tous les enfants sans distinction.

Le risque des vœux pieux

Si la loi enjoint, les pratiques peuvent en anéantir l'effet...

Le 6 novembre 2008, la Commission nationale consultative des droits de l'homme rend un avis au terme duquel elle constate de grandes disparités dans la scolarisation des enfants en situation de handicap.

La commission constate que :

- l'inscription ne signifie pas systématiquement une scolarisation effective :
Sur 162 000 élèves en situation de handicap, un nombre important ne

l'est que sur des temps partiels voire très partiels (3 heures/semaine).
On parle alors de « scolarisation perlée » ;

- une réticence du corps enseignant et un manque de formation aux différentes situations de handicap, et des difficultés extrêmes que rencontrent les MDPH à remplir leurs missions ;
- une inégalité de traitement des dossiers: le délai d'instruction des dossiers et l'attribution des aides à l'accompagnement sont différents d'une MPDH à une autre, mais aussi une inégalité de financement et d'implication des Conseils généraux.

Enfin, la commission constate que la scolarisation s'effectue beaucoup plus dans les établissements publics que privés : sur 162 000 élèves en situation de handicap (données de l'Éducation nationale), 145 000 élèves le sont dans des établissements publics.

Ces dysfonctionnements créent une rupture d'accompagnement sur les différents temps de la vie scolaire et périscolaire.

En 2009, le Comité des droits de l'enfant se félicite de l'adoption de la loi du 11 février 2005 mais se dit, toutefois, préoccupé par :

- le nombre élevé d'enfants qui, dans la pratique, ne vont à l'école que quelques heures par semaine ;
- l'instabilité des arrangements contractuels des postes d'auxiliaires de vie (AVS) et l'insuffisance des possibilités de formation ;
- les difficultés d'accès aux loisirs et aux activités culturelles ;
- le manque de structures d'accueil en outre-mer qui entrave la mise en œuvre de la loi de 2005.

Il s'est dit également soucieux de la situation des enfants souffrant de handicaps multiples qui rencontrent des difficultés de prise en charge.

Le juge

Le risque d'un droit est qu'il demeure une virtualité si le juge ne veille pas à son respect.

C'est ainsi que le 8 avril 2009, le Conseil d'État rendait une décision au terme de laquelle il rappelait qu'il incombe à l'État de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que le droit à l'éducation et l'obligation scolaire aient, pour les enfants handicapés, un caractère effectif. La carence de l'État est constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité (Conseil d'État, 8 avril 2009, n° 311434, Laruelle *et al.*).

Le politique

La deuxième conférence nationale du handicap, qui s'est déroulée au centre Georges Pompidou, à Paris, le mercredi 8 juin 2011, avait pour thème « pour une société inclusive pour tous et à tous les âges de la vie ».

Une série de mesures a été annoncée par le président de la République, en vue notamment de garantir l'accès de tous à l'éducation et à la formation.

Un décret n° 2012-903 du 23 juillet 2012 met en place l'aide mutualisée, introduite par la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012.

L'aide individuelle a pour objet de répondre aux besoins d'élèves qui requièrent une attention soutenue et continue, sans que la personne qui apporte l'aide puisse concomitamment apporter son aide à un autre élève handicapé. Elle est accordée lorsque l'aide mutualisée ne permet pas de répondre aux besoins d'accompagnement de l'élève handicapé.

Le choix politique a donc été de faire en sorte que l'aide individuelle devienne une aide d'exception.

Pour cela, il suffisait de donner une définition très restrictive du besoin d'accompagnement en aide individuelle, ce qui devait conduire à la définition suivante : « L'aide mutualisée est destinée à répondre aux besoins d'accompagnement d'élèves qui ne requièrent pas une attention soutenue et continue. »

Le défenseur des droits

En 2013, afin d'identifier les éventuelles ruptures d'accompagnement sur les différents temps de la vie scolaire et périscolaire, ainsi que leurs impacts sur la vie de ces enfants et de leur entourage, le Défenseur des droits a lancé un appel à témoignages sur les temps de vie scolaire et périscolaire auprès des parents d'enfants handicapés.

Selon l'enquête, 37 % des enfants concernés (sur un échantillon de 1 146 témoignages spontanés) seraient ainsi scolarisés à temps partiel et 65 % n'auraient pas accès aux activités périscolaires. Les raisons invoquées par les parents pour expliquer cette situation sont principalement liées au manque de personnels d'accompagnement et d'encadrement. Conséquences pour les parents : 69 % d'entre eux disent avoir dû renoncer à tout ou partie de leur activité professionnelle pour s'occuper de leur enfant handicapé.

De plus, l'appel à témoignages, lancé par le Défenseur en 2013, alors même que la réforme des rythmes scolaires n'était pas pleinement opérationnelle, faisait état de problèmes rencontrés par les enfants handicapés pour accéder aux activités périscolaires. L'accès aux activités de loisirs, culturelles ou sportives est un temps périscolaire auquel un faible nombre d'enfants handicapés accède : 65 % n'y ont pas accès et ce, même si la plupart (53 %) l'aurait souhaité.

Au titre de sa mission de promotion et de défense des droits de l'enfant, le 27 février 2015, le Défenseur des droits a adressé au Comité des droits de l'enfant son rapport d'appréciation sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant dans le cadre de l'examen du 5^e rapport périodique de la France, remis en septembre 2012.

Après avoir pris connaissance des réponses du gouvernement et ainsi que l'autorise la procédure devant le Comité, le Défenseur des droits et le Défenseur des enfants, ont adressé des observations complémentaires

le 14 décembre 2015 au Comité, en vue de l'audition de la France, au terme desquelles ils constatent qu'ils sont « toujours régulièrement saisis de situations d'enfants handicapés pour lesquels les orientations de la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) ne peuvent être suivies d'effet, en l'absence de places dans les établissements désignés, qu'il s'agisse d'un établissement médico-éducatif ou d'un service éducatif spécialisé de soins à domicile ».

La question s'est posée particulièrement concernant les enfants autistes, mais s'applique tout aussi bien aux familles d'enfants cérébro-lésés rencontrant les mêmes difficultés relatives à la rupture d'accompagnement.

L'avocat et le système assurantiel

Lorsqu'un accident est à l'origine de la situation de handicap, la réparation juridique, peut, par l'obtention de dommages et intérêts, devenir un outil de minoration des restrictions de participation.

Dans ce cas, l'obtention d'un financement sous forme de provision c'est-à-dire d'avance sur indemnisation va permettre à la famille d'engager du personnel adapté voire de mettre en place des cours à domicile, afin de pallier la rupture d'accompagnement qu'elle pourrait rencontrer en passant par le système de compensation actuel.

La nomenclature des postes de préjudices dite DINTILHAC prévoit l'indemnisation du poste Préjudice scolaire, universitaire ou de formation qui se définit de la manière suivante : « Ce poste de préjudice à caractère patrimonial a pour objet de réparer la perte d'année(s) d'étude que ce soit scolaire, universitaire, de formation ou autre consécutive à la survenance du dommage subi par la victime directe. Ce poste intègre, en outre, non seulement le retard scolaire ou de formation subi, mais aussi une possible modification d'orientation, voire une renonciation à toute formation qui obère ainsi gravement l'intégration de cette victime dans le monde du travail. »

Dans ces situations, les magistrats peuvent octroyer l'indemnisation sous forme de capital ou de rente visant non seulement à indemniser la perte de scolarité, ce qui est peu évaluable, mais aussi la perte de revenus future.

S'agissant d'une perte de chance, la chance perdue est d'autant plus importante que la probabilité sera forte de l'événement prévu, en l'occurrence l'obtention d'un emploi qualifié, l'examen des résultats scolaires ou universitaires étant le critère décisif du montant accordé.

Parfois, les magistrats écrivent que la perte de chance est quasi égale, sous réserve des aléas de l'existence à l'avantage qu'aurait procuré l'exercice de la profession.

Si l'on veut demain respecter les principes fixés par nos engagements internationaux, il faudra que la France accepte de modifier une politique qui pour l'instant permet de constater :

1. qu' il y a un écart fort entre normes, droits fondamentaux, intentions bienveillantes, discours et réalité du terrain ;
2. que les discours dissimulent sans cesse une volonté incertaine dans l'octroi des moyens ;
3. que l'incitation à inventer des solutions ne doit pas être un prétexte à accepter l'affaiblissement continu des financements.

C'est toute la difficulté à réaliser une vraie politique de mise en œuvre des droits fondamentaux...