



LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

LA LOI ET LES PERSONNES HANDICAPÉES

**Document de consultation
préliminaire :
Méthodes de définition de
l'incapacité**

JUIN 2009

Disponible en ligne à www.lco-cdo.org
Available in English
ISBN : 978-1-926661-08-7

LA COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

La Commission du droit de l'Ontario (CDO) est issue d'un partenariat entre la Fondation du droit de l'Ontario, le ministère du Procureur général, la faculté de droit Osgoode Hall et le Barreau du Haut-Canada, qui participent à son financement, ainsi que par les doyens des facultés de droit de l'Ontario. Elle est établie à l'Université York.

Le mandat de la CDO est de recommander des mesures de réforme du droit pour accroître la pertinence, l'efficacité et l'accessibilité du système de justice, améliorer l'administration de la justice grâce à la clarification et à la simplification de la loi, évaluer le recours aux moyens technologiques pour améliorer l'accès à la justice, stimuler les discussions juridiques essentielles et étudier des domaines qui ne sont pas suffisamment traités par la recherche. La CDO s'est engagée à effectuer des recherches et des analyses multidisciplinaires et à faire des recommandations holistiques, ainsi qu'à collaborer avec d'autres organismes et à consulter les groupes touchés et le public en général.

La CDO désire remercier la professeure Roxanne Mykitiuk, chercheure-résidente détachée de la faculté de droit Osgoode Hall pour son importante contribution.

Commission du droit de l'Ontario
Computer Methods Building
Bureau 201, 4850, rue Keele
Toronto (Ontario) Canada
M3J 1P3

Tél. : (416) 650-8406
Fax : (416) 650-8418
Courriel général : LawCommission@lco-cdo.org
Site web : www.lco-cdo.org

TABLE DES MATIÈRES

I. CONTEXTE	1
A. Projet portant sur la loi et les personnes handicapées	1
B. Facteurs à analyser et points de départ.....	2
C. Le présent document.....	3
II. L'INCAPACITÉ SELON LA LOI ONTARIENNE	5
III. L'ÉVOLUTION DES STRATÉGIES JURIDIQUES RELATIVES À L'INCAPACITÉ : CONTEXTE ET FACTEURS	11
A. Contexte.....	11
B. Quelques facteurs pertinents à la définition juridique de l'incapacité	12
1. <i>Les définitions législatives de l'incapacité</i>	<i>12</i>
2. <i>Jurisprudence et interprétation.....</i>	<i>13</i>
C. Stratégies pour une définition juridique de l'incapacité.....	15
IV. LES CONCEPTIONS DE L'INCAPACITÉ ET LEUR APPLICATION JURIDIQUE	17
A. Introduction	17
B. Le modèle biomédical.....	18
1. <i>Modèle axé sur la déficience et sur l'incapacité.....</i>	<i>18</i>
2. <i>Définitions statutaires utilisant le modèle biomédical.....</i>	<i>19</i>
3. <i>Apprendre des exemples.....</i>	<i>20</i>
i. <i>L'hypersensibilité environnementale.....</i>	<i>20</i>
ii. <i>Renseignements génétiques</i>	<i>21</i>
C. Le modèle des limitations fonctionnelles	22
1. <i>Variante du modèle axé sur la déficience</i>	<i>22</i>
2. <i>Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé de l'OMS... 23</i>	<i>23</i>
3. <i>Définitions statutaires fondées sur le modèle des limitations fonctionnelles</i>	<i>24</i>
4. <i>Apprendre des exemples.....</i>	<i>26</i>
i. <i>Les problèmes de santé temporaires.....</i>	<i>26</i>
ii. <i>La capacité juridique et la compétence.....</i>	<i>28</i>
D. Le modèle social.....	30
1. <i>Modèle axé sur les obstacles environnementaux et la création de l'incapacité.....</i>	<i>30</i>
2. <i>Apprendre des exemples.....</i>	<i>31</i>
i. <i>L'obésité</i>	<i>31</i>
ii. <i>L'infertilité.....</i>	<i>32</i>
E. Le modèle des droits de la personne	33

1.	<i>Modèle axé sur l'égalité et la dignité des personnes handicapées</i>	33
2.	Convention relative aux droits des personnes handicapées de l'Organisation des Nations Unies	34
3.	<i>Une étude de cas relative à l'évolution de la notion d'incapacité</i>	34
4.	<i>Apprendre des exemples : la dépendance</i>	37
F.	Les modèles mixtes	38
1.	La classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé de l'OMS 39	
2.	<i>Les mesures de l'incapacité adoptées par Statistique Canada</i>	39
3.	<i>L'élaboration d'un modèle mixte : l'identité sexuelle</i>	41
V.	VERS UNE MÉTHODOLOGIE STRUCTURÉE	43
VI.	PROCHAINES ÉTAPES	47
VII.	NOTES DE FIN DE TEXTE	49

I. CONTEXTE

A. Projet portant sur la loi et les personnes handicapées

À l'automne 2007, le Conseil des gouverneurs de la Commission du droit de l'Ontario (CDO) a approuvé un projet portant sur la législation touchant les personnes handicapées et ceux avec qui elles interagissent.

Ce projet a pour but d'élaborer une méthodologie cohérente pour ce domaine du droit. Cela signifie qu'au même titre que le projet de la CDO portant sur le droit et les personnes âgées, le présent projet ne cherchera pas à corriger une problématique spécifique, mais plutôt à élaborer un cadre d'analyse structuré pour le domaine du droit étudié, qui servira à façonner les initiatives législatives qui toucheront les personnes handicapées ou qui modifieront le droit actuel. Les lois, les politiques et les programmes existants pourront servir d'exemples dans l'élaboration et dans l'illustration de ce cadre d'analyse.

Les personnes âgées sont plus susceptibles d'être invalides que leurs cadets. Plusieurs des problématiques les plus complexes en droit des aînés se rapportent au droit des personnes handicapées, comme la vie en établissement, la prise de décision par un tiers et le soutien des aidants naturels. Il existe donc des zones de chevauchement importantes entre ces deux projets. La CDO croit que ces derniers profiteront d'un traitement en tandem.

Le projet portant sur la loi et les personnes handicapées a une portée très large. Compte tenu de la grande diversité des lois et de politiques ontariennes qui ont un impact sur les personnes handicapées dans des domaines aussi diversifiés que l'emploi, le soutien du revenu, le transport, le cadre bâti, le droit de la santé, le soutien aux aidants naturels, l'éducation ou la santé mentale, le simple fait de préciser le cadre d'analyse existant, ainsi que les principes et les hypothèses qui le sous-tendent, ou la façon dont il a été opérationnalisé, constitue un défi en soi, sans même traiter de l'établissement d'un fondement structuré de réforme, ni de l'évolution de ce domaine du droit. Il s'agira donc d'un projet pluriannuel en plusieurs étapes.

Les personnes handicapées représentent une partie très importante de la population canadienne – 14,3 pour cent (et 15,5 pour cent des Ontariens), selon les résultats de l'*Enquête sur la participation et les limitations d'activités* (EPLA) de Statistique Canada de 2006.¹ Le nombre et la proportion des Canadiens ayant des déficiences augmentent de façon constante, en partie, mais pas seulement, à cause du vieillissement de la population canadienne.² Les personnes handicapées représentent donc une partie importante de la population. Compte tenu de la fréquence accrue de l'incapacité liée au

La loi et les personnes handicapées

vieillesse, certains font référence aux personnes non atteintes de déficiences comme étant « non *encore* handicapées », et remarquent qu'en mettant l'incapacité dans un tel contexte, presque tout le monde expérimentera l'incapacité, à un moment ou à un autre, soit directement, soit par un proche.

Les 40 dernières années ont connu un important mouvement visant à reconnaître l'expérience des personnes handicapées ainsi que leurs droits. Les personnes handicapées se sont organisées et concertées pour défendre leurs intérêts, et les postulats traditionnels sur la nature de l'incapacité ont été contestés et transformés. Le handicap a été ajouté aux motifs de protection en vertu du *Code des droits de la personne* de l'Ontario;³ le *Code du bâtiment* de l'Ontario comprend maintenant des normes minimales d'accessibilité;⁴ la désinstitutionnalisation des personnes handicapées a considérablement progressé; et les écoles primaires et secondaires publiques offrent des programmes d'éducation spécialisée. La *Charte canadienne des droits et libertés* et les lois sur les droits de la personne ont permis des victoires juridiques importantes.⁵ Parmi les initiatives récentes, citons l'adoption et la mise en application graduelle de la *Loi de 2005 sur l'Accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*,⁶ la nouvelle *Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle* ontarienne,⁷ la nouvelle Commission de la santé mentale du Canada et, au plan international, la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* de l'Organisation des Nations Unies,⁸ que le Canada devrait ratifier.

Malgré tout cela, les personnes handicapées continuent à faire face à des désavantages considérables et variés en comparaison à leurs semblables non handicapés. Les personnes handicapées sont aux prises avec des obstacles pour avoir accès à l'éducation qui peuvent compromettre leur scolarité.⁹ Elles sont moins susceptibles de travailler, et lorsqu'elles le font, il est probable qu'elles gagnent moins et qu'elles détiennent un emploi précaire.¹⁰ (Il peut donc y avoir un chevauchement entre ce projet et le projet concomitant de la CDO sur les employés vulnérables et l'emploi précaire.) Dans l'ensemble, elles sont significativement plus susceptibles d'avoir de faibles revenus.¹¹ Les personnes handicapées sont aussi significativement plus susceptibles d'être victimes de crimes violents et de violence conjugale.¹² Cela laisse entendre qu'un réexamen critique des orientations juridiques actuelles en matière d'incapacité serait nécessaire, tout comme l'élaboration d'un nouveau cadre de principes pour ce domaine du droit. La CDO espère qu'ultimement, ce projet fournira une aide précieuse en droit et en politique publique pour entreprendre un tel effort.

B. Facteurs à analyser et points de départ

En amorçant ce projet, la CDO a répertorié un certain nombre de facteurs à analyser, ou points de départ, qui déterminera la stratégie de la CDO par rapport à la loi et aux personnes handicapées. La CDO fera ce qui suit :

- Elle emploiera un cadre d'analyse croisé, afin de tenir compte de l'impact des facteurs suivants sur les expériences des personnes handicapées : le genre, l'orientation sexuelle, l'âge, la catégorisation raciale, l'appartenance à la population autochtone, le statut de citoyen, la situation de famille, le statut socio-économique et d'autres facteurs pertinents;
- Elle analysera les lois applicables aux personnes handicapées dans le cadre plus large de leurs conditions sociales et économiques et dans celui où le droit est créé, interprété et exécuté et où on y obtient accès;
- Elle s'engage à comprendre la loi telle qu'elle se manifeste dans les expériences de vie des personnes handicapées et à tenir compte de la façon dont les personnes handicapées perçoivent leurs interactions avec la loi; dans cette optique, la CDO utilisera une perspective de vie entière lorsqu'elle étudiera l'impact de la loi sur les personnes handicapées;
- Elle adoptera comme point de départ de son analyse un cadre de droits à l'égalité/droits de la personne, fondé sur les principes sous-tendant la *Charte canadienne des droits et libertés* et le *Code des droits de la personne* de l'Ontario;
- Elle tiendra compte du contexte international global des droits de la personne, y compris les principaux actes instrumentaires et documents de politique internationaux en matière de droits de la personne.

C. Le présent document

Le présent document constitue la première étape du projet. Son but est d'aider à en définir l'étendue. Afin de comprendre le droit qui s'applique aux personnes handicapées, il faut d'abord comprendre ce que signifie le terme « personne handicapée ». Cette question est loin d'être aussi simple qu'elle paraît. La réponse à y apporter a changé selon les époques, non seulement dans la population en général, mais aussi parmi les théoriciens, les juristes et les décideurs. Les cadres juridiques que l'on applique actuellement en Ontario en matière d'incapacité reflètent une multiplicité de visions et de définitions. La question continue de faire l'objet de discussions animées et le concept est en constante évolution.

La réponse importe, cependant. Elle permet de déterminer les besoins qui seront reconnus et traités. Les définitions législatives de l'incapacité servent souvent à déterminer qui aura droit aux avantages sociaux et aux programmes gouvernementaux et qui pourra faire valoir ses droits. Qui plus est, la réponse apportée à cette question reflète ce que nous pensons des problématiques

La loi et les personnes handicapées

associées à l'incapacité et elle modèle les types de programmes et de politiques remédiant à l'incapacité que nous considérons comme appropriés.

Ce document délimitera certaines des stratégies conceptuelles clés en matière d'incapacité et il analysera comment elles ont évolué au fil du temps. Il examinera les définitions de l'incapacité comprises dans les principaux textes internationaux, dans les cadres stratégiques canadiens influents et dans la recherche démographique. Il fournira un bref aperçu de la législation ontarienne en matière d'incapacité et des types de méthodes utilisées dans les lois et dans les règlements pour définir le concept. Le domaine est large et ce document ne prétend pas être exhaustif : son but est de répertorier les idées, les tendances et les problématiques principales. Il soulèvera enfin des pistes de réflexion avant de choisir quelle définition du concept adopter.

La CDO aimerait connaître votre point de vue sur les questions soulevées par ce document et elle en tiendra compte lors de la délimitation de l'étendue de ce projet et de l'élaboration de sa conception de l'incapacité. Des détails sur la formulation de vos commentaires sont fournis à la fin des présentes.

II. L'INCAPACITÉ SELON LA LOI ONTARIENNE

Avant d'analyser les orientations juridiques privilégiées dans les définitions de l'incapacité, il est utile de tenir d'abord compte du paysage juridique général environnant en Ontario et de la nature et des objectifs des lois qui touchent les personnes handicapées.

Les lois ontariennes qui influencent les personnes handicapées sont soumises à la *Charte canadienne des droits et libertés* et doivent être analysées en fonction de cette dernière. L'article 15 de la *Charte*, qui est entré en vigueur en 1985, garantit l'égalité devant la loi, ainsi que le même bénéfice et la même protection de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment de celle fondée sur les déficiences mentales ou physiques (termes que la *Charte* ne définit pas). Le paragraphe 15(2) protège les lois, les programmes ou les activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés pour différents motifs, y compris pour leurs déficiences mentales ou physiques.¹³ Les dispositions sur le droit à l'égalité dans la *Charte* ont joué un rôle très important dans l'avancement des droits des personnes handicapées, en permettant d'articuler le droit à l'inclusion et à la participation, et de mettre de l'avant le principe de l'accommodement.¹⁴

Les cadres stratégiques et les engagements internationaux ont aussi grandement influencé les orientations stratégiques canadiennes. Comme nous en discuterons plus tard dans ce document, le travail de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) au sujet de la déficience et de l'incapacité a eu une grande influence au Canada, et la nouvelle *Convention relative aux droits des personnes handicapées* de l'Organisation des Nations Unies devrait avoir un impact significatif sur la politique relative aux déficiences, tant au fédéral qu'au provincial.

Il existe en Ontario un vaste éventail de lois qui ont un impact sur les personnes handicapées. Certaines sont en partie centrées sur des questions liées à l'incapacité, alors que d'autres ne traitent d'incapacité qu'indirectement. Ces lois abordent une vaste gamme de questions, y compris le transport, l'éducation, les mesures d'adaptation au travail, le soutien du revenu et la sécurité, les appareils fonctionnels et l'administration de la justice.

Il faut noter que de nombreuses lois ne traitent pas explicitement de l'incapacité, mais qu'elles ont quand même un impact important et disparate sur les personnes handicapées. Les lois qui négligent l'existence des personnes handicapées et qui omettent donc de tenir compte de leurs expériences et de leur situation peuvent créer des obstacles. Ainsi, celles relatives au divorce, à la pension alimentaire ou à la garde des enfants ne font pas explicitement référence aux questions liées à l'incapacité. Cependant, lorsque des décideurs

se fient à des stéréotypes quant à la capacité des personnes handicapées d'agir comme parents, ou qu'ils omettent de tenir compte des besoins des personnes handicapées lorsqu'ils décident du partage des biens, de la pension alimentaire ou de la résidence familiale, ils peuvent les désavantager. Les lois qui exigent que les citoyens fournissent des renseignements ou remplissent des formulaires avant d'avoir accès à des programmes ou à des avantages, et qui ne tiennent pas compte des besoins des personnes ayant des troubles de communication ou des déficiences intellectuelles peuvent involontairement créer des obstacles à l'accès.

Les lois ontariennes relatives à l'incapacité ont une multitude d'objectifs qui influencent la conception du handicap que chaque loi véhicule; c'est pourquoi il est important de les reconnaître. Aux fins de cette analyse, les lois ontariennes relatives à l'incapacité peuvent être divisées en trois grandes catégories : celles qui promeuvent la levée des obstacles auxquels se butent les personnes handicapées, celles qui leur donnent accès à des avantages, à de l'aide ou à des accommodements et celles qui restreignent leurs rôles, leurs activités ou leurs décisions.

1. Lois promouvant la levée des obstacles auxquels se butent les personnes handicapées

Ces lois sont uniques en ce que leurs principaux objectifs sont de reconnaître les personnes handicapées en tant que groupe désavantagé et de supprimer les obstacles auxquels elles se butent afin de parvenir à l'égalité et à la participation à part entière. Ces lois exigent que les organismes et les personnes physiques prennent des mesures proactives dans de nombreux domaines pour que les personnes handicapées parviennent à l'égalité pour et qu'elles soient incluses. Seules trois lois ontariennes se classent dans cette catégorie. La plus ancienne d'entre elles est le *Code des droits de la personne* de l'Ontario,¹⁵ qui inclut depuis 1982 le handicap (terme devenu « disability » en anglais) comme motif de protection. Selon le *Code*, les personnes handicapées ont droit à un traitement égal, sans discrimination en matière d'emploi, de logement, de services, de biens, d'installations, de contrats ou d'adhésion à un syndicat ou à une autre association professionnelle. Le *Code* prévoit des mécanismes à la fois proactifs et réactifs pour faire valoir ces droits.¹⁶ Il convient de souligner que, depuis quelques années, le handicap a été le motif du *Code* le plus souvent cité dans les plaintes de discrimination, apparaissant dans plus de la moitié des plaintes à la Commission ontarienne des droits de la personne (et ce, avant les très récentes modifications aux mécanismes d'exécution prévus au *Code*).¹⁷

Plus récemment, le gouvernement a édicté la *Loi de 2001 sur les personnes handicapées de l'Ontario* (LPHO)¹⁸, puis la *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario* (LAPHO).¹⁹ L'étendue de la LAPHO est beaucoup plus large que celle de la LPHO, mais les deux ont pour but de retirer systématiquement tous les obstacles physiques, technologiques,

informationnels, d'attitude ou de communication auxquels les personnes handicapées se butent. La LPHO s'applique au secteur public élargi, ce qui comprend les transporteurs, les établissements d'enseignement et les municipalités, et elle exige que des plans d'accessibilité soient mis en place. La LAPHO s'applique autant au secteur privé qu'au secteur public et, parmi les mesures qu'elle instaure, elle prévoit un processus d'élaboration de normes d'accessibilité dans des industries, des secteurs économiques ou des catégories de personnes et d'organismes donnés.

2. Lois donnant accès à des avantages, à de l'aide ou à des accommodements pour les personnes handicapées

De nombreuses lois ontariennes reconnaissent la situation particulière des personnes handicapées, soit en tant que groupe élargi ou pour des types précis de déficiences, et elles fournissent l'accès à l'aide, aux avantages et aux mesures d'adaptation visant à corriger leur désavantage, à leur fournir de l'aide ou à améliorer leurs chances. Certaines se concentrent sur les besoins liés à l'incapacité, alors que d'autres s'adressent à la population en général et fournissent des mesures d'adaptation ou du soutien propres aux personnes handicapées.

À titre d'exemple, le désavantage auquel les personnes handicapées sont confrontées pour obtenir et conserver leur emploi, ainsi que les faibles niveaux de revenu qui y sont associés, sont partiellement abordés en Ontario par des programmes de soutien du revenu, les deux plus importants étant le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées (POSPH) (prévu selon la *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*²⁰), qui prévoit un programme d'aide sociale à part pour les personnes handicapées qui répondent aux critères d'admissibilité spécifiés, et le programme sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail, qui fournit des revenus et des mesures de soutien pour le retour au travail aux personnes atteintes de déficiences temporaires ou permanentes à cause d'accidents du travail.²¹

Il existe de nombreuses lois qui donnent accès à des programmes ou à des politiques adaptés aux personnes handicapées pour leur donner des chances égales de participer et de tirer avantage des programmes gouvernementaux. Peut-être la plus importante d'entre elles est la disposition prévue à la *Loi sur l'éducation*²² qui prévoit un soutien individuel, des méthodes d'enseignement et des programmes d'enseignement adaptés pour les « élèves en difficulté ». Parmi les autres exemples, citons les politiques ou règlements municipaux qui prévoient le transport adapté pour les personnes handicapées qui ne peuvent pas utiliser les services usuels de transport en commun et la disposition touchant les « permis de stationnement pour personnes handicapées » selon le *Code de la route*, qui permet aux personnes à mobilité réduite de stationner leurs véhicules à une distance raisonnable de leur lieu de destination.²³

Le gouvernement ontarien fournit également des avantages afin de répondre aux besoins particuliers des personnes handicapées. À titre d'exemple, la taxe sur la vente au détail ontarienne ne s'applique pas à l'achat de certains types d'appareils fonctionnels²⁴ et l'Ontario finance un programme d'adaptation des habitations et des véhicules.²⁵

Il existe de nombreux services et mesures de soutien visant les enfants handicapés, y compris les services de développement de l'enfant prévus à la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*,²⁶ les programmes de garderie pour enfants handicapés selon la *Loi sur les garderies*,²⁷ le répit pour les familles d'enfants handicapés et une prestation pour enfants handicapés pour les familles qui s'occupent d'un enfant ayant une déficience physique ou mentale sévère ou prolongée.²⁸

3. Lois restreignant les rôles, les activités ou les décisions des personnes handicapées

Les lois citent fréquemment l'incapacité comme facteur jouant sur l'opportunité d'assumer certains rôles ou de participer à certaines décisions. Cela importe le plus souvent dans le cas de déficiences de type psychiatrique, développemental, cognitif ou intellectuel et est considéré comme une question de « capacité juridique » ou de « compétence ». L'absence de « capacité juridique » peut, par exemple, être un motif pour suspendre le permis d'exercice d'un avocat selon la *Loi sur le Barreau*²⁹ ou pour nommer un tuteur à l'instance selon la *Loi sur les tribunaux judiciaires*.³⁰ Aux termes de la *Loi sur la Preuve*, le témoignage de toute personne considérée comme atteinte d'incapacité mentale ne pourra pas servir de fondement pour une décision judiciaire à moins d'être corroboré, une mesure pouvant avoir des conséquences sérieuses sur l'habileté des personnes handicapées mentales d'obtenir réparation, notamment, lorsqu'elles ont subi des sévices ou qu'elles ont été exploitées.³¹

De façon encore plus sérieuse, c'est la possession de la capacité juridique qui détermine si une personne handicapée peut prendre des décisions au sujet des aspects les plus fondamentaux de sa vie. La possession de la capacité mentale requise est exigée afin de se marier³² ou pour faire un testament valide. Qui plus est, des régimes législatifs créent des mécanismes de décision substitués complexes lorsqu'une personne physique est considérée ne pas détenir la capacité juridique nécessaire à la prise de décision sur des soins de santé, des soins personnels ou la gestion de ses biens. La *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*³³ prévoit les procédures et les exigences visant à consentir à un traitement médical, à l'admission dans des établissements de soins ou aux services d'aide personnelle pour les personnes « incapables ». La *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*³⁴ établit des procédures pour prendre des décisions au nom d'autrui en matière de biens ou de soins personnels en cas de perte de « capacité ». Une personne qui perd sa capacité juridique peut,

par exemple, être institutionnalisée contre son gré. Une décision en vertu de la *Loi sur la santé mentale*³⁵ selon laquelle une personne est mentalement incapable peut entraîner la prise de décisions relatives à son traitement sans son consentement. La perte du droit de prendre de telles décisions fondamentales peut rendre les personnes handicapées extrêmement vulnérables à l'exploitation et aux abus.

III. L'ÉVOLUTION DES STRATÉGIES JURIDIQUES RELATIVES À L'INCAPACITÉ : CONTEXTE ET FACTEURS

Comme nous le mentionnerons en détail dans la partie IV, depuis les années 1960, la conception de l'incapacité a connu une évolution constante. Dans cette partie, nous mettrons les choses en contexte afin de comprendre et d'évaluer les discussions en cours au sujet des notions juridiques liées à l'incapacité.

A. Contexte

Le terme « incapacité » peut sembler avoir une signification évidente, de « sens commun ». Un rappel historique démontre cependant que l'incapacité a été comprise selon des perspectives différentes en fonction des périodes et des cultures. Ainsi, jusqu'à relativement récemment en Europe, l'incapacité était abordée dans une perspective principalement religieuse. Elle était vue comme un signe divin ou comme si elle découlait de l'exercice de pouvoirs surnaturels. De façon plus particulière, l'incapacité mentale s'expliquait par l'intervention de forces diaboliques.³⁶ La conception de l'incapacité est donc façonnée par des influences de nature culturelle et économique.³⁷

Pendant une bonne partie du 20^e siècle, il y avait un fort consensus entre les législateurs, les personnes responsables des politiques, les théoriciens et la population en général sur la nature de l'incapacité – il s'agissait d'une question d'ordre biomédical ayant pris racine dans des tragédies personnelles, que l'on pouvait mieux aborder par le biais de la charité et le cas échéant, par le traitement ou la réadaptation. Ainsi, la définition de l'incapacité n'était pas controversée : c'était une question de « sens commun ».

Depuis la fin des années 1960, ce consensus s'est fragmenté, alors que des activistes et des théoriciens ont introduit de nouvelles orientations relatives à l'incapacité, qui ont remis en question les perceptions habituelles. Le domaine fait maintenant l'objet de discussions complexes et continues : il n'existe plus de conception unique acceptée par tous.

Ce débat se poursuit de façon évidente dans plusieurs forums et à plusieurs niveaux – pas seulement dans les milieux académiques, mais aussi dans les tensions, débats et changements continus de la politique publique et du droit. À titre d'exemple, l'Organisation mondiale de la santé a créé de nouveaux systèmes de classification de l'incapacité en 1980, puis en 2001, et ces systèmes ont fait l'objet de discussions et d'intercessions continues. Statistique Canada a récemment révisé sa définition de l'incapacité utilisée pour recueillir des renseignements à cet égard. Et, non étonnamment, il y a eu de nombreux

développements et des fragmentations dans les orientations juridiques visant à comprendre et à définir l'incapacité.

B. Quelques facteurs pertinents à la définition juridique de l'incapacité

Lorsqu'on étudie les orientations juridiques relatives à l'incapacité, il est utile de tenir compte du contexte dans lequel ces définitions sont élaborées et interprétées, y compris la portée des lois visées, le rôle des définitions dans les régimes législatifs relatifs aux personnes handicapées et les situations qui ont donné lieu à la jurisprudence cherchant à définir l'incapacité.

1. Les définitions législatives de l'incapacité

Assez souvent, les lois et les règlements qui font référence au « handicap » ne le définissent pas : décider qui est ou n'est pas handicapé aux termes de la loi est laissé à l'interprétation du décideur, qui se prononce habituellement au cas par cas. À titre d'exemple, la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* tient compte de « l'invalidité » d'un consommateur lorsqu'il faut décider si ce dernier n'est raisonnablement pas en mesure de protéger ses intérêts et s'il a fait l'objet d'une assertion abusive, mais elle ne fournit aucun guide d'interprétation quant à la signification d'« invalidité » (*disability* en anglais).³⁸ La *Loi électorale* prévoit des accommodements aux procédures d'élection pour faciliter l'accès aux « électeurs handicapés », mais n'en donne aucune définition.³⁹

Lorsque les lois ontariennes définissent l'incapacité, il existe de fortes variantes au niveau de la démarche et aucune constance perceptible au niveau des principes soutenant le choix des orientations législatives pour les définitions, comme nous en discuterons plus tard dans ce document. Compte tenu du manque actuel d'orientation conceptuelle unifiée relative à l'incapacité, cela ne devrait pas étonner.

Bien entendu, puisque les raisons d'être des programmes et des lois traitant de l'incapacité varient grandement, des variantes quant à leur portée sont inévitables. À titre d'exemple, les lois restreignent souvent la portée du terme « handicap » à certains types précis d'incapacité, afin de refléter leurs objectifs. Ainsi, l'objectif du *Code du bâtiment* ontarien, dans la mesure où il traite de questions d'incapacité, vise l'accessibilité de l'environnement bâti. Sa définition du handicap est donc limitée aux personnes ayant une déficience physique ou sensorielle (même si l'on peut prétendre que les personnes ayant, notamment, des déficiences cognitives ou développementales pourraient également tirer avantage de caractéristiques spéciales relatives à l'accessibilité).⁴⁰ De la même façon, des procédures particulières peuvent être intentées pour obtenir le témoignage d'une personne incapable de se présenter à une audition selon la

Loi sur les établissements de bienfaisance « en raison de son âge, d'une infirmité ou d'un handicap physique ». ⁴¹

Lorsqu'on se penche sur les orientations juridiques pour définir le « handicap », il est toujours utile de garder à l'esprit que la plupart des lois traitant de l'incapacité font partie de la catégorie des lois qui fournissent des avantages, de l'aide et des accommodements aux personnes handicapées. Le maintien de l'étendue et de l'intégrité du programme est au cœur des préoccupations. Les définitions de l'incapacité dans ces lois servent habituellement à décider de l'admissibilité aux programmes et aux services, et le fait de s'assurer qu'elles prévoient un mécanisme clair et facile à gérer pour décider de l'admissibilité aux services et pour leur prestation est donc perçu comme un besoin. Cela influence à la fois la définition de la loi et la jurisprudence qui s'y rapporte. Par exemple, les jugements qui traitent de la définition d'« incapacité » en vertu de la *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées* découlent habituellement de situations où le ministère des Services sociaux et communautaires, et le Tribunal de l'aide sociale par la suite, ont refusé de l'aide sociale à des demandeurs au motif que la déficience alléguée n'est pas assez importante, qu'elle n'a pas d'impact suffisant sur les fonctions de la vie quotidienne ou qu'elle n'a pas été adéquatement vérifiée. Les personnes recherchent l'étiquette du « handicap » afin d'avoir accès à des avantages et à du soutien, alors que les institutions la retiennent de façon à conserver les normes de leurs programmes. ⁴² Une dynamique semblable joue souvent dans la jurisprudence en droits de la personne, lorsque l'étiquette du « handicap » est essentielle pour avoir la chance d'obtenir réparation en cas de perte d'emploi ou d'accès à des services importants.

2. Jurisprudence et interprétation

Nul ne sera étonné du fait qu'il existe une jurisprudence abondante cherchant à interpréter les termes « incapacité », « handicap », « déficience », « invalidité » ou autres termes connexes. Cependant, la jurisprudence, comme les dispositions législatives, fait état d'une vision inégale de ces termes. Une étude de la jurisprudence et des analyses juridiques s'y rapportant révèlent à la fois l'existence de querelles continues et d'une évolution des pensées. Comme nous en discuterons plus tard dans ce document, des conditions telles que l'obésité, la dépendance, l'infertilité ou des problèmes de santé temporaires sont parfois considérées comme des déficiences, mais pas toujours, ce qui démontre les tensions continues entre les diverses philosophies de l'incapacité.

Une grande partie de la jurisprudence se rapporte aux lois relatives aux droits de la personne. Il est alors important de se rappeler que les tribunaux interprètent les dispositions de ces lois de façon large, libérale et téléologique compte tenu de leurs objectifs et de leur statut quasi constitutionnels, ce qui n'est généralement pas la démarche appliquée pour les dispositions d'admissibilité

contenues à d'autres lois. À titre d'exemple, la Cour suprême du Canada a interprété de façon très large la définition de handicap selon le Code québécois des droits de la personne,⁴³ alors que, dans une décision subséquente, la Cour d'appel fédérale a préféré interpréter plus strictement la définition d'invalidité employée pour déterminer l'admissibilité à certains avantages selon le Régime de pensions du Canada.⁴⁴ Une étude de la jurisprudence sur les droits de la personne pourrait ne pas suffire à expliquer pleinement les démarches privilégiées par les tribunaux dans l'interprétation de la notion d'incapacité.

Les faits servant d'assise à la jurisprudence ne représentent pas nécessairement l'éventail complet des circonstances selon lesquelles la loi a une influence sur les personnes handicapées ou qui ont des déficiences. À titre d'exemple, les jugements relatifs à la « compétence mentale » ou à la « capacité juridique » sont rendus dans des cas complexes, et, souvent, lorsque les membres d'une même famille sont en conflit et cherchent à obtenir des déclarations que réfute la personne prétendument incapable ou incompétente. Les causes en droit de la personne surviennent le plus souvent dans un contexte d'emploi, et plus rarement dans celui d'une location résidentielle, ce qui ne reflète pas nécessairement l'incidence relative de la discrimination dans ces deux sphères sociales, mais plutôt le fait que la discrimination au travail est plus susceptible d'une réparation efficace (par le biais de dommages-intérêts ou d'une réintégration) que ne l'est la perte de chance de louer un appartement.

Comme l'analyse contenue aux présentes au sujet de l'évolution de l'interprétation de la notion d'« incapacité » dans les lois sur les droits de la personne le démontrera, une même expression législative peut avoir été interprétée de façons très différentes, et donc avoir entraîné des résultats divergents et un impact majeur sur les droits et les chances des personnes handicapées. Dans de tels cas, l'évolution de la conception de l'incapacité aura joué de façon importante dans l'interprétation du terme « handicap » dans les lois sur les droits de la personne, et donc influé sur l'habileté des personnes atteintes d'une gamme de problèmes de santé et de déficiences de demander réparation en vertu de ces lois.

Également, puisqu'un grand nombre de définitions statutaires de l'incapacité servent à gérer l'accès à des programmes gouvernementaux, des exigences administratives extérieures à la loi peuvent avoir un effet pratique sur la façon dont les définitions sont appliquées aux demandeurs d'aide. Par exemple, lors de ses consultations publiques sur le système ontarien d'éducation spécialisée en 2002, la Commission ontarienne des droits de la personne a entendu que, compte tenu de la façon dont le financement relatif aux étudiants handicapés était structuré et attribué, les conseils scolaires surétiquetaient et surreprésentaient parfois les besoins des étudiants handicapés de façon inappropriée pour hausser leurs niveaux de financement.⁴⁵

C. Stratégies pour une définition juridique de l'incapacité

Malgré de vigoureux débats et une évolution considérable de la conception de l'incapacité des théoriciens, des défenseurs des droits et des décideurs, jusqu'à tout récemment, les définitions législatives de l'incapacité ont attiré relativement peu d'attention. Cependant, le gouvernement fédéral a récemment reconnu le manque de vision cohérente dans la définition législative de l'incapacité comme source potentielle d'inquiétude.

Lorsque les ministres provinciaux, territoriaux et fédéral responsables du développement social ont publié *À l'unisson : une approche canadienne concernant les personnes handicapées* en 1998,⁴⁶ document qui décrivait leur vision et leurs stratégies à long terme pour promouvoir l'inclusion intégrale des personnes handicapées à la société canadienne, ils n'ont pas étudié les définitions législatives de l'incapacité, ni retenu de définition particulière, même s'ils ont reconnu l'importance de la définition internationale la plus pertinente, celle de la *Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé* de l'Organisation mondiale de la santé. Le rapport mentionne toutefois que la plupart des Canadiens auront à faire face à une forme ou à une autre d'incapacité ou de limitation fonctionnelle dans le cadre normal de leur vieillissement et que les personnes handicapées canadiennes sont un groupe diversifié.

Cependant, lorsque le gouvernement canadien a publié son premier rapport d'ensemble sur l'incapacité au Canada en 2002, intitulé *Vers l'intégration des personnes handicapées*⁴⁷, il a reconnu les difficultés inhérentes à la définition de l'incapacité, et ce, plus particulièrement dans un contexte législatif où une telle définition sert également de critère d'admissibilité à des programmes gouvernementaux importants, comme le Régime de pensions du Canada, la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* et la Pension d'invalidité des anciens combattants. Le rapport a étudié plusieurs stratégies relatives à l'incapacité et a conclu qu'aucune définition ne pouvait tenir compte de tous ses aspects.

Pour donner suite à *Vers l'intégration des personnes handicapées*, le gouvernement fédéral a effectué une étude des définitions utilisées dans la législation et dans les programmes fédéraux et il a préparé un document de synthèse, *Définir l'incapacité : une question complexe*, publié en 2003.⁴⁸ Ce document faisait une révision des définitions de l'incapacité dans les principaux programmes et lois et il en fournissait un cadre d'étude.

Ce rapport concluait qu'alors qu'aucune définition unique de l'incapacité n'existait au fédéral, les choses pouvaient ne pas être aussi problématiques qu'il y paraissait à première vue :

L'incapacité est un concept multidimensionnel qui renvoie à des caractéristiques objectives et subjectives. Une seule définition

La loi et les personnes handicapées

« fonctionnelle » pour tous les programmes fédéraux n'est ni possible ni souhaitable. Les enjeux auxquels il faut s'attaquer dépassent de loin le concept des définitions.⁴⁹

Le rapport concluait également qu'une définition de l'incapacité pouvait servir de critère d'admissibilité à un programme, mais qu'un critère d'admissibilité ne devait pas être confondu à une définition. Des différences entre critères d'admissibilité peuvent signifier que l'on a tenté de tenir compte de situations et de besoins différents chez les personnes handicapées. Des programmes différents ont des objectifs et des buts différents, certains liés à l'incapacité, d'autres pas. Ainsi, le rapport ne prit pas parti pour l'élaboration d'une stratégie fédérale harmonisée pour la définition de l'incapacité.

IV. LES CONCEPTIONS DE L'INCAPACITÉ ET LEUR APPLICATION JURIDIQUE

A. Introduction

Comme nous l'avons indiqué précédemment, au cours des quarante dernières années, les mentalités ont rapidement évolué au sujet de la nature et de la signification de « l'incapacité ». Il existe aujourd'hui de nombreux points de vue concurrents et la notion d'« incapacité » fait l'objet de discussions et de débat importants et complexes.

Notre but n'est pas d'examiner dans le détail tous ces points de vue, ni de faire entièrement état du débat en cours : compte tenu de la complexité et de la multiplicité des questions impliquées, la tâche exigerait un trop long document. Nous mettrons plutôt l'accent sur certaines facettes de ces concepts et discussions dans cette partie du document, pourvu qu'ils soient pertinents pour l'élaboration et la compréhension d'une définition juridique de l'incapacité et pour l'orientation que nous avons choisie pour ce projet.

Les théoriciens ont catégorisé les concepts de l'incapacité de différentes façons. Habituellement, l'axe de différenciation choisi a tourné autour du rôle des « déficiences » dans l'expérience de l'incapacité. Plusieurs d'entre eux ont donc catégorisé les façons de concevoir l'incapacité dans deux grands groupes : le premier, axé sur la déficience et le second, sur l'interprétation sociale de l'incapacité. Il s'agit de la distinction fondamentale. Si l'on se fie cependant à une analyse des concepts qui apparaissent dans les définitions statutaires de l'incapacité et dans la jurisprudence connexe, il peut être utile de subdiviser ces deux catégories. La CDO a donc catégorisé les définitions juridiques de l'incapacité en Ontario selon quatre orientations conceptuelles :

1. **Le modèle biomédical** : Un modèle purement fondé sur les déficiences;
2. **Le modèle des limitations fonctionnelles** : Une variante du modèle fondé sur les déficiences, qui tient compte à certains égards de la façon dont l'environnement agit sur l'expérience de l'incapacité;
3. **Le modèle des droits de la personne** : Une variante du modèle social, qui reconnaît l'impact de la déficience sur l'expérience de l'incapacité et qui situe son analyse dans la reconnaissance des personnes handicapées comme groupe opprimé : ce modèle se retrouve principalement dans les lois sur les droits de la personne;
4. **Le modèle social** : Un modèle purement social.

Quelques pas ont été récemment franchis pour l'élaboration d'un modèle mixte, même s'il n'a pas encore été employé dans un cadre juridique.

Les quatre catégories précisées aux présentes s'apparentent à la classification retenue par le gouvernement fédéral dans son analyse des définitions de l'incapacité, ce qui permet donc d'effectuer des comparaisons.⁵⁰ Il faut noter cependant que les lois combinent parfois des méthodes multiples dans une seule définition.

Chacune de ces conceptions de l'incapacité sera décrite ci-après, avec des exemples de leur application selon la loi et la politique gouvernementale.

B. Le modèle biomédical

1. *Modèle axé sur la déficience et sur l'incapacité*

Les débats relatifs à la nature de l'incapacité ont en grande partie tourné autour du rôle des déficiences physiques, mentales, sensorielles, cognitives ou intellectuelles dans l'invalidation des personnes, par rapport au rôle des attitudes et des structures de la société.

La conception populaire de la nature de l'incapacité, tout comme de nombreux cadres politiques ou juridiques, considère la notion d'incapacité comme le résultat d'une déficience physique, sensorielle, psychiatrique, cognitive ou intellectuelle.⁵¹ Selon cette conception, l'incapacité est intrinsèque à celui ou à celle qui doit y faire face.⁵² Alors, les déficiences sont des dysfonctionnements ayant pour effet d'exclure les personnes handicapées de rôles et de responsabilités sociaux importants, ce qui les rend dépendantes des membres de leur famille et de la société. Vue ainsi, l'incapacité est une tragédie personnelle et un fardeau pour la famille et pour la société.

La conception biomédicale de l'incapacité représentait l'attitude politique dominante pour comprendre l'incapacité jusqu'aux dernières décennies du 20^e siècle et elle conserve toujours un ascendant dans la conception populaire de l'incapacité.

Selon ce modèle, la politique la plus appropriée en matière d'incapacité est de nature médicale et vise la réadaptation. Son but est de surmonter ou, du moins, de diminuer les conséquences négatives d'un handicap personnel. Chaque personne handicapée pourrait donc faire l'objet d'une attention experte intense et parfois coercitive centrée sur l'identification exacte et la « correction » de la déficience qui cause l'incapacité.

Le fait de se focaliser sur la « correction » des personnes handicapées peut laisser présumer qu'elles sont défectueuses et anormales, et donc, d'une

certaine façon, inférieures à celles qui ne sont pas handicapées, et méritant moins de considération qu'elles.

2. Définitions statutaires utilisant le modèle biomédical

Selon le modèle biomédical, ce sont les médecins et les professionnels de la santé et de la réhabilitation qui détiennent l'expertise relative à la nature, à la cause et au suivi de l'incapacité. Cette méthode s'en remet donc à eux pour décider qui est handicapé et quelles stratégies de réadaptation ou autres il faut adopter pour traiter l'incapacité.

Bien que les lois actuelles fassent rarement appel à des listes de conditions biomédicales pour définir l'incapacité, il arrive encore fréquemment qu'elles confient aux professionnels de la santé la tâche de déterminer s'il y a incapacité sans en fournir de définition, méthode qui incorpore implicitement un modèle biomédical de l'incapacité, en laissant à la discrétion des praticiens le soin de décider de l'admissibilité à des programmes et à des services importants.

Ainsi, la *Loi sur les foyers pour personnes âgées et les maisons de repos* prévoit des règles de preuve particulières pour les personnes qui ne sont pas en mesure de se présenter à une audience compte tenu de leur âge, d'une infirmité ou d'un handicap physique. Elle ne prévoit aucune définition de « handicap physique », mais exige un rapport médical signé par un médecin à ce sujet.⁵³

D'autres lois exigent qu'un praticien certifie que la personne dont il est question a la limitation ou la déficience alléguée. Afin de préciser l'admissibilité à un programme spécialisé en garderie, la *Loi sur les garderies* comprend une définition fonctionnelle d'« enfant handicapé », tout en exigeant un certificat médical à cet égard :

« Enfant handicapé » Enfant atteint d'un affaiblissement physique ou mental qui se prolongera vraisemblablement pendant longtemps et, par conséquent, limité dans les activités de la vie courante, comme le confirment des constatations objectives d'ordre psychologique ou médical. La présente définition inclut un enfant ayant une déficience intellectuelle.⁵⁴

L'attestation peut être fournie par un membre de l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario, un membre de l'Ordre des psychologues de l'Ontario, un membre de l'Ordre des optométristes de l'Ontario ou un membre de l'Ordre des infirmières et infirmiers de l'Ontario qui détiennent un certificat d'enregistrement étendu.

Les programmes de transport adapté exigent bien souvent une attestation médicale de mobilité réduite. Ainsi, le service *Kingston Access Bus*, par exemple, fournit des services de transport adapté à des « [traduction] personnes handicapées physiques quel que soit leur âge qui, compte tenu de leur mobilité

réduite, sont incapables d'utiliser les services de transport en commun conventionnels ». Les demandeurs de services doivent demander à leur médecin de remplir et d'attester le formulaire de demande, et de détailler le type de déficience en cause et sa sévérité.⁵⁵

D'autres lois n'exigent pas explicitement de vérification médicale de l'incapacité, mais, en pratique, les décisions relatives à l'admissibilité se fondent beaucoup sur les renseignements fournis par les praticiens. À titre d'exemple, le règlement 181/98 relevant de la *Loi sur l'éducation* précise le processus d'identification et de placement des élèves en difficulté. Le règlement 181 n'exige pas que les parents fournissent d'attestation professionnelle de la condition de leur enfant, mais il précise simplement que le Comité d'identification, de placement et de réexamen en éducation de l'enfance en difficulté doit tenir compte de toute évaluation éducative, médicale ou psychologique qui lui est soumise, en plus des renseignements fournis par les parents.⁵⁶ En pratique, le processus d'accommodement en vertu de la *Loi sur l'éducation* peut pencher fortement en faveur des professionnels.⁵⁷

Il existe de nombreux textes sur le pouvoir que ce modèle confère aux professionnels de la santé par rapport aux vies des personnes handicapées. Les diagnostics médicaux deviennent les facteurs-clés par lesquels accéder aux droits, au soutien et aux avantages liés à l'incapacité. On s'attend à ce que les personnes handicapées s'en remettent aux professionnels de la santé, et ils pourraient être étiquetés comme non coopératifs ou déraisonnables s'ils ne le font pas. Lorsque les professionnels de la santé deviennent des contrôleurs d'accès aux ressources limitées, les personnes handicapées qui ne sont pas des « patients modèles » risquent d'être écartées ou ne pas être crues. Cette obligation de recourir aux professionnels de la santé a été critiquée parce qu'elle place les personnes handicapées dans une position de dépendance et qu'elle donne trop de pouvoir aux médecins pour étiqueter, évaluer et définir les personnes handicapées.⁵⁸

3. Apprendre des exemples

i. L'hypersensibilité environnementale

Certaines des limites d'une stratégie juridique de l'incapacité fondée sur un modèle biomédical ressortent d'une étude du traitement juridique des personnes manifestant une hypersensibilité environnementale.

Le consensus médical au sujet des critères de diagnostic et des causes de la condition connue sous le nom d'« hypersensibilité environnementale » est encore en évolution. Le portrait clinique est complexe : il n'en existe pas de description unique et simple découlant d'une cause universelle.⁵⁹ L'absence d'une description et d'un lien de causalité biomédical universellement reconnu à cet égard a entraîné des difficultés pour les personnes qui en souffrent et qui souhaitent que leurs expériences soient reconnues à titre d'incapacité afin

d'obtenir les accommodements appropriés. L'hypersensibilité environnementale peut être rejetée comme une fabrication ou une fabulation.

Juridiquement, l'absence de fondement biomédical convenu pour l'hypersensibilité environnementale n'est pas nécessairement un obstacle infranchissable selon les lois sur les droits de la personne, qui s'intéressent moins aux raisons des limitations qu'aux besoins prouvés d'accommodement.⁶⁰ Cependant, de façon pratique, cela peut créer des difficultés importantes dans les régimes juridiques qui exigent de la preuve vérifiable scientifiquement quant au diagnostic et à ses causes.⁶¹ Lorsque l'accès à des droits ou à des avantages dépend de la possibilité de fournir une confirmation par un expert médical de la déficience (par exemple, pour avoir droit à des prestations d'invalidité), le manque de connaissances et de reconnaissance médicales étendues quant à l'hypersensibilité environnementale peut créer un obstacle important pour les personnes touchées.⁶²

ii. Renseignements génétiques

Les avancées scientifiques rapides dans le domaine de la génétique et du dépistage génétique ont soulevé des questions juridiques complexes que nous ne faisons que commencer à approfondir. Les renseignements génétiques peuvent fournir de précieux renseignements, mais, contrairement à la croyance populaire, il arrive rarement que les tests génétiques fournissent un pronostic clair de l'état de santé futur. Le dépistage génétique peut démontrer une augmentation des probabilités de développer un trouble particulier. Certains problèmes de santé peuvent être guéris, ou prévenus par un régime ou des changements dans l'environnement. Ainsi, les renseignements génétiques ne font pas état des déficiences actuelles et ils ne peuvent pas prévoir avec certitude les déficiences à venir. Dans la plupart des cas, les renseignements génétiques servent seulement à faire état d'un risque plus élevé de déficience future.

Bien que les renseignements génétiques ne soient pas nécessairement associés à une déficience, leur utilisation lors d'une prise de décision peut entraîner un désavantage. On a soulevé des préoccupations au sujet d'une discrimination génétique potentielle, plus particulièrement en matière d'assurance et d'emploi.⁶³ Quelques États américains ont édicté des mesures législatives pour prévenir la discrimination fondée sur la susceptibilité génétique.⁶⁴ Au Canada, on s'est demandé si le régime actuel des droits de la personne pouvait adéquatement protéger à l'encontre de la discrimination fondée sur des renseignements génétiques.

La voie de protection la plus probable serait une réclamation pour discrimination fondée sur le handicap. Il n'est cependant pas clair que les renseignements génétiques seraient visés par la définition du terme « handicap » contenue au *Code des droits de la personne*, ou s'il serait même désirable qu'ils le soient.⁶⁵

Les personnes dont les renseignements génétiques font état d'une susceptibilité à un problème de santé donné ne ressentent ni limitations, ni déficiences physiques et pourraient ne jamais en ressentir. Ce serait seulement une fois leurs renseignements génétiques partagés avec des décideurs que ces personnes risqueraient d'être désavantagées en fonction de leurs renseignements génétiques. La jurisprudence en droits de la personne a cependant privilégié une interprétation de l'incapacité qui est moins centrée sur la déficience que sur les effets de l'exclusion. Une perception de handicap est également protégée selon les lois sur les droits de la personne. Dans cette optique, les renseignements génétiques seraient visés par la définition du terme « handicap » contenue au Code des droits de la personne de l'Ontario.⁶⁶

Il a été suggéré que l'inclusion des renseignements génétiques parmi les handicaps selon les lois sur les droits de la personne pourrait laisser entendre qu'ils ont plus d'importance et plus de valeur de pronostic que c'est le cas dans les faits. Selon ce point de vue, la réponse la plus appropriée à apporter dans une loi serait axée sur la vie privée et sur la cueillette et l'utilisation de renseignements personnels, plutôt que sur l'incapacité.⁶⁷

C. Le modèle des limitations fonctionnelles

1. Variante du modèle axé sur la déficience

Le modèle des limitations fonctionnelles est généralement considéré comme une variante du modèle biomédical. Cependant, comme il a beaucoup influencé la façon d'élaborer les lois et la politique gouvernementale et qu'il a eu un impact significatif dans l'élaboration des politiques, il est utile de l'étudier séparément.

Selon cette vision, l'incapacité est reconnue, non pas tant par le problème de santé qu'elle sous-tend, mais par les limitations fonctionnelles que ces déficiences entraînent. Ainsi, une personne peut être atteinte d'un problème de santé tel que le diabète. Tant que ce problème n'a pas d'impact sur ses activités, elle n'aura pas de « handicap ». Cependant, si le diabète entraîne une baisse de vision, qui restreindra l'habileté à emprunter un moyen de transport ou à exercer des activités au travail, ces limitations fonctionnelles entraîneront une incapacité. Les limitations fonctionnelles sont donc associées à l'habileté de la personne à assumer ses principaux rôles sociaux, comme son emploi ou le soin aux membres de sa famille, de façon appropriée.

Ainsi, le modèle des limitations fonctionnelles, bien qu'il réaffirme le rôle de la déficience comme cause de l'incapacité, reconnaît que cette dernière puisse être influencée par des facteurs sociaux, comme les rôles que l'on assume, la façon

dont on réagit à une déficience et comment la conception de notre environnement amplifie ou minimise les effets de la déficience.

Le modèle des limitations fonctionnelles a eu, et continue à avoir, beaucoup d'influence à la fois en droit et en politique gouvernementale.

2. Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé de l'OMS

L'Organisation mondiale de la santé (OMS), compte tenu de ses responsabilités dans le contrôle de la santé, dans l'élaboration d'options stratégiques et dans la création de normes et de règles, a assumé un rôle important dans le façonnement des modèles de l'incapacité. L'OMS a produit deux importants systèmes de classification concernant les handicaps et l'incapacité, la *Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé* de 1980 et la *Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé* de 2001.⁶⁸

La *Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé* de l'OMS datant de 1980 (CIH) a été le premier système de classification d'importance à être spécifiquement axé sur l'incapacité et a beaucoup influencé l'élaboration des orientations stratégiques à ce sujet à travers le monde, y compris au Canada. La CIH utilise une définition en trois volets du handicap, qui comprend :

1. *La déficience* : toute perte ou anomalie de structure ou de fonction psychologique, physiologique ou anatomique.
2. *L'incapacité* : une restriction ou une perte (découlant d'une déficience) d'une habileté à exercer une activité d'une façon ou dans une échelle considérée comme normale pour un être humain.
3. *Le désavantage* : un désavantage pour une personne nommée, découlant d'une déficience ou d'une incapacité, qui la restreint ou l'empêche de remplir un rôle qui est normal pour elle (en fonction de son âge, de son sexe et de facteurs sociaux et culturels).

La CIH a essentiellement adopté une perspective de limitations fonctionnelles à titre de méthode de base pour l'incapacité. L'incapacité serait alors due à une déficience et se manifesterait par une inhabileté à effectuer une activité ou plus dans une échelle « normale ». L'utilisation du terme « désavantage » dans la CIH permet cependant de tenir compte du rôle des facteurs sociaux pour déterminer les conséquences du handicap.

La CIH a été largement critiquée, notamment par les activistes du domaine de l'incapacité, parce qu'elle s'appuyait trop sur des définitions médicales et sur des hypothèses teintées de discrimination envers les personnes handicapées en

ayant recours à une norme de « normalité ». De plus, présumer que l'incapacité était toujours causée par une sorte de déficience entraînait une centralisation de l'attention vers des réponses médicales ou rééducatives pour l'incapacité, ce qui négligeait l'importance de la politique législative et des changements environnementaux pour supprimer les obstacles handicapants. Le modèle de la CIH paraissait placer les personnes handicapées dans le rôle de victimes et de personnes à charge, qui devaient se fier aux tiers pour obtenir des soins ou de la « charité ».⁶⁹

L'OMS a élaboré depuis un nouveau cadre pour répondre aux questions relatives à l'incapacité, la *Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé*, qui adopte un modèle mixte de l'incapacité. Ce cadre sera discuté plus tard dans ce document.

3. Définitions statutaires fondées sur le modèle des limitations fonctionnelles

La perspective des limitations fonctionnelles est la méthode statutaire la plus employée pour définir l'incapacité. Les définitions fonctionnelles de l'incapacité plaisent aux juristes en ce qu'elles fournissent des critères législatifs clairs et faciles à appliquer pour l'admissibilité aux programmes et pour la répartition des avantages. Ceci étant, elles conservent l'emphase sur le fait qu'un handicap découle d'une déficience personnelle plutôt que d'obstacles présents dans la société et elles renforcent donc l'idée que les personnes handicapées nécessitent des réparations personnelles plutôt qu'une inclusion par l'élimination des obstacles de nature physique, d'attitude ou de nature politique.

Les exigences fonctionnelles propres aux lois relatives à l'incapacité varient en fonction de l'étendue et de la raison d'être du programme législatif en cause. Voici quelques exemples de la façon dont les lois ontariennes ont intégré une méthode fonctionnelle.

Le *Code de la route* combine les méthodes biomédicales et fonctionnelles. Il définit « personne handicapée » pour décider du droit à un permis de stationnement pour personne handicapée en fournissant une longue liste de limitations fonctionnelles et de conditions biomédicales, y compris l'incapacité de marcher sans l'aide d'un tiers ou sans un appareil fonctionnel, le fait de nécessiter de l'oxygène portable, l'acuité visuelle inférieure à une certaine norme ou une maladie cardiovasculaire d'un degré précis.⁷⁰

La nouvelle *Loi de 2008 sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle* représente un bon exemple d'une méthode fonctionnelle classique pour définir l'incapacité. Cette loi remplace l'ancienne *Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle* et elle fournit un cadre sur la façon de demander et de recevoir des services et du soutien financés par le

gouvernement pour les personnes atteintes de déficience intellectuelle.⁷¹ Elle définit « déficience intellectuelle » comme suit :

3. (1) Pour l'application de la présente loi, une personne a une déficience intellectuelle si elle présente des limitations substantielles prescrites dans son fonctionnement cognitif et son fonctionnement adaptatif et que ces limitations satisfont aux critères suivants :

a) elles se sont manifestées avant que la personne n'atteigne l'âge de 18 ans;

b) elles seront vraisemblablement permanentes;

c) elles touchent des activités importantes de la vie quotidienne, comme les soins personnels, le langage, la faculté d'apprentissage, la capacité à vivre en adulte autonome ou toute autre activité prescrite.

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent au paragraphe (1).

«Fonctionnement adaptatif » Capacité d'une personne à devenir autonome, déterminée par son aptitude à acquérir des habiletés conceptuelles, sociales et pratiques et à les appliquer dans sa vie de tous les jours. («adaptive functioning»)

«Fonctionnement cognitif » Capacité intellectuelle d'une personne, notamment sa capacité à raisonner, à organiser, à planifier, à former des jugements et à déterminer des conséquences.

La *Loi sur l'éducation* utilise une méthode plutôt circulaire dans sa définition des « élèves en difficulté » qui ont droit à des services d'éducation spécialisée. Un « élève en difficulté » se définit comme suit :

Élève atteint d'anomalies de comportement ou de communication, d'anomalies d'ordre intellectuel ou physique ou encore d'anomalies multiples qui appellent un placement approprié, de la part du comité... dans un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté offert par le conseil⁷²

Ainsi, les élèves qui ont droit à un placement sont ceux dont le niveau de fonctionnement fait état d'un besoin de placement. La limitation fonctionnelle est un besoin pour le service fourni, lorsqu'elle est liée à certains types d'« anomalies ». Le Ministère de l'Éducation a élaboré des lignes directrices qui précisent les types de déficiences compris selon la définition.⁷³

Les lois exigent souvent que l'incapacité soit « sévère » ou « substantielle ». Selon le POSPH, la famille d'un enfant avec un « handicap sévère » a droit à de l'aide supplémentaire.⁷⁴ En vertu de la *Loi sur les garderies*, afin d'avoir droit à des frais de garderie réduits, une personne handicapée doit démontrer, en sus de toute autre exigence, qu'il ou elle souffre d'une déficience mentale ou physique « substantielle ».⁷⁵

Les définitions statutaires de l'incapacité peuvent combiner un certain nombre de méthodes. La définition adoptée selon la *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*⁷⁶ pour déterminer l'admissibilité aux avantages du programme est un exemple d'application d'une méthode hybride de définition de l'incapacité. Elle est particulièrement importante parce qu'un certain nombre d'autres lois prévoient que les personnes qui ont droit au POSPH respectent de ce fait les critères des autres programmes.⁷⁷ La définition indique que :

4(1) Est une personne handicapée pour l'application de la présente partie la personne qui satisfait aux conditions suivantes :

a) elle a une déficience physique ou mentale importante qui est continue ou récurrente et dont la durée prévue est d'au moins un an;

b) l'effet direct et cumulatif de la déficience sur la capacité de la personne de prendre soin d'elle-même, de fonctionner dans la collectivité et de fonctionner dans un lieu de travail se traduit par une limitation importante d'une ou de plusieurs de ces activités de la vie quotidienne;

c) cette déficience et sa durée probable ainsi que les limites des activités de la vie quotidienne ont été confirmées par une personne qui a les qualités prescrites.

Cette définition combine trois éléments : premièrement, des limitations visant à restreindre la définition à des personnes ayant des déficiences « importantes », tel qu'il ressort de leurs « importantes » nature et durée; deuxièmement, une exigence de limitations fonctionnelles; et, troisièmement, une exigence d'attestation médicale liant la définition à un modèle biomédical.

4. Apprendre des exemples

i. Les problèmes de santé temporaires

Les problèmes de santé temporaires, qu'ils soient graves (comme le serait le cancer) ou relativement mineurs (comme un membre fracturé) ont parfois été considérés comme des handicaps, mais parfois non. De façon générale, le modèle des limitations fonctionnelles exclut les personnes souffrant de problèmes temporaires, parce que ces conditions ne créent pas de limitations *continues* dans les importantes activités de la vie quotidienne.

Ainsi, de nombreuses lois excluent les personnes souffrant d'incapacités temporaires ou de nature épisodique en exigeant que l'incapacité soit « continue » ou « prolongée », ou qu'elle dure depuis un temps précis. La définition de « personne handicapée » en vertu de la *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées* exige entre autres qu'elle ait « une déficience physique ou mentale importante qui est continue ou récurrente et dont la durée prévue est d'au moins un an ».⁷⁸ Les dispositions de

la *Loi sur la taxe de vente au détail* relatives aux réductions de taxes pour personnes handicapées ou leurs aidants naturels qui achètent des véhicules accessibles exigent que l'incapacité soit permanente.⁷⁹ La *Loi sur les garderies* définit « enfant handicapé » en partie comme un enfant atteint d'un « affaiblissement » mental ou physique « qui se prolongera vraisemblablement pendant longtemps ».⁸⁰

Au cours des années 1980 et 1990, les régimes des droits de la personne excluaient de nombreux problèmes de santé de la définition de l'incapacité parce qu'ils n'étaient pas permanents, même s'ils entraînaient une perte ou un désavantage important pour la personne qui devait y faire face. À titre d'exemple, une décision datant de 1986 rendue par le *British Columbia Human Rights Tribunal* a rejeté la plainte d'une femme congédiée de son emploi après qu'une chute ait entraîné une sciatique temporaire nécessitant plusieurs jours d'absence du travail. Le tribunal a conclu que l'employée avait subi un préjudice temporaire et que cela ne constituait pas un handicap physique.⁸¹ Une Commission d'enquête de l'Ontario en est venue à une conclusion semblable dans *Ouimette c. Lily Cups*, une cause impliquant l'adoption *de facto* du test des limitations fonctionnelles en matière d'incapacité selon la loi ontarienne sur les droits de la personne.⁸² La Cour d'appel de Terre-Neuve a endossé cette façon de voir dans *Woolworth c. Human Rights Commission of Newfoundland*, en affirmant que « [traduction] si l'incapacité est de courte durée, elle peut être de nature tellement temporaire qu'elle ne soit pas visée par le Code puisqu'il n'y aurait alors pas d'incapacité selon le Code ».⁸³

La jurisprudence subséquente en droits de la personne a rejeté cette orientation pour une conception plus large de l'incapacité, moins centrée sur la durée d'un problème donné que sur son impact dans la vie de la personne touchée. Ainsi, dans *Clark c. Country Garden Florists*, le *Newfoundland Board of Inquiry* a étendu la protection du Code à une personne congédiée du fait de son absence à cause d'un pied cassé.⁸⁴ Dans une autre cause, une Commission d'enquête de l'Ontario a retenu la plainte d'une femme congédiée parce qu'elle s'était absentée du travail pour une chirurgie de réduction mammaire prescrite par un médecin.⁸⁵

Une tension semblable entre différents concepts d'incapacité ressort des décisions rendues en vertu de la *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*. À titre d'exemple, dans *Lloyd c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, le Tribunal de l'aide sociale a rejeté la demande d'une femme qui ressentait des douleurs chroniques, mais intermittentes liées à l'arthrite, parce que les problèmes temporaires de santé, en raison de leur nature, n'étaient pas « importants » au sens de la *Loi*. La Cour divisionnaire de l'Ontario a rejeté cette proposition, déclarant plutôt qu'une déficience peut être « importante » même si parfois la personne n'est pas du tout invalide.⁸⁶

ii. La capacité juridique et la compétence

Le modèle des limitations fonctionnelles a continué à dominer les orientations juridiques ontariennes relatives à la capacité et à la compétence. La capacité juridique – ou son absence – détermine l’aptitude des personnes à prendre des décisions fondamentales pour leur propre compte – y compris des décisions au sujet du mariage, de la gestion et de la disposition de biens, de soins de santé et de soins personnels. L’absence de capacité juridique a également des impacts sur l’aptitude d’une personne à accéder au système judiciaire comme, par exemple, pour témoigner ou pour tenter des procédures à son propre compte.

Parce que la perte de la capacité juridique a des conséquences aussi draconiennes, les normes et les processus pour l’évaluer soulèvent des questions médico-légales complexes et contestées et ont fait l’objet de discussions et d’études importantes.

En Ontario, les règles relatives à la capacité juridique sont prévues à la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d’autrui* et à la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*. Ces deux lois prévoient un test de capacité en deux étapes :⁸⁷

1. La personne est-elle capable de comprendre les renseignements pertinents à la prise de décision requise?
2. La personne est-elle capable d’évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d’une décision ou d’une absence de décision?

La *Loi sur la santé mentale* prévoit un test de compétence mentale : le patient ou la patiente est-il ou est-elle capable de comprendre la nature de la maladie pour laquelle un traitement est proposé, ainsi que le traitement lui-même; et le patient ou la patiente est-il ou est-elle capable de comprendre les conséquences d’une décision ou d’une absence de décision?⁸⁸

Les Règles de procédure civile adoptées en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* retiennent la définition du terme « incapable » de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d’autrui* afin de déterminer quand la nomination ou la reconnaissance d’un tuteur à l’instance s’impose.⁸⁹

La question de la capacité est également soulevée dans le contexte des testaments et des successions, même si la capacité est alors définie selon la common law plutôt que selon la loi. Un testament rédigé lorsque le testateur ne détient pas d’habileté testamentaire sera invalide. Le test relatif à l’habileté testamentaire est semblable à celui mentionné à la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d’autrui* et à la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*. Pour résumer brièvement le test applicable, le discernement et la mémoire du testateur doivent être assez clairs pour qu’il/elle comprenne, seul(e) et de

façon générale, la nature et les conséquences de la rédaction d'un testament et des dispositions ainsi rédigées, la nature et la composition des biens visés, les bénéficiaires logiques du testament et les types de réclamations qui pourraient être faites relativement à la succession.⁹⁰

La capacité mentale est également requise selon la *Loi sur le mariage* ontarienne, même si la loi ne prévoit pas de définition de la capacité mentale.⁹¹ La norme de capacité mentale liée au mariage diffère de celle de l'habileté testamentaire, qui est plus sévère.⁹²

La *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* et la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* créent une présomption de capacité.⁹³ Le test n'est pas de vérifier si la personne comprend *vraiment* la situation, mais si elle a la capacité de les comprendre. Ce qui importe c'est l'habileté de comprendre certains types de renseignements et de prendre certains types de décisions.

La capacité est évaluée par rapport à une décision donnée et non de façon générale. Il n'existe aucun test unique et universellement reconnu à ce sujet. La capacité peut être évaluée par différentes personnes et divers procédés, en fonction de la nature de la décision visée et de la loi applicable.

On peut donc considérer que les tests de capacité juridique et de compétence utilisent une méthode fonctionnelle d'évaluation de l'incapacité mentale. Ce n'est pas la déficience sous-jacente qui importe, mais l'effet qu'elle a sur l'habileté de la personne à comprendre certains types de renseignements et à prendre certains types de décisions. Ce test ne tient pas compte des facteurs environnementaux ou sociaux qui pourraient jouer sur l'habileté d'exécuter les fonctions visées.

Les procédures actuelles d'évaluation de la capacité juridique ont fait l'objet de nombreuses critiques qui considèrent, entre autres, que les méthodes d'évaluation ne s'intéressent pas suffisamment à l'impact de l'environnement « interactionnel » sur la capacité : la façon dont on fonctionne et dont on interagit avec d'autres dénote, non seulement notre statut biomédical, mais aussi comment on est traité ou perçu. De plus, l'effet « tout ou rien » du système actuel a été souvent critiqué parce qu'il ne reconnaît pas les différences entre les personnes et qu'il pourrait en priver certaines de leur autonomie sans nécessité. On s'inquiète également du fait que les structures actuelles d'évaluation de la capacité juridique en Ontario ne fournissent pas suffisamment de formation ou d'encadrement des évaluateurs.⁹⁴

De façon intéressante, la nouvelle *Convention relative aux droits des personnes handicapées* de l'ONU prévoit un principe de prise de décision avec accompagnement, selon lequel la question principale devient, non pas si une personne a la capacité de prendre des décisions, mais comment cette personne peut être impliquée dans les décisions à son sujet, sans égard à sa capacité.⁹⁵

La Colombie-Britannique a assumé un rôle de direction à cet égard en insérant dans une de ses lois ce principe de prise de décision avec accompagnement.⁹⁶

D. Le modèle social

1. *Modèle axé sur les obstacles environnementaux et la création de l'incapacité*

Le modèle biomédical de l'incapacité (et donc le modèle des limitations fonctionnelles), a été largement critiqué du fait qu'il ne tenait pas compte des effets des attitudes et des structures de la société dans l'invalidation. Les personnes à mobilité réduite ne peuvent pas participer pleinement à la société, non pas à cause de leur déficience, mais plutôt parce que les décideurs, planificateurs et les constructeurs négligent de tenir compte de leur existence ou de créer des moyens de transport, des édifices et des services adaptés. Les épileptiques ne sont pas exclus du marché du travail à cause de leurs problèmes de santé, mais plutôt à cause des peurs, des mythes et du manque d'information faisant en sorte que les employeurs potentiels restent fermés à leurs demandes d'emploi. Vue de cet angle, l'incapacité est moins une question personnelle qu'une problématique sociale. C'est pourquoi cette manière de voir est souvent considérée comme le « modèle social » de l'incapacité.⁹⁷

Cette philosophie a eu un profond impact sur la théorie de l'incapacité et sur la politique gouvernementale dans les trente dernières années et elle représente maintenant la vision dominante des théoriciens et des activistes.

Selon la méthode sociale, la meilleure façon de faire face à l'incapacité est de coordonner les efforts afin de supprimer les obstacles invalidants construits par la société et de créer une société inclusive et respectueuse des personnes qui ont toutes sortes de différences. Cela implique des politiques radicalement différentes de celles mises de l'avant selon le modèle biomédical.⁹⁸

Si l'incapacité est vue comme la conséquence des obstacles construits par la société, alors, les personnes handicapées peuvent être considérées comme faisant partie d'un groupe opprimé, comme celui des femmes, des victimes de catégorisation raciale ou des membres de la communauté GLBT, par exemple. Ainsi, un appel à la mobilisation et au changement social est inhérent à la compréhension de l'incapacité comme interprétation de la société.

Il existe de nombreuses variantes du modèle social et on discute encore beaucoup de la façon de théoriser le rôle de la déficience dans l'incapacité.

Des commentatrices féministes et d'autres ont prétendu que le modèle social de l'incapacité ne tient pas suffisamment compte de l'expérience vécue de la déficience ni des impacts importants que la déficience même peut avoir sur

l'expérience vécue, bien en dehors des réactions sociales. Ces auteurs soulignent l'importance d'une compréhension « incarnée » de l'expérience de l'incapacité.⁹⁹ Différents types de déficiences agiront de façon différente sur la santé et sur le degré d'incapacité. Les stéréotypes, les attitudes sociales et les obstacles différeront également en fonction du type de déficience. Ainsi, les expériences personnelles d'une personne sourde, devenue sourde ou malentendante seront considérablement différentes de celles d'une personne avec troubles d'apprentissage, paralysie cérébrale ou troubles bipolaires.

On a également critiqué la méthode sociale parce qu'elle ne tient pas suffisamment compte des expériences des personnes avec des déficiences autres que physiques, et plus particulièrement celles atteintes de déficiences de nature psychiatrique, développementale ou cognitive. Ainsi, les personnes ayant survécu à des problèmes de santé mentale peuvent rappeler le fait qu'on avait l'habitude d'étiqueter certains types d'anticonformisme à la norme sociale (comme l'homosexualité ou le refus de respecter les archétypes d'un genre) comme des maladies mentales et de prétendre que « la suppression des obstacles » ne répond pas adéquatement à une telle dynamique. D'autres relèvent également que la méthode sociale a pris plus de temps à avantager les personnes avec une déficience cognitive ou développementale et à confronter la profonde dépréciation de leur valeur dans une société axée sur la production et le profit.¹⁰⁰

Certains ont récemment prétendu que la dichotomie existant entre déficience et interprétation sociale est fautive et trompeuse. La maladie, la fragilité et la déficience sont le lot de la condition humaine. Nous sommes tous handicapés dans une certaine mesure et le processus de vieillissement augmentera probablement la plupart de nos déficiences. Cela étant, ce ne sont pas toutes les personnes avec une déficience qui se sentent opprimées du fait de cette déficience : seuls certains d'entre nous verront leur handicap amplifier à cause de processus sociétaux.¹⁰¹

Qui plus est, tout modèle proposé pour l'expérience de l'incapacité court le risque de gommer les importantes variations entre les expériences vécues par chaque personne handicapée, non seulement en fonction de son genre de déficience, mais aussi de son sexe, de son statut socioéconomique, de sa catégorisation raciale, de son orientation sexuelle, de son âge et d'autres facteurs.¹⁰²

2. Apprendre des exemples

i. L'obésité

La jurisprudence relative à l'obésité vue comme une incapacité a été nettement inconsistante, reflétant en cela la difficulté des tribunaux à se pencher sur des

situations qui peuvent créer des désavantages sur le plan social, mais qui ne découlent pas nécessairement d'une déficience biomédicale.¹⁰³

La cause de longue haleine *McKay-Panos*¹⁰⁴ démontre les difficultés rencontrées par les tribunaux lorsqu'ils ont eu à traiter de ces questions. Dans cette cause, la plaignante alléguait qu'elle était confrontée à un obstacle indu dans ses voyages en avion à cause de sa déficience (l'obésité) et elle exigeait des accommodements. La preuve médicale indiquait que la plaignante était morbidement obèse. Il n'existait cependant pas de preuve médicale quant à la cause de cette obésité. L'Office des transports du Canada a rejeté sa demande au motif qu'elle n'était pas handicapée. Les opinions étaient partagées quant à l'opportunité d'appliquer le modèle « biopsychosocial » récemment élaboré par l'OMS pour décider si une personne était handicapée au sens de la *Loi sur les transports au Canada* et sur l'importance relative de la déficience par rapport à la limitation des activités et à la participation de la personne visée pour décider s'il y avait handicap.

La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de l'Office et a statué que McKay-Panos était effectivement handicapée au sens de la Loi. La Cour a statué que les décisions portant sur l'existence d'une déficience doivent tenir compte des obstacles auxquels la personne visée se bute. La Cour a déclaré qu'« il faudrait des termes très clairs pour conclure que l'existence d'une déficience doit être établie sans égard au contexte. Il est permis de penser qu'aucune déficience n'existe dans l'abstrait. »¹⁰⁵

ii. L'infertilité

L'infertilité soulève des difficultés d'analyse d'une nature différente de celles soulevées par l'obésité : une condition biomédicale et une déficience fonctionnelle existent clairement, mais le degré auquel on peut considérer qu'elles créent un désavantage social est sujet à débat.

Parmi les quelques décisions où les cours supérieures se sont penchées sur la signification du terme « handicap » selon les dispositions sur l'égalité des droits de la *Charte des droits et libertés de la personne*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a statué que l'infertilité médicale est une incapacité au sens de la *Charte*.¹⁰⁶ Les demandeurs dans cette cause contestaient le fait que le régime d'assurance maladie de la province ne couvrait pas les traitements de fertilité. La décision de la Cour a passé rapidement de la conclusion que la politique en question créait une distinction en fonction du caractère personnel de l'infertilité à la conclusion que les personnes incapables de procréer sont handicapées :¹⁰⁷

[TRADUCTION] Les personnes infertiles peuvent être classifiées handicapées physiques. Il est vrai que leur handicap n'est pas visible à l'œil nu – ils n'ont pas besoin de rampe d'accès ou de chien-guide. Quoi qu'il en soit, ils ont une caractéristique personnelle – l'inhabileté à avoir

un enfant – au sujet de laquelle on peut faire et on a effectivement fait une distinction. Nous devons suivre une « démarche flexible et nuancée ». Nous devons comparer les conditions des personnes infertiles avec celles des autres qui évoluent dans le même cadre social et politique que celui en l'instance. Tant que les indices de discrimination existent lorsque la distinction est faite (...) il existe une incapacité suffisante en l'espèce pour répondre aux exigences du par. 15(1), soit à titre de motif énuméré ou analogue.

Une décision plus récente du Tribunal canadien des droits de la personne a choisi d'aborder une question similaire un peu différemment. Le Tribunal a statué que le refus par l'employeur du plaignant, les Forces canadiennes, de financer le traitement pour cause d'infertilité imputable à l'homme créait une discrimination fondée sur le handicap (ainsi que le sexe). Le Tribunal a fait référence à un témoignage d'expert selon lequel « [traduction] le désir d'avoir des enfants est "inscrit dans le patrimoine génétique" de la majorité des gens » et que l'infertilité a un impact psychologique significatif, ainsi qu'à l'inclusion de l'infertilité dans le système de classification de l'OMS.¹⁰⁸

La décision rendue dans l'arrêt *Cameron* a été critiquée parce qu'elle adoptait le modèle médical de l'incapacité sans l'étudier, alors qu'une déficience physique sérieuse est par définition une incapacité. En déterminant que l'infertilité est un handicap, la décision n'examine pas les attitudes sociales entourant la procréation et l'infertilité, ni l'existence de désavantages historiques pour les personnes infertiles, ni les aspects particuliers de l'infertilité liés au genre. Certains ont prétendu que les femmes qui disent souffrir d'une incapacité reproductive se sont approprié un discours relatif aux droits liés au handicap de façon à avoir accès à de la technologie médicale et qu'elles ont peu de choses en commun avec les femmes handicapées dont le handicap a altéré l'accès à l'emploi, à l'éducation ou au logement ou les relations sociales, faisant en sorte que leur handicap occupe une place fondamentale dans leur façon de voir le monde.¹⁰⁹

E. Le modèle des droits de la personne

1. *Modèle axé sur l'égalité et la dignité des personnes handicapées*

Le modèle des droits de la personne, tel qu'appliqué à l'incapacité, est une variante du modèle social. Le modèle des droits de la personne reconnaît que les personnes handicapées forment un groupe désavantagé, parallèle à ceux des personnes socialement catégorisées, des GLBT, des femmes et des autres groupes désavantagés, et il souligne le rôle des attitudes sociales et des systèmes d'apparence neutre dans la création et dans la perpétuation de ce désavantage. Le rôle de la déficience dans l'incapacité est reconnu pourvu qu'il serve à concevoir des accommodements permettant aux personnes handicapées de parvenir à l'égalité.¹¹⁰

Le but du modèle des droits de la personne est de parvenir à l'égalité et à l'inclusion des personnes handicapées par la suppression des obstacles et par l'établissement d'un climat de respect et de compréhension. L'emphase est mise sur la dignité, la valeur et l'apport fondamentaux et inaliénables de tout un chacun, sans égard à l'incapacité.¹¹¹

2. Convention relative aux droits des personnes handicapées de l'Organisation des Nations Unies

Très récemment, l'Organisation des Nations Unies a adopté la *Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées* (CIRDPH).¹¹² Le Canada n'a toujours pas ratifié la CIRDPH, mais on s'attend à ce qu'il le fasse. La CIRDPH aura probablement un impact important chez les décideurs canadiens et sur les orientations des lois internes sur les droits de la personne.

Le but de la CIRDPH est de promouvoir, protéger et assurer la jouissance égale de tous les droits de la personne et des libertés fondamentales par toutes les personnes handicapées, et de promouvoir le respect de leur valeur et de leur dignité inhérentes. Un principe clé de la CIRDPH est le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées au sein de la diversité humaine et de l'humanité.

La CIRDPH adopte une interprétation large du handicap, en reconnaissant que :

la notion de handicap évolue et (...) le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres.

La CIRDPH intègre explicitement dans son giron les personnes qui ont des déficiences physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles à long terme pouvant entraver leur participation pleine et entière dans la société sur une base égale avec les autres lorsque ces déficiences interagissent avec divers obstacles. Elle reconnaît la diversité entre les personnes handicapées.

3. Une étude de cas relative à l'évolution de la notion d'incapacité

Les trois lois ontariennes dont l'objectif déclaré comprend la suppression des obstacles rencontrés par les personnes handicapées utilisent la même définition, qui a d'abord été intégrée au *Code des droits de la personne* de l'Ontario :¹¹³

« handicap » S'entend de ce qui suit, selon le cas :

- a) tout degré d'incapacité physique, d'infirmité, de malformation ou de défigurement dû à une lésion corporelle, une anomalie congénitale ou une maladie, et, notamment, le diabète sucré, l'épilepsie, un traumatisme crânien, tout degré de paralysie, une amputation,

l'incoordination motrice, la cécité ou une déficience visuelle, la surdité ou une déficience auditive, la mutité ou un trouble de la parole, ou la nécessité de recourir à un chien-guide ou à un autre animal, à un fauteuil roulant ou à un autre appareil ou dispositif correctif;

- b) un état d'affaiblissement mental ou une déficience intellectuelle;
- c) une difficulté d'apprentissage ou un dysfonctionnement d'un ou de plusieurs des processus de la compréhension ou de l'utilisation de symboles ou de la langue parlée;
- d) un trouble mental;
- e) une lésion ou une invalidité pour laquelle des prestations ont été demandées ou reçues dans le cadre du régime d'assurance créé aux termes de la Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail. («disability»)

Le *Code* poursuit en incluant spécifiquement les handicaps passés ou présumés. Il s'agit d'une définition relativement large de l'incapacité, parce qu'elle comprend les handicaps physiques, sensoriels ou psychiatriques, les troubles d'apprentissage, les déficiences développementales et acquises, ainsi que « tout degré » d'incapacité physique ou d'infirmité et les handicaps présumés, en reconnaissant de ce fait, au moins dans une certaine mesure, le rôle des attitudes sociales dans l'invalidation des personnes. La longue liste de problèmes de santé semble toutefois indiquer qu'il s'agit d'un modèle biomédical de l'incapacité.

Le choix des définitions biomédicales est intéressant, puisque les objectifs de ces lois sont de supprimer les obstacles rencontrés par les personnes handicapées, en les situant ainsi dans un modèle social de l'incapacité. Il pourrait donc y avoir des tensions inhérentes entre les buts de ces lois et la définition de l'incapacité adoptée.

Les aspects biomédicaux de cette définition peuvent refléter le fait que, dans le *Code*, elle dessert un double objectif : elle définit le handicap afin d'exiger l'identification et la suppression des obstacles, mais aussi afin de déterminer qui est en mesure d'accéder aux mécanismes prévus au *Code* pour obtenir réparation en cas de discrimination. Les personnes qu'on ne considère pas comme handicapées au sens du paragraphe 10(1) du *Code* ne sont pas de son ressort et elles ne peuvent déposer de requête (ou, avant les récents amendements au *Code*, une plainte) alléguant discrimination dans les domaines de l'emploi, du logement, des services ou des contrats. Il existe donc beaucoup de jurisprudence qui interprète le terme « handicap » selon le *Code*.

Une des décisions les plus influentes à cet égard fut celle de la Commission d'enquête en droits de la personne dans *Ouimette c. Lily Cups Ltd.*¹¹⁴ Dans cette décision de 1990, la Commission d'enquête a rejeté une plainte fondée sur le handicap, déposée par une femme qui avait été congédiée pendant sa période

La loi et les personnes handicapées

d'essai pour absentéisme, ses absences découlant de malaises relativement mineurs – l'asthme et une grippe. La Commission d'enquête a jugé que la plaignante n'avait pas de « handicap » au sens du *Code*. Afin de tomber sous le coup du *Code*, les plaignants doivent plutôt démontrer que leur déficience est de longue durée et sévère et qu'elle affecte une fonction importante de la vie – donc, essentiellement un test de limitations fonctionnelles. Le modèle des limitations fonctionnelles est donc devenu la base du modèle ontarien des droits de la personne définissant l'incapacité tout au long des années 1990.

La décision de la Cour suprême du Canada dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* ¹¹⁵ a marqué un tournant important dans la façon de définir le handicap en droit de la personne. Cette cause impliquait une plaignante avec une déficience biomédicale (une scoliose), n'entraînant aucune limitation fonctionnelle au travail, mais en vertu de laquelle on a tout de même rejeté sa demande d'emploi. La Commission québécoise a rejeté la plainte au motif que la plaignante n'avait pas de « handicap ». La Cour suprême du Canada a décidé qu'une méthode d'interprétation large de l'incapacité devait être adoptée, qui reconnaîtrait les dimensions sociopolitiques du terme « handicap ». L'accent doit être mis sur le droit à l'égalité, ainsi que sur la dignité humaine et le respect, plutôt que sur la présence ou l'absence d'une condition biomédicale. Un handicap peut exister sans que l'on prouve de limitations physiques : l'accent devrait porter sur les effets de la distinction, de l'exclusion ou de la préférence plutôt que sur l'origine ou le motif précis du handicap.

À la suite de cette décision, la Commission ontarienne des droits de la personne a réinterprété les définitions du *Code* dans ses *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, en adoptant une méthode d'interprétation large et libérale :

Le terme « handicap » doit être interprété dans un sens large (...) Même les maladies ou les infirmités mineures peuvent être des « handicaps » si la personne peut démontrer qu'elle a été traitée injustement à cause d'un handicap présumé. Par contre, si une personne souffrant d'une maladie est incapable de démontrer qu'elle a été traitée injustement en raison d'un handicap réel ou présumé, il lui sera impossible de satisfaire aux critères *prima facie* de discrimination. Il est toujours essentiel d'examiner le contexte où se situe la différence de traitement afin de déterminer s'il y a eu discrimination et si le motif est le « handicap » (...) On met l'accent sur les effets de la distinction, de la préférence ou de l'exclusion subie par la personne, et non sur la preuve de l'existence de limites physiques ou de la présence d'une affection.

Ce changement important par rapport à la méthode d'interprétation du handicap a été suivi par une augmentation importante du nombre des plaintes relatives à

un handicap que la Commission ontarienne des droits de la personne a reçues et traitées.¹¹⁶

4. Apprendre des exemples : la dépendance

Les différentes orientations des politiques et des programmes ontariens traitant la dépendance comme un handicap font preuve d'incohérence. Le modèle des droits de la personne a généralement considéré la dépendance comme une forme de handicap. Cependant, les personnes ayant une dépendance ont été exclues des protections offertes aux personnes handicapées selon d'autres lois.

La dépendance aux drogues et à l'alcool est considérée comme un handicap selon les lois sur les droits de la personne, même si la loi relative à la nature et à la portée de l'obligation d'accommodement en cas de dépendance est en mouvance.¹¹⁷ La *Politique sur les tests de dépistage de la consommation de drogues et d'alcool* de la Commission ontarienne des droits de la personne¹¹⁸ précise que :

Le *Code* adopte une définition large du terme « handicap », de façon à englober un large éventail de troubles physiques, psychologiques et mentaux. La toxicomanie grave se range parmi les formes de dépendance aux intoxicants, laquelle a été reconnue comme une forme de handicap. Parmi les exemples de cet état, mentionnons l'alcoolisme et la consommation abusive de drogues légales (p. ex. médicaments en vente libre) et illégales. Ces types de consommation abusive et de dépendance constituent donc un handicap au sens du *Code*.

Cependant, jusqu'à tout récemment, la dépendance n'a pas été considérée comme un handicap pour décider de l'admissibilité à l'aide sociale selon le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées. La *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées* précise que :¹¹⁹

- (2) Une personne n'est pas admissible au soutien du revenu si les conditions suivantes sont réunies :
- a) la personne a développé une dépendance ou une accoutumance à l'égard de l'alcool, d'une drogue ou d'une autre substance chimiquement active;
 - b) l'alcool, la drogue ou l'autre substance n'a pas été autorisé par ordonnance, selon ce que prévoient les règlements;
 - c) la seule limitation importante de ses activités de la vie quotidienne est attribuable à l'utilisation ou à la cessation de l'utilisation de l'alcool, de la drogue ou de l'autre substance au moment de déterminer ou de réviser l'admissibilité.

Ainsi, les personnes handicapées pour des motifs de dépendance seulement pourraient réclamer de l'aide sociale par le biais du programme Ontario au travail, mais n'auraient pas droit au soutien offert aux autres personnes handicapées par le biais du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées. Cette restriction a fait l'objet d'une contestation devant les tribunaux qui dure depuis longtemps. Très récemment, la Cour supérieure de

justice de l'Ontario a décidé que le fait d'exclure des avantages du POSPH les personnes handicapées uniquement du fait de leur dépendance est incompatible avec le *Code des droits de la personne* de l'Ontario et que les personnes dépendantes sont des personnes handicapées qui ont droit aux avantages du POSPH.¹²⁰

À un certain égard, la différence entre les orientations portant sur la dépendance peut refléter les perceptions selon lesquelles cette condition implique un certain degré de volonté qui n'existe pas pour d'autres types d'incapacité – en d'autres termes, il ne s'agirait pas d'un véritable handicap. La Cour de justice de l'Ontario fit référence à cette attitude lorsqu'elle rejeta une contestation des interdictions de fumer en prison selon la *Charte*. La Cour décida que les fumeurs n'avaient pas de « handicap mental ou physique », puisque :

[Traduction] La dépendance à la nicotine est une condition temporaire qui peut être surmontée de façon volontaire... Cela peut difficilement être comparé avec le handicap de la surdité mentionné à *Eldridge*.

De la même façon, dans l'arrêt *Tranchemontagne*, le gouvernement avait notamment prétendu que les personnes dépendantes étaient toutes capables de travailler et que si elles profitaient des taux d'aide sociale les plus bas selon le programme Ontario au travail, cela limitait le montant d'argent qu'elles pouvaient dépenser pour satisfaire à leur dépendance. Ainsi, l'exclusion des personnes dépendantes du ressort du POSPH ne portait pas atteinte à leur dignité.

Dans la décision portant sur l'interdiction de fumer, la Cour a ultimement accordé plus d'importance à la pondération du degré de désavantage et de la marginalisation associés à une condition pour décider s'il s'agit ou non d'un handicap. Selon la Cour, les fumeurs « [traduction] ne font pas partie d'un groupe "qui souffre d'un désavantage de nature sociale, politique ou juridique dans notre société", et ce, contrairement aux personnes souffrant de dépendance à l'alcool, car leur dépendance interfère alors avec un fonctionnement efficace de type physique, social ou psychologique. »¹²¹ Dans *Tranchemontagne*, la Cour a conclu que l'exclusion des personnes dépendantes du POSPH était basée sur des stéréotypes et des opinions teintées de préjugés sur la dépendance, ce qui niait essentiellement leur valeur au plan humain.¹²²

F. Les modèles mixtes

Au cours des dernières années, un mouvement s'est dessiné en faveur d'une conception multidimensionnelle de l'incapacité, visant l'intégration des perceptions des deux modèles basés sur la déficience et de ceux ayant adopté un modèle social. L'exemple le plus évident et influent à ce sujet est la récente *Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé* de l'OMS, qui remplace la *Classification internationale des handicaps : déficiences, incapacités et désavantages*.

1. La classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé de l'OMS

L'OMS a grandement modifié son orientation relative à l'incapacité dans sa *Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé* de 2001 (CIF). Le but de la CIF était de fournir un cadre normatif permettant de décrire les états de santé et les états connexes et de fournir un outil de mesure du fonctionnement en société, sans tenir compte de la source des déficiences.

La CIF aborde la notion de handicap d'une façon considérablement plus nuancée que sa prédécesseuse, en tentant de synthétiser les modèles biomédical et social de l'incapacité. L'OMS décrit les concepts sous-tendant la CIF de la façon suivante :

[traduction] La CIF place les notions de « santé » et de « handicap » sous un jour nouveau. Elle reconnaît que la santé de chaque être humain peut se détériorer, ce qui peut entraîner une certaine forme d'incapacité. C'est quelque chose qui n'arrive pas qu'à une minorité des humains. La CIF permet ainsi d'"universaliser" l'expérience de l'incapacité et reconnaît qu'il s'agit d'une expérience humaine universelle. En déplaçant le centre d'intérêt de la cause à l'impact, elle met toutes les conditions de santé sur un pied d'égalité, ce qui permet de les comparer à l'aide d'une unité commune de mesure – la règle de la santé et de l'incapacité. Qui plus est, la CIF tient compte des aspects sociaux de l'incapacité et elle ne considère pas le handicap seulement comme un dysfonctionnement "médical » ou "biologique ». Par l'inclusion de facteurs contextuels, parmi lesquels on retrouve les facteurs environnementaux, la CIF nous permet de noter l'impact de l'environnement sur le fonctionnement humain.¹²³

L'OMS l'appelle le "modèle biopsychosocial" de l'invalidité.

La CIF a généralement été considérée comme un progrès significatif par rapport à la CIH. Ceci étant, certains ont critiqué le fait qu'elle conservait des notions médicales individualistes du handicap et de ses causes, ce qui limitait de façon non nécessaire la portée de l'incapacité et perpétuait la culture biomédicale.¹²⁴ On a également soulevé des préoccupations au sujet du fait qu'on tentait d'intégrer les modèles médical et social, parce que le modèle social serait un paradigme dont l'application éloignerait le cadre conceptuel de la politique sociale et qu'il ne pourrait donc pas être mis en œuvre d'une manière fragmentaire.¹²⁵

2. Les mesures de l'incapacité adoptées par Statistique Canada

Les gouvernements ont régulièrement essayé de mesurer l'incidence et l'impact de l'incapacité dans la population. L'information rassemblée fournit un fondement pour l'élaboration des programmes et des politiques, ainsi que pour la recherche universitaire. On ne se préoccupera probablement pas de ce qui n'est pas

mesuré; ainsi, la méthode de mesure de l'incapacité aura un impact important sur le bien-être des personnes handicapées.

En 1986, Statistique Canada a effectué une *Enquête sur la santé et les limitations d'activités* (ESLA). Il s'agissait d'une enquête postcensitaire sur l'incapacité cherchant à préciser le nombre et la répartition des personnes handicapées au Canada, ainsi que les obstacles auxquels elles se butaient. L'ESLA fut rééditée en 1991. Elle était basée sur la CIH de l'OMS et elle définissait le handicap comme une limitation dans les activités quotidiennes découlant d'une déficience liée à des conditions physiques ou mentales ou à des problèmes de santé – c'est-à-dire, un modèle des limitations fonctionnelles de l'incapacité.

Citons également l'Enquête nationale sur la santé de la population, une étude longitudinale débutée en 1994. Bien qu'elle ne traite pas directement de questions d'incapacité, elle demeure intéressante puisqu'elle cherche à mesurer la santé des Canadiens, les relations entre la santé et les limitations d'activités et certains des facteurs déterminants de la santé. Elle est basée sur le *Health Utility Index*, une mesure de la capacité fonctionnelle qui comprend la vision, l'ouïe, la parole, la mobilité, la dextérité, la cognition, l'émotion et la douleur/l'inconfort.¹²⁶

Le gouvernement du Canada s'est récemment éloigné de ces méthodes fonctionnelles dans ses mesures statistiques, en adoptant le plus récent "modèle biopsychosocial" de l'incapacité de l'OMS. L'exploration la plus récente et la plus complète de l'expérience des personnes handicapées au Canada par Statistique Canada fut l'*Enquête sur la participation et les limitations d'activités* (EPLA). L'EPLA fut d'abord effectuée en 2001; une deuxième enquête fut complétée en 2006. Le but de l'EPLA était de dresser un portrait national complet des nombreuses façons par lesquels le handicap affecte la vie des personnes handicapées au Canada. En concevant l'EPLA, Statistique Canada a tenu compte des critiques de la conception de l'incapacité selon la CIH (et donc l'EPLA), plus particulièrement parce qu'elle définissait principalement l'incapacité comme étant linéairement causée par une maladie ou par un traumatisme, et qu'elle ne reconnaissait pas le rôle des facteurs environnementaux parmi les causes et dans l'expérience de l'incapacité.

L'EPLA a donc adopté le cadre conceptuel de la CIF 2001 de l'OMS. Elle considère l'incapacité comme une interrelation entre le fonctionnement du corps, les activités et la participation sociale, tout en reconnaissant que l'environnement crée des obstacles ou des commodités. Une personne est considérée comme handicapée si elle a une "[traduction] condition physique ou mentale ou un problème de santé qui restreint sa capacité à exercer des activités qui sont normales pour son âge dans la société canadienne". Selon l'EPLA, les personnes handicapées sont celles qui font état de difficultés dans les activités de la vie quotidienne ou qui mentionnent qu'une condition physique ou mentale ou un problème de santé réduit le genre ou la quantité des activités qu'elles

peuvent entreprendre. Les réponses données à l'EPLA reflètent donc les perceptions des participants et sont de nature subjective – ce qui aborde évidemment les choses de façon différente que dans les nombreux programmes gouvernementaux qui requièrent une évaluation indépendante par un professionnel ou qui imposent d'autres critères pour confirmer le handicap.¹²⁷

L'EPLA classe l'incapacité par genres. Les catégories diffèrent pour les enfants et les adultes compte tenu de leurs expériences différentes. Les genres de handicap pour les enfants comprennent ceux qui sont chroniques, les retards, les troubles du développement, de dextérité, de l'ouïe, de l'apprentissage, de la mobilité, ainsi que les déficiences psychologiques, de la vue et de la parole. Les genres d'incapacité chez les adultes se rapportent à l'agilité, au développement, à l'ouïe, à l'apprentissage, à la mémoire, à la mobilité, à la douleur, ou sont des déficiences psychologiques, de la vue ou de la parole. L'EPLA a également tenté de classer les déficiences selon leur sévérité.

La méthode de classification de l'incapacité de l'EPLA est devenue la norme pour toutes les enquêtes sociales de Statistique Canada, qu'elles traitent des questions autochtones, de l'emploi, de la santé ou de l'éducation.

3. L'élaboration d'un modèle mixte : l'identité sexuelle

La loi n'a pas encore élaboré de méthodologie consistante pour traiter des situations vécues par les transgenres et liées à l'identité sexuelle. Cela vient en partie du fait que la loi n'a pas reconnu la communauté transgenre comme une communauté vivant des expériences uniques et confrontée à des défis uniques. À titre d'exemple, aucune des lois canadiennes sur les droits de la personne ne reconnaît l'identité sexuelle à titre de source distincte de discrimination ou de motif de protection.¹²⁸ Les transgenres désireux de se protéger contre la discrimination ont donc eu à faire correspondre leurs expériences aux motifs existants en droit de la personne : le sexe et/ou le handicap.

Au cours des dix dernières années, les tribunaux en droits de la personne ont systématiquement reconnu que la discrimination basée sur l'identité sexuelle, par exemple, dans la prestation de services comme l'accès à des installations réservées à un sexe, peut être vue comme une forme de discrimination sexuelle.¹²⁹ En l'an 2000, la Commission ontarienne des droits de la personne, dans sa *Politique concernant la discrimination et le harcèlement fondés sur l'orientation sexuelle*, a reconnu la discrimination fondée sur l'identité sexuelle comme une forme de discrimination sexuelle et elle a mentionné qu'elle entendrait et traiterait des plaintes en droit de la personne à cet égard.¹³⁰

Ceci étant, les plaintes au sujet de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle ont aussi fréquemment été traitées selon le motif du handicap, parce que l'*American Psychiatric Association* a reconnu le trouble de l'identité de genre

La loi et les personnes handicapées

(TIG) parmi les troubles psychiatriques avec critères de diagnostic reconnus et une série d'options de traitement qui comprennent l'inversion sexuelle chirurgicale. La plupart des plaintes en droit de la personne intentées par des transgenres sont traitées à *la fois* en fonction du sexe et du handicap. Dans une décision récente, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a indiqué que les motifs du sexe et du handicap s'entrecroisent pour les transsexuels :

[Traduction] Alors que le TIG est la condition médicale qui constitue un handicap, la transition elle-même est une décision hautement personnelle et sensible qui exige un grand sacrifice et beaucoup de courage, et elle tombe clairement sous le motif du sexe. Cependant, la transition requiert également des soins médicaux spécialisés, compte tenu des aspects physiques et psychologiques impliqués. Ainsi, les deux motifs selon le *Code* sont nécessairement croisés (...) Le danger d'adopter le seul axe du handicap en l'instance est qu'il nie l'importance de la discrimination fondée sur le sexe, et qu'il retombe dans le discours de l'interprétation biomédicale de l'incapacité, ce qui ignore l'importance sociale des transitions incomplètes dans les vies de ces plaignants, et ce qui nie donc l'importance de leur transsexualité dans leur propre individualité.¹³¹

Malgré le fait que le handicap soit régulièrement utilisé comme motif pour traiter des droits des transgenres, cette médicalisation de l'identité des transgenres est une source de critique.¹³² On prétend que les transgenres devraient être capables de bénéficier d'accommodements et de soins de santé sans avoir à porter les stigmates du stéréotype négatif d'un diagnostic psychiatrique. C'est-à-dire qu'il existe une tentative de passer d'une analyse fondée sur les droits qui s'appliquent pour un handicap à d'autres qui reconnaîtraient les formes particulières d'oppression ressentie par les transgenres et qui élaboreraient une analyse fondée sur les droits, spécifique à leur situation afin d'ôter au monde médical le pouvoir de contrôleur d'accès qu'il détient actuellement par rapport aux transgenres.¹³³

V. VERS UNE MÉTHODOLOGIE STRUCTURÉE

Le mouvement prononcé parmi les théoriciens, les activistes et les décideurs des modèles d'interprétation biomédicale et fonctionnelle de l'incapacité vers un modèle social ou un modèle des droits de la personne n'a pas été reflété dans les définitions législatives de l'incapacité (ou du handicap) en Ontario. Il existe une déconnexion entre les cadres stratégiques internationaux et internes actuels et la méthode d'interprétation juridique enchâssée dans les lois. Même les lois les plus récemment adoptées comme la *Loi de 2005 sur l'Accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario* et la *Loi de 2008 sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle* ont adopté des définitions fondées sur des méthodes d'interprétation biomédicales ou fonctionnelles.

Cela pourrait être amélioré dans une certaine mesure par l'utilisation de méthodes d'interprétation flexibles des définitions statutaires, comme il ressort de l'évolution dans l'interprétation et dans l'application de la définition de « handicap » en droit de la personne ontarien. Quoi qu'il en soit, cette déconnexion est à la fois frappante et troublante.

Comment expliquer la domination continue des définitions biomédicales et fonctionnelles dans les lois relatives aux personnes handicapées?

Cela est sans doute en partie dû au pouvoir de la mentalité biomédicale, qui demeure le « sens commun » et le point de vue dominant selon la compréhension populaire. Les programmes et les politiques utilisent comme point de départ, non pas la création d'une société sans obstacle, mais l'amélioration du désavantage vécu par les personnes handicapées. S'il s'agit du point de départ, il est presque inévitable que les programmes doivent commencer par décider qui, exactement, aura le droit de recevoir de l'aide.

De plus, les définitions fonctionnelles permettent à ceux qui conçoivent les politiques ou qui administrent les programmes de centrer les rares ressources publiques sur les personnes handicapées les plus « méritantes », soit celles avec les besoins ou les désavantages les plus « criants ». Les critères fonctionnels permettent aux fournisseurs de programmes de gérer leur charge de travail et de répartir les ressources.

Ce qui est peut-être tout aussi important, c'est que de nombreuses définitions de l'incapacité fonctionnent dans les faits comme des critères d'admissibilité aux programmes et aux prestations du gouvernement. Les définitions fonctionnelles de l'incapacité sont faciles à gérer. Elles procurent des réponses claires et faciles à déterminer pour savoir qui devrait avoir droit à un programme ou à des prestations. Les décisions peuvent être expliquées facilement et être prises par des gens avec un minimum de formation.

Il n'est pas facile de trouver des modèles de lois et de programmes qui ont entièrement opérationnalisé un modèle social de l'incapacité. Un mouvement législatif d'une définition fonctionnelle vers une définition sociale exige de repenser en profondeur les hypothèses et les procédures. Il peut s'agir non pas de répondre aux questions différemment, mais de poser des questions nettement différentes. Dans un contexte de droit de la personne, passer d'une définition fonctionnelle à une définition sociale de l'incapacité exige qu'on pose moins de questions au sujet de la nature de la condition d'une personne, et plus au sujet de la nature et de l'étendue des désavantages vécus par les personnes handicapées. De la même façon, les dispositions de la CIRDPH relatives à la prise de décision impliquent que l'on se centre moins sur la détermination du « handicap » des personnes et plus sur l'aide qu'on peut leur apporter de façon à maximiser leur autonomie.

Tout cela soulève de nombreuses questions, dont certaines vont au cœur des interactions entre loi et personnes handicapées. La CDO vous invite à faire connaître vos commentaires et votre point de vue dans les trois domaines généraux suivants :

Précision des concepts d'incapacité devant servir au cadre d'analyse de la CDO pour le projet sur la loi et les personnes handicapées :

Ce document a précisé un certain nombre de modèles conceptuels servant à comprendre et à définir l'incapacité, et il a fourni des points de départ pour étudier comment ces modèles peuvent façonner la loi par rapport aux personnes handicapées.

- Quels sont les avantages et les désavantages de ces différents modèles à titre de fondements pour l'élaboration des lois touchant les personnes handicapées?
- Est-il nécessaire de n'avoir qu'un seul modèle conceptuel pour l'incapacité comme fondement en droit, ou y a-t-il suffisamment de place pour des modèles multiples ou mixtes?
- Dans l'affirmative, quels contextes, facteurs ou principes devraient être pris en considération dans le choix d'un modèle précis d'incapacité comme fondement d'une loi ou d'un programme donné?

Expériences juridiques et rapports avec les différents concepts d'incapacité :

La CDO souhaite entendre parler de vos expériences avec les lois, les règlements et les programmes qu'incarnent les divers modèles conceptuels de l'incapacité mentionnés aux présentes.

- Si vous avez essayé d'obtenir accès aux droits et aux avantages prévus à ces lois ou programmes pour vous-même, ou si vous plaidez en faveur d'autres personnes handicapées, la méthode utilisée pour définir

l'incapacité dans une loi ou un programme a-t-elle nui à votre habileté à obtenir un accès efficace? Si oui, comment?

- Si vous êtes responsable, personnellement ou pour une organisation, de l'élaboration ou de l'application du droit relatif aux personnes handicapées, quelles sont les implications pratiques des différentes méthodes conceptuelles en ce qui concerne la mise en oeuvre, l'application ou l'exécution des lois et des programmes?

Mise en oeuvre du modèle social :

Comme nous le précisons aux présentes, bien que le modèle social ait été adopté par de nombreux décideurs et juristes, et retenu dans des arrêts clés de la Cour suprême du Canada en matière d'incapacité, les lois et les programmes gouvernementaux continuent habituellement à se fier à des conceptions biomédicales ou fonctionnelles de l'incapacité. Il existe peu d'exemples de lois ou de programmes qui sont fondés sur un modèle social.

- Connaissez-vous des lois ou des programmes qui sont fondés sur un modèle social? Quelles sont les principales caractéristiques de ces lois et de ces programmes?
- Quels changements à la portée, au mandat, aux critères d'admissibilité ou aux autres caractéristiques des lois ou des programmes existants seraient requis de façon à mettre en oeuvre une méthode sociale?
- Êtes-vous en mesure de préciser les obstacles à surmonter ou les défis à relever pour l'élaboration d'un cadre juridique conceptuel fondé sur le modèle social?

Ces éléments ne se veulent pas exhaustifs, mais pourront servir de point de départ à vos commentaires et à vos questions supplémentaires. La CDO attend commentaires et questions se rapportant à la fois aux éléments spécifiquement abordés aux présentes et aux autres problématiques découlant de ce document.

VI. PROCHAINES ÉTAPES

La CDO prépare actuellement un grand document de discussion en rapport à ce projet, dont la diffusion est prévue au tout début de l'automne 2009. Ce document de discussion fournira une vue d'ensemble et une analyse des cadres conceptuels actuels des lois portant sur l'incapacité et des principes qui pourraient être appliqués afin d'analyser leur efficacité et leur caractère approprié et il soulèvera des questions clés à prendre en considération afin d'élaborer une méthodologie structurée relative à la loi et aux personnes handicapées.

Les réactions à ce document de consultation aideront à façonner la stratégie relative aux questions touchant l'incapacité que la CDO adoptera pour ce projet et à étudier comment la loi devrait aborder la définition du handicap et de l'incapacité.

La CDO vous invite donc à examiner les questions soulevées par ce document. Les soumissions devront nous parvenir au plus tard **le vendredi 28 août 2009**.

Vous pouvez nous faire parvenir vos commentaires par la poste, par télécopieur ou par courriel à :

Commission du droit de l'Ontario
« Étude préliminaire sur l'incapacité »
Computer Methods Building, Bureau 201, 4850, rue Keele,
Toronto, ON, Canada, M3J 1P3

Fax : (416) 650-8418
Courriel : LawCommission@lco-cdo.org

Vous pouvez également afficher des commentaires en ligne au :
<http://projects.lco-cdo.org/disabilitiesconsultation/>

Le personnel de la CDO serait également heureux de discuter des questions soulevées par ce document avec vous, au téléphone ou en personne.

Pour toute question relative à cette consultation, veuillez nous appeler au **(416) 650-8406** ou utiliser l'adresse électronique mentionnée ci-dessus.

VII. NOTES DE FIN DE TEXTE

¹ Statistique Canada, Division de la statistique sociale et autochtone, *Enquête sur la participation et les limitations d'activités 2006 : rapport de synthèse* (Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2007) à la page 9. Comme nous l'expliquerons plus en détail plus tard dans ce document, l'EPLA emploie une définition d'incapacité se fondant sur le « modèle biopsychosocial de l'invalidité » adopté par l'Organisation mondiale de la santé dans sa *Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé*.

² Statistique Canada, Division de la statistique sociale et autochtone, *Enquête sur la participation et les limitations d'activités, 2006 : rapport de synthèse* (Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2007) aux pp. 11 et ss.

³ L.R.O. 1990, c. H.19.

⁴ Règl. O. 350/06, article 3.8, *Barrier-Free Design* (règlement disponible en anglais seulement).

⁵ Par exemple, dans *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, la Cour suprême du Canada décida que le défaut de fournir des services d'interprétation gestuelle aux patients atteints de surdité dans les hôpitaux violait les droits à l'égalité selon la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans *Battlefords District Co-operatives c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, la Cour suprême du Canada décida que des régimes d'avantages sociaux offerts par l'employeur qui prévoyaient des avantages moindres pour les personnes atteintes d'incapacités mentales par rapport aux personnes atteintes d'incapacités physiques violaient les lois sur les droits de la personne. Récemment, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a exigé que la *Toronto Transit Commission* annonce les arrêts à venir dans le métro et dans l'autobus, afin de répondre aux besoins des passagers ayant une déficience visuelle (*Lepofsky c. Toronto Transit Commission*, 2005 TDPO 36; 2007 TDPO 23).

⁶ *Loi de 2005 sur l'Accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*, L.O. 2005, c. 11.

⁷ *Loi de 2008 sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle*, L.O. 2008, c. 14, non encore proclamée.

⁸ Organisation des Nations Unies, *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, G.A. Res. 61/106.

⁹ Selon les données de l'enquête EPLA 2006, environ le quart des parents d'enfants handicapés ontariens ont mentionné que leurs enfants ne recevaient pas le soutien dont ils avaient besoin en éducation spécialisée. Il était nettement plus probable que les parents d'enfants dont les besoins d'accommodement n'étaient pas comblés mentionnent qu'ils éprouvaient des difficultés académiques. Voir Statistique Canada, Division de la statistique sociale et autochtone, *L'Enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2006 : Profil d'éducation des enfants avec incapacités au Canada* (Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2007) aux pages 14 et 22.

¹⁰ Les données de l'EPLA 2006 précisent que 51 pour cent des personnes handicapées au Canada travaillaient au moment de l'enquête, par rapport à 75 pour cent de leurs semblables non handicapés. La participation des personnes handicapées à la population active était inférieure pour tous les groupes d'âge. Il était également plus probable que les personnes handicapées occupent des emplois précaires ou qu'elles travaillent à temps partiel. Voir : Statistique Canada, Division de la statistique sociale et autochtone, *L'Enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2006 : L'expérience de travail des personnes avec incapacité au Canada* (Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2007)

¹¹ En 2006, selon les données de l'EPLA, le revenu moyen d'un Ontarien handicapé était de 25 304 \$ par rapport à 38 358 \$ pour un Ontarien non handicapé : Statistique Canada, Division de la statistique sociale et autochtone, *L'Enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2006 : Tableaux (partie V)* (Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2007) au tableau 1.3.

¹² Statistique Canada, *Victimisation criminelle et santé : un profil de la victimisation chez les personnes ayant une limitation d'activité ou un autre problème de santé en 2004* (Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2009) aux pages 8 et 10. Les personnes dont les activités sont restreintes

tendent également à être moins satisfaites des interventions policières, se sentent moins en sécurité et perçoivent moins favorablement le système de justice criminelle que celles dépourvues de telles restrictions.

¹³ Voir *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, pour la plus récente reformulation du test du paragraphe 15(1) par la Cour suprême du Canada et une importante décision portant sur l'interprétation du paragraphe 15(2) dans le contexte de la *Stratégie relative aux pêches autochtones* du gouvernement fédéral. La Cour a décidé qu'une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue dans un programme gouvernemental ne constituera pas de la discrimination s'il a un objet améliorateur ou réparateur (même si cela ne constitue pas son seul objectif) et qu'il vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue. L'objectif législatif d'un programme sera le critère le plus important pour déterminer s'il est visé par les dispositions du paragraphe 15(2).

¹⁴ L'arrêt le plus important à ce sujet est celui de *Eldridge c. British Columbia (Attorney General)* [1997] 3 R.C.S. 624, qui a confirmé l'obligation des hôpitaux de fournir des services d'interprétation gestuelle aux personnes atteintes de surdité, de façon à assurer un accès égal aux services publics.

¹⁵ L.R.O. 1990, c. H.19.

¹⁶ L'article 29 du *Code* donne à la Commission ontarienne des droits de la personne des pouvoirs étendus afin de promouvoir et de faire avancer les droits de la personne et d'encourager l'élimination des pratiques discriminatoires, notamment en élaborant des politiques et en menant des campagnes de sensibilisation, en effectuant des enquêtes, en dirigeant et en favorisant la recherche et en étudiant des politiques, des programmes et des lois. La partie IV du *Code* précise le mécanisme selon lequel des demandes portant sur des allégations de traitement discriminatoire peuvent être présentées devant le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario.

¹⁷ Les statistiques relatives aux plaintes portant sur les droits de la personne de 1999 à 2008 peuvent être consultées par le biais des rapports annuels de la Commission ontarienne des droits de la personne, disponibles en ligne au <http://www.ohrc.on.ca/fr/resources/annualreports>.

¹⁸ *Loi de 2001 sur les personnes handicapées de l'Ontario*, L.O. 2001, c. 32.

¹⁹ *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*, 2005, L.O. 2005, c. 11.

²⁰ *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*, L.O. 1997, c. 25, annexe B.

²¹ *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*, L.O. 1997, c. 16, annexe A.

²² L.R.O. 1990, c. E.2, a. 8(3).

²³ R.R.O. 1990, Règl. 581.

²⁴ *Loi sur la taxe de vente au détail*, L.R.O. 1990, c. R.31, a. 7(1), R.R.O. 1990, Règl. 1012, a. 2(3).

²⁵ http://www.accesson.ca/mcss/french/pillars/social/odsp/income_support/odsp_help.htm

²⁶ *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, c. C.11.

²⁷ *Loi sur les garderies*, R.R.O., 1990, Reg. 262.

²⁸

http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/french/elaws_statutes_97o25b_f.htm,
http://www.e-laws.gov.on.ca/html/regis/french/elaws_regis_980224_f.htm,
<http://www.gov.on.ca/children/french/programs/needs/disabilities/index.html>.

²⁹ L.R.O. 1990, c. L.8, a. 40.

³⁰ R.R.O. 1990, Règl. 194, *Règles de procédure civile*, règle 7.

³¹ L.R.O. 1990, c. E.23, a. 14.

³² *Loi sur le mariage*, L.R.O. 1990, c. M.3, a.7.

³³ L.O. 1996, c. 2, annexe A.

³⁴ L.O. 1992, c. 30.

³⁵ L.R.O. 1990, c.M.7.

³⁶ Voir, à titre d'exemple, les explications à ce sujet contenues dans l'ouvrage de C. Barnes, G. Mercer et T. Shakespeare, *Exploring Disability: A Sociological Introduction* (Cambridge: Polity Press, 1999) aux pp. 17-18.

³⁷ Il existe de nombreux ouvrages sur les divergences existant parmi les attitudes culturelles par rapport à l'incapacité. Un point de départ d'influence à ce sujet serait l'ouvrage de B. Ingstad et S. Whyte, éd. *Disability and Culture* (Berkeley, University of California Press, 1995).

³⁸ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, annexe A, par. 15(1).

³⁹ *Loi électorale*, L.R.O. 1990, c. E.6, par. 24(1.1) et a. 55.

⁴⁰ *Loi de 1992 sur le code du bâtiment*, Règl. O. 350/06, a. 2.2.1.1.

⁴¹ *Loi sur les établissements de bienfaisance*, L.R.O. 1990, c. C.9, par. 9.11(9).

⁴² Par conséquent, les tribunaux ontariens ont rendu une série de décisions rappelant au Tribunal de l'aide sociale que les termes « personnes handicapées » doivent être interprétés de façon téléologique, compatible avec les buts de la loi : voir, par exemple, *Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées c. Gallier*, 2000 CarswellOnt 4559, [2000] O.J. No. 4541 (C. div. Ont., 9 nov. 2000); *Gray c. Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*) 212 D.L.R. (4th) 353, 158 O.A.C. 244 (C.A. Ont., 25 avril 2002); *Sandiford c. Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*) 195 O.A.C. 143 (C. div. Ont., 21 janv. 2005).

⁴³ <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/2000/2000csc27/2000csc27.html>, [2000] 1 R.C.S. 665.

⁴⁴ L'arrêt de la Cour suprême du Canada dans <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/2000/2000csc27/2000csc27.html>, [2000] 1 R.C.S. 665 est discuté plus en détail à la partie IV.E.3. Peu de temps après, la Cour d'appel fédérale a choisi un angle différent lorsqu'elle a interprété le terme « invalidité » selon le par. 42(2) du Régime de pensions du Canada à *Villani c. Canada (Procureur général)* 2001 CAF 248 (CFA). Cette définition requiert qu'une invalidité soit de nature « sévère et prolongée ». La Cour a mis l'accent sur le fait que la loi, compte tenu de son objet réparateur, devait recevoir une interprétation large et libérale. Alors que l'impact concret d'un problème de santé, en tenant compte, notamment, de l'éducation du demandeur, de ses antécédents de travail et de son habileté à exercer ses activités quotidiennes doivent être pris en compte, il faut également tenir compte de la preuve médicale et de celle relative aux efforts déployés pour se trouver un emploi et des probabilités à cet égard.

⁴⁵ Commission ontarienne des droits de la personne, *Une chance de réussir : Éliminer les obstacles à l'éducation pour les personnes handicapées* (Toronto : Commission ontarienne des droits de la personne, 2003) à la page 35. Disponible en ligne au .

⁴⁶ Disponible en ligne au http://www.socialunion.gc.ca/pwd/unison/unison_f.html.

⁴⁷ Développement des ressources humaines Canada, *Vers l'intégration des personnes handicapées* (Ottawa, décembre 2002).

⁴⁸ Développement des ressources humaines Canada, *Définir l'incapacité : une question complexe* (Ottawa, 2003).

⁴⁹ Développement des ressources humaines Canada, *Définir l'incapacité : une question complexe* (Ottawa, 2003), p. 53.

⁵⁰ Lorsque le gouvernement fédéral a revu ses orientations stratégiques en matière d'incapacité dans les lois et dans les programmes fédéraux, il a classé les modèles conceptuels selon trois perspectives : celle de la déficience, celle des limitations fonctionnelles et la perspective écologique, qui comprend comme sous-groupe le modèle des droits de la personne. Voir Bureau de la condition des personnes handicapées, Développement des ressources humaines Canada, *Définir l'incapacité : une question complexe* (Ottawa, Développement des ressources humaines Canada, 2003). Statistique Canada a retenu cette classification dans son étude des définitions de l'incapacité afin d'élaborer une nouvelle méthode d'analyse pour l'enquête EPLA, tout en élevant le modèle des droits de la personne à titre de quatrième perspective : Développement des ressources humaines Canada, *Un profil de l'incapacité au Canada en 2001* (Ottawa, Développement des ressources humaines Canada, 2003) à la page 42.

⁵¹ Le modèle biomédical de l'incapacité a été exhaustivement décrit et critiqué par les théoriciens de l'incapacité. Une vue d'ensemble exhaustive et accessible de la discussion se retrouve à C. Barnes et G. Mercer, *Disability* (Cambridge, Polity Press, 2003).

⁵² Pour ce motif, ce modèle est parfois désigné comme le modèle "individuel" ou celui de la "tragédie personnelle".

⁵³ *Loi sur les foyers pour personnes âgées et les maisons de repos*, L.R.O. 1990, c. H.13, a. 19.2(10).

⁵⁴ *Loi sur les garderies*, R.R.O. 1990, Reg. 262, a. 1.

⁵⁵ Les renseignements relatifs aux services *Kingston Access Bus* et à leurs exigences en matière d'admissibilité peuvent être consultés en anglais en ligne au www.kingston.org/kas.

⁵⁶ Règl. de l'Ont. 181/98, *Identification et placement des élèves en difficulté*, a. 15.

⁵⁷ Commission ontarienne des droits de la personne, *Une chance de réussir : Éliminer les obstacles à l'éducation pour les personnes handicapées* (Toronto, Commission ontarienne des droits de la personne, 2003) à la p. 35. Également disponible en ligne au <http://www.ohrc.on.ca/fr/resources/policy/EducationDisabilityConsultFrancais>.

⁵⁸ Voir la discussion à ce sujet dans C. Barnes, G. Mercer et T. Shakespeare, *Exploring Disability: A Sociological Introduction* (Cambridge, Polity Press, 1999) à la page 56 et ss. Voir également J. Swain, S. French et C. Cameron, « Practice: Are Professionals Parasites? » dans *Controversial Issues in a Disabling Society* (Philadelphie, Open University Press, 2003) aux pages 131 à 140.

⁵⁹ Pour une vue d'ensemble récente, voir M. Sears, *Le point de vue médical sur l'hypersensibilité environnementale* (Commission canadienne des droits de la personne, mai 2007).

⁶⁰ À titre d'exemple, dans une décision rendue en vertu de la loi sur les droits de la personne albertaine, la *Court of Queen's Bench* de l'Alberta a décidé qu'il n'était pas nécessaire que la cause de l'hypersensibilité de la plaignante aux odeurs et aux parfums soit diagnostiquée avant qu'il soit décidé que cette dernière était handicapée : *Brewer c. Fraser Miller Casgrain LLP* [2006] A.J. No. 265 (Alta Q.B.).

⁶¹ C. Wilkie et D. Baker, *La prise de mesures d'adaptation dans les cas d'hypersensibilités environnementales : le point de vue juridique* (Commission canadienne des droits de la personne, mai 2007) aux pages 9 à 11, disponible en ligne au http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/legal_sensitivity_fr.pdf.

⁶² À titre d'exemple, dans *Macdonald c. SunLife Assurance Company* [2006] I.L.R. 1-4471 (*P.E.I. Supreme Court – Appeal Division*) une réclamation pour prestation d'invalidité a été rejetée compte tenu de la preuve médicale divergente quant au respect des critères d'évaluation de l'hypersensibilité environnementale à des fins de diagnostic par la demanderesse et par le degré auquel ses symptômes récurrents l'empêchaient de fonctionner. Dans *Wachal c. Manitoba Pool Elevators*, [2000] T.C.D.P. No. 4 (C.H.R.T.), une plainte en matière de droits de la personne fut rejetée pour insuffisance de preuve reliant l'incapacité de la demanderesse avec ses absences.

⁶³ Ces préoccupations ont été reconnues par la Commission ontarienne des droits de la personne (*rapport de consultation : Les assurances et les droits de la personne*, Toronto, 2001, à la page 8) et par le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario (*Rapport annuel 2000*).

⁶⁴ L'état de New York et le New Jersey interdisent la discrimination au travail fondée sur certains traits génétiques particuliers comme ceux de la drépanocytose, de la maladie de Tay-Sachs ou de la fibrose kystique : *New York Civil Rights Law*, a. 48; *New Jersey Civil Rights Law*, a. 10. Le New Jersey interdit également aux employeurs de refuser d'embaucher, de mettre à la retraite forcée ou de renvoyer un employé en fonction des ses renseignements génétiques : *New Jersey Civil Rights Law*, a. 10. Le Texas interdit aux employeurs de congédier ou de refuser d'embaucher un employé qui refuse de se soumettre à un dépistage génétique, ou, s'il y consent, d'utiliser les résultats du dépistage comme fondement à la discrimination : *Texas Labor Code*, a. 21.402.

⁶⁵ Voir D. Thable, "With Great Knowledge Comes Great Responsibilities: An Examination of Genetic Discrimination in Canada", (2006) 14 *Health Law Review* No. 3, 22-31; S. Labman, "Genetic Prophecies: The Future of the Canadian Workplace", (2004) 30 *Manitoba Law Journal*

227-247; T. Lemmens, "Genetics and Insurance Discrimination: Comparative Legislative, Regulatory and Policy Developments and Canadian Options", (2003) *Health Law Journal* 41-86.

⁶⁶ D. Thable, "With Great Knowledge Comes Great Responsibilities: An Examination of Genetic Discrimination in Canada", (2006) 14 *Health Law Review* No. 3, 22-31 au par. 8-14.

⁶⁷ T. Lemmens, "Genetics and Insurance Discrimination: Comparative Legislative, Regulatory and Policy Developments and Canadian Options », (2003) *Health Law Journal* 41-86 au par.111.

⁶⁸ Disponible en ligne à <http://www.who.int/classifications/icf/en> en anglais.

⁶⁹ Pour une vue d'ensemble des critiques de la CIH, voir C. Barnes, G. Mercer et T. Shakespeare, *Exploring Disability: A Sociological Introduction* (Cambridge, Polity Press, 1999) aux pages 22 à 27.

⁷⁰ *Code de la route*, R.R.O. 1990, Règl. 581, a. 1 (en anglais seulement).

⁷¹ Loi non encore en vigueur. Elle remplace la *Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle*, L.R.O. 1990, c. D.11.

⁷² *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, c. E.2, a. 1.

⁷³ Voir Ministère de l'Éducation, *Normes concernant les plans de l'enfance en difficulté des conseils scolaires* (Ontario, 2000), annexe D, disponible en ligne au <http://www.edu.gov.on.ca/fre/general/elemsec/speced/iepstand/iepstandf.pdf>

⁷⁴ *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*, Règl. O. 224/98.

⁷⁵ *Loi sur les garderies*, R.R.O. 1990, Reg. 262, a. 66.5(2).

⁷⁶ *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*, L.O. 1997, c. 25, Annexe B.

⁷⁷ Ainsi, les personnes recevant des prestations de POSPH ont droit à une échelle de loyers précise selon la *Loi de 2000 sur la Réforme du logement social*, Règl. O. 298/01, tableau 5 et à l'octroi de subventions pour les frais de garde d'enfants selon la *Loi sur les Garderies*, R.R.O. 1990, Règl. 262, a. 66.2. Les prestations de POSPH qualifient une personne d' « employé admissible » aux fins de l'incitatif fiscal pour l'adaptation du milieu de travail en vertu de la *Loi sur l'Imposition des sociétés*, L.R.O. 1990, c. C.40, a. 13.3.

⁷⁸ *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*, L.O. 1997, c. 25, annexe B, a. 4(1).

⁷⁹ *Loi sur la taxe de vente au détail*, R.R.O. 1990, Règl. 1012, a. 10.

⁸⁰ *Loi sur les garderies*, R.R.O. 1990, Règl. 262, a. 1.

⁸¹ *Nielson c. Sandman Four Limited* (1986), 7 C.H.R.R. D/3229.

⁸² (1990) 12 C.H.R.R. D/19 (Ont. BOI). Cette décision est discutée plus à fond à la partie IV.E.3.

⁸³ *Woolworth Canada c. Human Rights Commission of Newfoundland* (1995), 25 C.H.R.R. D/227, à la p. 31.

⁸⁴ *Clarke c. Country Garden Florists* (1996), 26 C.H.R.R. D/24 (Nfld. Bd. Inq.).

⁸⁵ *Bielecky c. Young, McNamara* (1992), 20 C.H.R.R. D/215 (Ont. Bd. Inq.)

⁸⁶ *Lloyd c. Ontario (directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, (1997) 223 O.A.C. 385 (C. div. Ont.).

⁸⁷ *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, c. 2, annexe A, par. 4(1); *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, L.O. 1992, c. 30, a. 6, 45.

⁸⁸ *Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1990, c. M.7, a. 20(1.1).

⁸⁹ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RRO 1990, Règl. 194, a. 1.03.

⁹⁰ La cause principale qui précise le test d'habileté testamentaire est *Banks c. Goodfellow* (1870) LR. 5 Q.B. 549 (Eng. Q.B.).

⁹¹ L'article 7 de la *Loi sur le mariage*, L.R.O. 1990, c. M.3, précise que « Personne ne doit ni délivrer de licence à quiconque n'a pas, selon ce qu'il sait ou a des motifs valables de croire, la capacité mentale de contracter mariage en raison de l'influence de boissons enivrantes ou de stupéfiants ou pour toute autre raison, ni célébrer son mariage. »

⁹² Voir, par exemple, *Re McElroy*, (1979), 22 O.R. (2d) 381 (Surr. Ct.), dans il fut décidé que le défunt avait la capacité de se marier, mais non l'habileté testamentaire. Le tribunal a considéré que le défunt comprenait les obligations et les responsabilités du mariage en tout temps avant la date du mariage et le jour de son mariage, et qu'il détenait la capacité mentale nécessaire pour comprendre le contrat auquel il consentait.

⁹³ *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, c. 2, annexe A, a. 4(2); *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, L.O. 1992, c. 30, a. 2.

⁹⁴ À l'origine, on voulait créer un système complet d'évaluation de la capacité juridique qui aurait compris les normes à employer par les évaluateurs, un contrôle par les pairs, des procédures d'assurance qualité, un code de déontologie et de la formation continue. À cause d'un changement de gouvernement, cela ne fut jamais mis en oeuvre. Le programme de formation actuel pour les évaluateurs ne requiert qu'une journée. Voir J. Wahl, « Capacity and Capacity Assessment in Ontario » (mai 2009), document préparé pour la conférence 2009 sur le droit des aînés de l'Association du Barreau canadien aux pages 16 et 17.

⁹⁵ Organisation des Nations Unies, *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, G.A. Res. 61/106, article 12.

⁹⁶ La *Representation Agreement Act* permet à des personnes de conclure des contrats de représentation avec des réseaux d'aide sans avoir à d'abord démontrer qu'elles respectent le test de la capacité juridique. R.S.B.C. 1996, c. 405.

⁹⁷ On considère habituellement que ce modèle date du manifeste de la *British Union of the Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS) de 1976 intitulé *Fundamental Principles of Disability*.

⁹⁸ Les implications d'un tel changement dans un contexte canadien sont étudiées à J. Bickenbach, *Physical Disability and Social Policy* (Toronto, University of Toronto Press, 1993).

⁹⁹ Pour une vue d'ensemble de ces critiques, voir T. Siebers, « Disability in Theory: From Social Constructionism to the New Realism of the Body » à L. Davis, éd., *The Disability Studies Reader*, 2^e éd. (Routledge, New York, 2007) aux pp. 173 et ss.

¹⁰⁰ C. Barnes et G. Mercer, *Disability* (Cambridge, Polity Press, 2003) aux pages 69 et 70.

¹⁰¹ Voir, à titre d'exemple, T. Shakespeare et N. Watson, « The Social Model of Disability: An Outdated Ideology? » à *Research in Social Science and Disability*, Vol. 2 (2001).

¹⁰² Il existe de grandes études sur le genre par rapport à l'incapacité et une littérature de plus en plus poussée dans les domaines de la race, de l'orientation sexuelle et de l'âge par rapport à l'incapacité. Une vue d'ensemble de ces questions est proposée par A. Vernon, « Multiple Oppression and the Disabled People's Movement » dans T. Shakespeare, éd., *The Disability Reader: Social Science Perspectives* (London, Continuum, 1998) à la page 201.

¹⁰³ Dans une décision datant de 1991, une commission d'enquête de l'Ontario a décidé que l'obésité d'un plaignant ne constituait pas un handicap au sens du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, statuant que l'obésité ne serait protégée par le *Code* que si elle était le résultat d'une maladie ou si elle était une condition chronique hors du contrôle effectif de la personne atteinte et qui limiterait ou qui serait perçue comme limitant les habiletés de la personne atteinte : *Ontario (Commission des droits de la personne) c. Vogue Shoes* (1991), 14 C.H.R.R. D/425. En Saskatchewan, la Cour d'appel a statué que l'obésité n'était pas une incapacité protégée par les lois sur les droits de la personne puisqu'elle n'était pas causée par une lésion corporelle, un défaut ou une maladie : *St. Paul Lutheran Home of Melville c. Davison* (1993), 19 C.H.R.R. D/437. En Colombie-Britannique cependant, on a considéré qu'un plaignant à qui on avait refusé un emploi parce qu'il était « trop gros et trop lourd » avait fait l'objet de discrimination sur la base d'une incapacité perçue : *Rogal c. Dalgliesh* (2000), 37 C.H.R.R. D/178 (BCHRT).

¹⁰⁴ *McKay Panos c. Air Canada*, Office des transports du Canada, décision 646-AT-A-2001 (12 décembre 2001); [2006] J.C.F. n° 28 (CFA).

¹⁰⁵ *McKay-Panos c. Air Canada*, voir ci-haut, au par. 40.

¹⁰⁶ *Cameron c. Nova Scotia (Attorney General)*, 172 N.S.R. (2d) 227 (C.S.N.-É.).

¹⁰⁷ *Cameron c. Nova Scotia (Attorney General)*, 172 N.S.R. (2d) 227 (C.S.N.-É.), au par. 175

¹⁰⁸ *Buffet c. Forces canadiennes*, [2006] T.C.D.P. No. 41, 58 C.H.R.R. D/435 (Sept. 2006) à 104.

¹⁰⁹ D. Gilbert et D. Majury, « Infertility and the Parameters of Discrimination Discourse », à D. Pothier et R. Devlin édés., *Critical Disability Theory: Essays in Philosophy, Politics, Policy and Law*, (UBC Press, 2006).

¹¹⁰ La portée, les objectifs et les limites de l'obligation d'accommodement dans un contexte d'incapacité soulèvent eux-mêmes des questions complexes, qui ont fait l'objet d'une

jurisprudence et de discussions abondantes, et qui seront plus amplement traités dans le document de discussion de la CDO à venir.

¹¹¹ Pour une articulation complète de cette conception, voir les *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement* de la Commission ontarienne des droits de la personne (2000), disponible en ligne au <http://www.ohrc.on.ca/fr/resources/policies/DisabilityPolicyFRENCH>.

¹¹² Organisation des Nations Unies, *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, G.A. Res. 61/106.

¹¹³ L.R.O. 1990, c. H.19.

¹¹⁴ (1990) 12 C.H.R.R. D/19 (CE Ont.).

¹¹⁵ <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/2000/2000csc27/2000csc27.html>, [2000] 1 R.C.S. 665.

¹¹⁶ Pour l'exercice 1999-2000, juste avant la mise en œuvre des *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, la Commission ontarienne des droits de la personne a reçu 702 plaintes citant le handicap comme motif, ce qui représentait 37 pour cent des 1861 plaintes reçues. Pour l'exercice 2001-2002, la Commission a reçu 1183 plaintes citant le handicap comme motif, ce qui représentait 49 pour cent des plaintes reçues. Lors de l'exercice 2006-2007, 56 pour cent des plaintes déposées citaient le handicap comme motif. Les statistiques relatives aux plaintes en droits de la personne de 1999 à 2008 peuvent être consultées dans les Rapports annuels de la Commission ontarienne des droits de la personne, disponibles en ligne au <http://www.ohrc.on.ca/fr/resources/annualreports>.

¹¹⁷ L'arrêt de principe en Ontario demeure la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Entrop c. Imperial Oil Limited* [2000] (189 D.L.R. 4th) 14, (C.A. Ont.). Dans cette cause, il fut décidé que le régime de divulgation, de dépistage et d'accommodement obligatoires d'Imperial Oil pour les personnes dépendantes ou l'ayant été violait les droits des personnes handicapées en vertu du *Code des droits de la personne* de l'Ontario. Les tribunaux albertains ont choisi une autre voie dans un arrêt récent où la Cour d'appel a confirmé la politique de dépistage avant l'embauche d'un employeur : *Alberta (Human Rights and Citizenship Commission) c. Kellogg Brown & Root (Canada) Co.*, 289 D.L.R.(4th) 95, [2007] A.J. No. 1460.

¹¹⁸ Commission ontarienne des droits de la personne : Toronto, 2000, disponible en ligne au <http://www.ohrc.on.ca/fr/resources/policies/PolicyDrugAlchFR>.

¹¹⁹ *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*, L.O. 1997, c. 25, annexe B.

¹²⁰ Dans *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] 1 R.C.S. 513, 2006 CSC 14, la Cour suprême du Canada a statué que le Tribunal de l'aide sociale avait le pouvoir de déclarer inapplicable une disposition de la LPOSPH parce que la disposition était discriminatoire et a renvoyé l'affaire au Tribunal de l'aide sociale pour qu'il se prononce sur l'applicabilité du par. 5(2) de la LPOSPH. Dans *Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées) c. Tranchemontagne*, 2009 CanLii 18295 (C.S.J. Ont.), la Cour a confirmé la conclusion du Tribunal de l'aide sociale à l'effet que l'exclusion des personnes handicapées en raison d'une dépendance du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées était incompatible avec le Code des droits de la personne de l'Ontario.

¹²¹ *McNeill c. Ontario (Ministère du Procureur général & Services correctionnels)*, [1998] O.J. No. 2288 (C.J.Ont.).

¹²² *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] 1 R.C.S. 513, 2006 CSC 14, aux par. 66, 67 et 74.

¹²³ Organisation mondiale de la santé, *Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health* (Genève, 2002), p. 3.

¹²⁴ M.A. McColl et coll., « Disability Policy Making: Evaluating the Evidence Base » à D. Pothier et R. Devlin, édés., *Critical Disability Theory, Essays in Philosophy, Politics, Policy and Law* (UBC Press, 2006) aux pages 27 et 28 et C. Barnes, G. Mercer et T. Shakespeare, *Exploring Disability: A Sociological Introduction* (Cambridge, Polity Press, 1999) à la page 27.

¹²⁵ Dave Gibbs, « Social Model Services: An Oxymoron? » à *Disability Policy and Practice: Applying the Social Model* (University of Leeds, The Disability Press, 2004) aux pp. 152-153.

¹²⁶ Pour une vue d'ensemble de cette enquête, voir Statistique Canada, *Aperçu de l'Enquête nationale sur la santé de la population 1996-97* (Ottawa, Ministère de l'Industrie, 1998).

¹²⁷ Développement des ressources humaines Canada, *Profil de l'incapacité au Canada en 2001* (Ottawa, 2001) aux pages 42 et ss.

¹²⁸ Dans une des premières causes sur les droits de la personne se rapportant à l'identité transgenre, une tentative d'inclure l'identité sexuelle dans une plainte relative aux droits de la personne comme un motif de discrimination analogue distinct a été rejeté par le *British Columbia Human Rights Tribunal* : *Sheridan c. Sanctuary Investments (No. 2)*, (1998), 33 C.H.R.R. D/464.

¹²⁹ Voir, par exemple, les décisions dans *Sheridan c. Sanctuary Investments Ltd. (No. 3)*, (1999), 33 C.H.R.R. D/467 (BCHRT); *Ferris c. O.T.E.U. Local 15*, (1999), 36 C.H.R.R. C.329 (BCHRT); *Mamela c. Vancouver Lesbian Connection* (1999) 36 C.H.R.R. D/318 (BCHRT); *Procureur général du Canada c. Commission canadienne des droits de la personne* (2003), 46 C.H.R.R. D/196 (CFPI); *Forrester c. Commission de services policiers de la Municipalité régionale de Peel* [2006] O.H.R.T.D. No. 13.

¹³⁰ Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique concernant la discrimination et le harcèlement fondés sur l'orientation sexuelle* (Toronto, 2000), disponible en ligne au <http://www.ohrc.on.ca/fr/resources/policies/SexualOrientationPolicyFREN>.

¹³¹ *Hogan c. Ontario (ministre de la Santé et des Soins de longue durée)* (2006) 58 C.H.R.R. D/317 (TDPO), aux par. 431-432.

¹³² Il existe, notamment, un mouvement de défense des droits qui cherche à enlever le trouble de l'identité de genre du DSM de l'APA parce que « ...[traduction] diagnostiquer des variantes normales de l'identité et de l'expression du genre humain comme des désordres d'ordre psychiatrique encourage une relation confrontationnelle entre la psychiatrie et les minorités sexuelles et de genres. Nous incitons également l'APA à déclarer que ces diagnostics sont mal employés par certaines personnes en dehors de la psychiatrie, qui espèrent nier les droits civils des transgenres et des personnes de genres variants. » (*GID Reform Now*, en ligne au www.gidreformnow.com, consulté le 20 mai 2009.)

¹³³ Il s'agit de questions complexes soumises à un débat constant. Pour une vue d'ensemble légèrement datée fondée sur la consultation de la communauté transgenre ontarienne, voir le *Document de travail : Vers une politique de la Commission sur l'identité sexuelle* de la Commission ontarienne des droits de la personne (Toronto : 1999), disponible en ligne à <http://www.ohrc.on.ca/fr/resources/policy/genderidentity>. La politique du gouvernement britannique intitulée *British Government Policy on Transsexual People* a mentionné que « [traduction] Il ne s'agit pas d'une maladie mentale. Il s'agit plutôt d'une condition que l'on considère en soi libre de toute autre pathologie (même si les transsexuels peuvent souffrir de dépression ou de maladie comme les autres). » (Department of Constitutional Affairs, 2002, disponible en ligne en anglais au <http://www.dca.gov.uk/constitution/transsex/policy.htm>.)