



HAL
open science

Analyse juridique du handicap

Rafael Encinas de Muñagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Muñagorri. Analyse juridique du handicap. L'analyse juridique de (x) : le droit parmi les sciences sociales, Éditions Kimé, pp.85-111, 2016, 978-2-84174-757-3. hal-03318256

HAL Id: hal-03318256

<https://hal.science/hal-03318256v1>

Submitted on 9 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Analyse juridique du handicap

Rafael Encinas de Muñagorri, publiée, dans sa version définitive, in *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Kimé, 2016, pp. 85-111.

INTRODUCTION¹

Depuis au moins trois décennies, les travaux juridiques portant sur les personnes en situation de handicap se sont intensifiés. Que ce soit sous l'angle des prestations sociales et du travail, de l'accès aux bâtiments publics, de l'égalité de traitement et de la non discrimination, ou plus largement des droits fondamentaux, il s'est constitué un corpus de textes -internationaux, européens, nationaux- et de décisions de justice qui n'a pas manqué d'être commenté. Les études sur le droit du handicap² prennent également place au sein de travaux interdisciplinaires et de recherche-action, tels que ceux menés au sein de la *Society for Disability Studies*, comme en témoigne le congrès tenu à Atlanta en juin 2015 sur la question des droits.

Sans nier l'apport essentiel de ces travaux, le cadre du présent ouvrage nous conduit à une question singulière : quel peut être l'objet d'une analyse juridique ne portant pas sur le droit positif applicable aux personnes en situation de handicap ? L'interrogation intrigue et ouvre l'espace d'une analyse juridique radicale, au sens où elle entend aller à la racine d'une chose, d'un concept, d'un mot à la manière d'une racine étymologique. Par ce mouvement, ce geste méthodologique, l'analyse juridique procède à des extensions. Elle s'inscrit ainsi dans le projet du présent ouvrage. Prétendre que le droit est une discipline parmi les autres sciences sociales, c'est refuser de l'enfermer dans un domaine particulier qui concernerait l'étude des normes juridiques ou le fonctionnement de la justice. L'historien, pas plus que le sociologue ou l'économiste, ne cantonnent d'ailleurs leurs objets à partir d'une spécificité qui serait historique, sociologique ou économique. C'est au

1 Nous tenons à remercier chaleureusement Ismahène Chamkhi et Olivier Leclerc pour leurs relectures attentives du présent texte dont nous assumons pleinement les erreurs et les maladresses.

2 Signalons d'emblée une difficulté linguistique et de traduction, et la manière dont elle a été résolue dans les négociations sur la Classification mondiale du handicap. En langue anglaise, le mot *handicap* a été abandonné pour ses connotations stigmatisantes ; en langue française, le terme « handicap » a été maintenu, et correspond au terme générique de *disability*.

contraire la singularité de leurs méthodes qui, en construisant l'objet étudié, permet de l'éclairer d'un jour nouveau. Pourquoi le juriste, en tant que chercheur en sciences sociales, devrait-il procéder autrement ?

L'analyse juridique ici menée portera sur les conceptions et la classification mondiale du handicap.

I. TROIS CONCEPTIONS DU HANDICAP

Le terme « handicap » est une contraction de « *hand i'cap* », « *hand in the cap* » : la main dans le chapeau, telle est sa traduction littérale. Contrairement à une interprétation parfois faite, il ne s'agit pas de désigner un acte de mendicité où un chapeau serait tendu par un infirme pour quémander une pièce charitable. L'étymologie du mot handicap est plus ludique.

Redistribution au terme d'un échange

L'origine du mot renvoie à un jeu, évoqué à la fin du XIV^{ème} siècle, dans le poème médiéval *Piers Plowman*³. C'est toutefois dans le journal du chroniqueur anglais Samuel Pepys que le mot *handicapp* apparaît pour la première fois. Pepys évoque une soirée passée à Londres, le mercredi 19 septembre 1660, dans la *Mitre Tavern*, au cours de laquelle il découvre et prend part à un jeu inconnu de lui jusqu'alors⁴. Plusieurs variantes et interprétations de ce jeu ont été faites, il est possible de le présenter comme suit. La partie se joue à trois : supposons que Pierre souhaite obtenir la bague de Paul en échange de sa montre à gousset ; Paul accepte le principe de l'opération et les deux joueurs désignent Jacques comme arbitre. Jacques présente un chapeau, dans lequel chacun des trois joueurs fournit une mise identique fixée d'un commun accord. Les éléments du jeu sont alors en place. Jacques vante les biens proposés à l'échange. Afin de réaliser un échange équitable, il évalue le montant qui sera versé au propriétaire dont l'objet a une valeur moindre. Après avoir mis leurs main dans le chapeau, le deux joueurs Pierre et Paul ouvrent leurs mains. Si les deux mains contiennent quelque chose - le plus souvent une pièce de monnaie - le marché est conclu et les biens échangés. Si l'un ou les deux joueurs ont les mains vides, il est rejeté. Dans le premier cas (marché conclu), la mise initiale est conservée par l'arbitre. Dans le deuxième cas (marché non conclu), la mise revient au joueur ayant accepté si l'autre refuse ; mais en cas de refus des deux joueurs, elle revient à

3 W. Langland, *The Book Concerning Piers the Plowman*, trad. D. and R. Attwater, ed. R. Attwater, Everyman, 1957, prologue p. 6.

4 « Among other pleasures some of us fell to handicapp, a sport that I never knew before, which was very good. » Le mot « sport » doit ici être compris au sens d'un jeu où il s'agit d'exposer, de montrer.

l'arbitre. Il était fréquent que des membres de l'assistance parient sur le fait que les joueurs acceptent ou refusent l'échange proposé par l'arbitre. En pratique, les objets échangés avaient une valeur modique, l'attrait du jeu provenant de la discussion animée par l'arbitre et de l'incertitude de l'accord des joueurs à l'échange.

Une analyse juridique élémentaire permet de faire ressortir plusieurs éléments. Elle permet de décomposer deux opérations ici à l'œuvre. La première est un échange, contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre, pour reprendre les termes de l'article 1702 du Code civil. Toutefois, ces biens n'ont pas nécessairement une valeur égale et il est fait appel à un tiers pour évaluer la différence de valeur entre les biens, et éventuellement déterminer la soulte destinée à compenser l'inégalité des lots. Tiers évaluateur plutôt qu'arbitre, le rôle de ce tiers, connu à l'époque sous la nom de *handicapper*, est essentiel à l'opération. C'est à partir de son évaluation que le contrat devient déterminé et déterminable. L'acceptation de l'échange par les parties intervient en connaissance des biens échangés *et* du montant de la soulte proposé par le tiers⁵. Cet accord se manifeste par la présence d'une pièce de monnaie dans la main des parties, ou de tout autre objet manifestant leur consentement. Lorsque l'échange se réalise, les parties échangent leurs biens, le cas échéant accompagnés de la soulte versée par le propriétaire du bien dont la valeur a été jugée supérieure. La deuxième opération relève du jeu et du pari, il s'agit d'un contrat aléatoire. Les trois participants au jeu s'accordent sur le montant d'une mise commune qui sera conservé par un seul d'entre eux (le gagnant) selon un élément incertain. Cet élément est précisément l'acceptation du contrat d'échange aux conditions proposées par un tiers (lui-même joueur), de sorte que l'aléa réside dans le consentement des parties à l'échange : le consentement à l'échange entre les parties fait l'objet d'un pari. L'on pourrait ajouter que ce consentement est influencé en amont par l'évaluation réalisée par le tiers. Dans son ensemble, le jeu articule un échange et un pari, de telle sorte que les joueurs seront incités à accepter l'échange pour remporter la mise qui fait l'objet du pari (le refus de l'échange ne pouvant conduire qu'à une perte de la mise initiale). Quant au tiers *handicapper*, lui-même joueur, il ne remportera la mise que si la volonté des deux autres joueurs à l'échange est identique, acceptation ou refus.

Cette conception du handicap combine l'échange et le pari, le choix et la chance. Elle est fondée sur la passation d'un marché, d'un échange de biens que les parties sont incitées

5 La solution est identique en droit positif français contemporain : Cass. civ. 3, 3 nov. 1984, *Recueil Dalloz*, 1985, p. 76. Le consentement requis doit porter sur les biens à échanger mais aussi sur le montant de la soulte.

à conclure. Est-elle pertinente pour envisager le sort des personnes en situation de handicap ? La question a de quoi dérouter par son caractère incongru. Les personnes en situation de handicap ne jouent pas un jeu où il s'agirait de perdre ou de gagner en s'amusant. Si la question peut ouvrir à la réflexion, c'est au sens métaphorique du contrat social. Supposons que l'échange envisagé concerne des personnes handicapées et d'autres, dites parfois valides, qui ne le sont pas. Quels pourraient être les biens échangés ? Pétri par l'idée de charité, puis par celle d'assistance, nous pensons le plus souvent cet échange de manière unilatérale, pour ne voir que les biens octroyés aux personnes handicapées pour leur venir en aide. Toutefois, il est aussi stimulant de concevoir ce que les personnes handicapées apportent à une société donnée, que ce soit sous l'angle matériel, culturel ou émotionnel. Une fois cet apport admis, la métaphore de l'échange peut fonctionner dans les quatre issues possibles du jeu évoqué. La solution (socialement) souhaitée est celle où un échange a lieu ; des aides sont accordées aux personnes handicapées sous forme de prestations ou autres biens. En échange, les personnes handicapées acceptent de contribuer, sous des formes diverses, à la société. Le fait même d'accepter les aides sociales peut être perçu comme le souhait de s'intégrer à une société, ou du moins de ne pas se mettre en retrait. Le refus de l'échange par les personnes handicapées peut avoir ses motifs, il sera néanmoins socialement considéré comme un échec, un renforcement de l'exclusion. Le refus d'apporter assistance à une personne handicapée qui en ferait la demande est le plus souvent moralement et socialement désapprouvé. Quant au double refus d'échange entre la personne handicapée et la société, il traduit une désaffection réciproque, qui augure mal de la cohésion d'une société. Dans le jeu étudié, l'incitation à échanger procède de la perspective de remporter une mise, de parier sur l'accord d'autrui. Dans le cas des personnes handicapées, elle procède de l'idée d'établir un lien social, de parier sur son existence entre personnes distinctes de valeurs égales.

Dans une réflexion sur l'égalité, Ronald Dworkin a envisagé à diverses reprises le cas des personnes handicapées⁶. Sa question centrale est la suivante : quelle justification permet d'attribuer plus de ressources à une personne handicapée ? L'égalité ne lui apparaît pas comme un fondement suffisant, elle doit être complétée par d'autres justifications, comme l'utilité. Dworkin nous propose de raisonner sur le cas fictif d'une personne handicapée nécessitant des ressources pour une machine à même de compenser son handicap, mais qui souhaiterait plutôt utiliser les fonds pour accroître son bien-être, en

6 R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2002, p. 59-62 et 77-83.

l'occurrence en s'offrant un violon d'exception, type Stradivarius⁷. Par cet exemple, Dworkin souhaite nous faire réfléchir sur la distinction entre ce qui relève de la chance et ce qui relève du choix, des préférences personnelles. Pour dissocier les deux domaines, il utilise comme fil directeur de son raisonnement, à titre d'hypothèse théorique, l'existence d'un marché de l'assurance permettant de dissocier les besoins des personnes handicapées de leurs préférences personnelles. Si les mécanismes assurantiels sont susceptibles de couvrir un risque de mauvaise chance (*bad luck*) cela ne sera pas le cas lorsqu'il s'agit de simple choix de préférence individuelle⁸. Le postulat théorique de Dworkin permettant de justifier une redistribution repose sur un mécanisme privé relevant d'un contrat aléatoire, l'assurance. Le primat est ici donné à l'aléa (risque pris en compte par l'assurance) pour justifier, d'une redistribution de valeur. Ce raisonnement a pu subir de vigoureuses critiques⁹. Prendre au sérieux le handicap conduit à mettre l'accent, non sur la prise en compte d'un aléa abstrait, mais sur un échange à même de renforcer l'égalité et les libertés concrètes.

Égalisation des chances entre compétiteurs

Une deuxième signification du mot handicap, issue de la première à partir de l'idée de pari, a trouvé terrain d'élection dans le domaine des courses hippiques. Le terme handicap a d'abord été utilisé pour désigner la compétition entre deux chevaux, puis à partir de 1786 à des courses de plus de deux chevaux¹⁰. Il donne lieu à des définitions par des spécialistes du turf¹¹. Si le terme ne figure pas dans la première édition du *Dictionnaire de langue française*, il sera intégré par Émile Littré dans le supplément publié après sa mort en 1886. Outre le rappel de son étymologie à partir du jeu de hasard, la définition des mots « handicap » et « handicaper » renvoie au seul vocabulaire spécialisé des courses hippiques. Le handicap est défini comme un « Terme de turf. Genre de courses dont la distance et les poids ne sont indiquées qu'après l'engagement. Le handicap a pour but d'égaliser les chances des concurrents, en équilibrant les poids de façon que le plus mauvais cheval ait autant de chances que le meilleur de gagner la course. Les courses de hasard, celles qu'on nomme handicaps, et leurs analogues, et dont le principe consiste à égaliser, par d'ingénieuses combinaisons de poids et de distance les chances de tous les

7 *Op. cit.*, p. 61.

8 *Op. cit.*, p. 83.

9 A. Sen, *L'idée de justice*, Flammarion, 2009, p. 321.

10 C. Hamonet, *Les personnes en situation de handicap*, Puf, Que Sais-je ?, 7^{éd.}, 2012, p. 18.

11 *Ibidem*, citation de T. Bryon, *Manuel de l'amateur de courses*, 1827 : « Une course à handicap est une course ouverte à des chevaux dont les chances de vaincre, naturellement inégales, sont, en principe, égalisées par l'obligation faite aux meilleurs de porter un poids plus grand ».

compétiteurs »¹². Quant à « Handicaper », il s'agit de « faire le handicap, égaliser les poids entre les chevaux ». Un siècle plus tard, la définition de Handicap (sens 1) proposé par le *dictionnaire de l'Académie française* reprend cette signification : « - Épreuve sportive, notamment course hippique, dans laquelle on affecte à certains concurrents un avantage ou un désavantage de temps, de distance ou de poids »¹³, et donne des exemples dans d'autres domaines sportifs.

Toute compétition obéit à des règles. Le constat juridique est banal mais la *ratio legis* introduisant l'idée de handicap appelle quelques explications. Dans la plupart des compétitions et des concours, les règles sportives ne visent pas à procéder à une égalisation initiale entre les compétiteurs. C'est le compétiteur le plus rapide qui gagnera la course. Il y a là une simplicité qui donne son attrait au caractère universel des compétitions, dont les jeux olympiques sont l'illustration la plus emblématique. Il serait pour le moins curieux de chercher à égaliser les candidats à la course selon leurs poids, ceux au saut en hauteur selon leur taille ou la longueur de leurs jambes, etc. Aussi, pourquoi les courses hippiques ont-elles introduit l'idée de handicap ? La réponse est simple : les turfistes recherchent une égalisation *a priori* des candidats à la course afin de donner plus d'intérêts à la course elle-même (qui sera en principe serrée car les concurrents sont réunis dans des groupes homogènes) et d'aviver par là même le fait de parier sur les résultats des chevaux. Chaque course ou catégorie de course peut avoir ses règles spécifiques et nous n'entrerons pas dans les détails de la course au galop (handicaps définis en fonction du poids) et de la course au trot (handicaps définis en fonction de la distance parcourue dite recul). Toutefois, il convient de préciser, pour les courses dites à handicap, l'importance des décisions du handicapeur, dont le rôle est de fixer le handicap pour chaque cheval, en prenant en compte la qualité du cheval mais aussi ses performances précédentes. Le handicap peut ainsi varier à la hausse ou à la baisse selon les résultats de la saison. Par son évaluation réalisée à l'appui de critères objectifs mais aussi d'une marge d'appréciation discrétionnaire, le handicapeur intervient en tant qu'expert, pouvant donner lieu à une analyse juridique relative aux modalités de sa désignation et aux conditions d'exercice de sa mission.

Le choix de regrouper les compétiteurs dans des groupes homogènes existe certes pour les athlètes dans divers sports, ce qui conduit à retenir des catégories de genre, de poids, d'âge. Plus encore, les particularités physiques sont prises en compte pour les athlètes handicapés. Non seulement, ils sont regroupés en tant que tel dans des compétitions

12 *Dictionnaire de langue française*, supplément par E. Littré, M. Devic, Paris, Hachette, 1886.

13 *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., 1992.

spécifiques, au plus haut niveau avec les jeux paralympiques, mais les épreuves elles-mêmes distinguent selon le type du handicaps (perte d'un membre inférieur, de deux, etc.) avec l'idée d'organiser des épreuves appropriées où les conditions de concurrence entre les athlètes sont comparables. Cette classification est parfois contestée comme le montre l'exemple hautement médiatisé de l'athlète sud-africain Oscar Pistorius, amputé des deux jambes et appareillé de prothèses, sprinteur reconnu, admis à concourir dans les épreuves paralympiques mais aussi, au terme d'une décision de la Cour arbitrale du sport de Sydney¹⁴, dans des épreuves pour les sportifs dits valides (championnat du monde et jeux olympiques). Le cas a provoqué une série de réflexions sur la signification de sa demande de concourir dans les deux catégories (athlètes handicapés et dits valides) et sur l'égalité concrète entre les concurrents.

Une approche juridique permet de faire ressortir les traits saillants de cette deuxième conception du handicap. D'abord, elle prend place au sein d'un cadre organisé par des règles qui est celui d'une compétition. Ensuite, elle vise un objectif de juste concurrence entre les compétiteurs d'un même groupe. Enfin, et dans cette perspective, elle procède à un processus dynamique d'égalisation des chances. Le handicap permet de créer un avantage ou un désavantage pour un compétiteur. La technique visant à charger un compétiteur d'un poids est sans doute la plus significative à cet égard. Notons au passage qu'il est en pratique souvent plus facile de charger d'un fardeau que de procéder à un allègement. Toutefois, la symbolique de la pesée instituée, à laquelle renvoie la trop fameuse balance de la justice, reste la même. La justice ne peut se passer de règles que l'analyse juridique permet de mettre en relief. La troisième conception initiale du handicap semble obéir à des considérations plus concrètes.

Infirmités et déficiences d'une personne

Désigner comme porteur d'un handicap les personnes atteintes, de naissance ou par accident, d'une infirmité ou d'une déficience est un phénomène linguistique assez récent. Au cours des âges, les dénominations ont été nombreuses pour évoquer une déficience particulière (aveugles, sourds, muets, mutilé, paralysé, etc.), un état de différence (anormal, mal-formé, arriéré, accidenté) une diminution (invalide, infirme, inadapté, incapable). Il n'existait aucun terme générique pour regrouper des personnes aux atteintes physiques ou psychiques forts distinctes. Le terme handicap a été utilisé en ce sens il y a à peine plus

14 Arbitration CAS 2008/A/1480 Pistorius v/IAAF, award of 16 May 2008, décision reproduite in *Australian and New Zealand Sports Law Journal*, 2008, 3(1), p. 145

d'un siècle, pour la première fois en 1905 à propos de la déficience mentale (*handicapped*)¹⁵. C'est surtout à partir de la première guerre mondiale que le terme sera plus largement utilisé. Au point que deux décennies plus tard, le terme est « à ranger sous la rubrique des anciens anglicismes, ceux qui ont cessé de l'être »¹⁶. De nos jours, selon le dictionnaire de l'Académie française, le handicap « Se dit de ce qui met quelqu'un en état d'infériorité. Spécialt. Infirmité, déficience accidentelle ou naturelle, passagère ou permanente, qui entrave l'activité physique ou mentale »¹⁷.

Au regard de la conception précédente, il est assez simple de comprendre le glissement sémantique réalisé. Le handicap n'est plus ici considéré comme un moyen pour égaliser les chances de concurrents à une compétition ; il est pris en lui-même, au demeurant sous le seul versant du fardeau qui charge une personne d'un poids supplémentaire (et non de celui qui l'allégerait pour augmenter ses chances de succès). C'est donc l'idée d'un désavantage, d'une situation de faiblesse relative, d'une infériorité au regard d'autrui que le handicap désigne ici. Remarquons d'ailleurs que le tournant sémantique n'est pas intervenu à partir du terme « handicap » mais à partir de celui de « handicapé ». Autrement dit, c'est la considération du « handicapé », personne en situation de désavantage, qui a donné une nouvelle signification au « handicap » et non l'inverse. Il en résulte une perspective distincte, y compris sur le plan juridique. Le handicap s'inscrit dans un problème de droit de la concurrence, d'égalité des chances entre compétiteurs. Le handicapé est référé à un problème de droit de la personne, à son aptitude à s'inscrire dans la société. Le lien entre les deux conceptions paraît (r)établi dans le cadre d'une société organisée autour de la compétition entre ses membres. Une personne handicapée est en situation de désavantage par rapport aux autres. Toutefois, les deux conceptions sont bien distinctes. Au sens de la course, le handicap est imposé pour égaliser les chances entre les concurrents. Il s'agit de pénaliser un candidat trop fort pour rendre la course intéressante. Au sens personnel, le handicap est subi au sein d'une société donnée. Il s'agit d'aider une personne sur le plan individuel et collectif pour mieux vivre ensemble. Les rapports entre les membres d'une société ne se limite pas à la compétition ; la confrontation entre ces deux conceptions ouvre un espace critique.

Le contexte social dans lequel s'est épanoui le handicap comme infirmité est celui du retour des « gueules cassées », au lendemain de la première guerre mondiale¹⁸. La demande

15 *Le Grand Robert de la langue française*, 2001. cf. Handicapé (sens 2)

16 A. Thérive, *Querelles du langage*, 1940, cité par C. Hamonet, *op. cit.*, p. 19.

17 *Dictionnaire de l'Académie française*, Handicap, sens 2.

18 Sur le plan institutionnel, il est d'ailleurs significatif que l'appareillage des personnes handicapées a été rattaché jusqu'à une période fort récente aux ministères chargés des anciens combattants.

des invalides de guerre fut d'obtenir un statut distinct de celui des personnes nécessitant secours. Quel est le problème social posé par cette question juridique ? Il consiste à concevoir un statut (*de stare*, tenir debout) fondé sur une infirmité ayant une cause spécifique. L'accent est mis sur l'origine de la déficience comme en témoigne la distinction entre les invalides de guerre, mutilés du travail et infirmes civils, énoncée dans l'ordre avec un souci de hiérarchie, et encore présente dans les transports en commun et le métro parisien¹⁹. La différence s'atténuera avec les années. Toutefois, l'évolution significative fut d'apporter un traitement spécifique aux personnes atteintes d'une infirmité ou d'une déficience. Le cadre requis n'est plus celui général de venir porter assistance aux plus démunis, il est de prendre en compte des catégories spécifiques. La loi du 14 juillet 1905 qui vise, sans distinction, à assister « les vieillards, infirmes et incurables », peut être perçue comme charnière. A partir des années 1920, plusieurs textes spéciaux²⁰ visent les personnes atteintes d'une infirmité et d'un déficit, que l'on finira par dénommer des handicapés. C'est à partir de 1957, que le terme « handicapé » apparaît dans la législation française, à propos du reclassement professionnel des travailleurs handicapés²¹. Près d'une décennie plus tard, il figure dans le titre de la loi de 1975, « d'orientation en faveur des personnes handicapées » qui fait pourtant l'économie de sa définition. Après sa parution, Simone Veil aura cette formule toute stipulative : « Sera désormais considérée comme handicapée toute personne reconnue comme telle par les commissions départementales »²². La loi du 11 février 2005 ne se dérobe pas à la difficulté d'une définition²³ ; toutefois, le handicap repose encore, au moins à titre causal, sur une « altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ». Autrement dit,

-
- 19 La RATP rappelle à ses usagers la hiérarchie des places prioritaires. « Les places prioritaires sont réservées par rang de priorité aux personnes suivantes : 1. Mutilés de guerre et mutilés militaires ; 2. Aveugles civils ; 3. Invalides du travail, 4. Infirmes civils avec station debout pénible ; 5. Femmes enceintes ; 6. Personnes accompagnées d'enfants de moins de 4 ans ; 7. Infirmes civils sans précision de la station debout pénible ; 8. Personnes titulaires de la carte station debout pénible ; 9. Personnes âgées de 75 ans et plus. ». http://www.ratp.fr/fr/upload/docs/application/pdf/2013-10/mode_emploi_m_rer_affi_10-2013_1.pdf, consulté le 28 avril 2016.
- 20 Par exemple, la loi du 26 avril 1924 impose aux entreprises privées de plus de dix salariés le recrutement des mutilés de guerre.
- 21 « Est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont réduites du fait d'une insuffisance ou d'une diminution de ses capacités physiques ou mentales ».
- 22 J.C. Cunin, *Le handicap en France : Chronique d'un combat politique*, Paris, Dunod, 1988, p. 21.
- 23 Définition issue de la loi du 11 février 2005 (art. L. 114 Code de l'action sociale et des familles). « Constitue un handicap au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».

l'origine du handicap reste centrée sur un problème individuel de santé ; sa constatation requiert l'existence d'un avis médical.

Rien n'interdit d'élargir le champ du handicap. Du reste, entre 1970 et 1998, le législateur français a pu recourir, à deux reprises, à la catégorie de « handicapés sociaux », avant d'abandonner cette dénomination²⁴. Sans entrer dans les raisons de ce choix, il nous paraît fournir un exemple assez net des liens entre le droit et le langage. Le sujet se prête à des vaines querelles. Pour les uns, l'évolution sociale précède son inscription législative (ou plus largement juridique) ; le droit est un reflet du social. Pour les autres, en accord avec une tradition juridique française plus volontariste, le législateur contribue à déterminer l'usage des mots, voire à imposer des significations et de représentations. La position la plus exacte, dans la plupart des cas, est de reconnaître une certaine interaction entre le langage commun et le langage juridique. Les influences sont réciproques et le cas des « handicapés sociaux » fournit matière à une belle étude qui reste à faire. Cela dit, la question qui retient notre attention est autre et se place sur le terrain méthodologique : quel peut être l'apport de l'analyse juridique au regard des dénominations ? L'écueil le plus grand serait de cantonner l'analyse aux seules définitions juridiques apportées par le législateur, l'administration, le juge, les parties à une convention, l'usage des praticiens du droit. Situer la pensée juridique au sein des sciences sociales, c'est faire le pari que l'analyse des juristes peut procéder à des apports de connaissance lorsqu'elle porte sur des significations diverses. Cela suppose de ne pas se cantonner aux seuls mots du droit, ou supposés tels, en menant une analyse juridique des conceptions du handicap. Quelles conclusions en tirer ?

Au cours d'une évolution dont il n'est pas toujours aisé de retrouver les inflexions, trois conceptions initiales du handicap ont pu être identifiées : la redistribution au terme d'un échange, un moyen d'égaliser les chances de succès entre concurrents à une compétition sportive, une infirmité ou une déficience physique ou mentale. Ces conceptions renvoient à des configurations juridiques distinctes du point de vue de leurs sources, des autorités et des personnes impliquées. La redistribution au terme d'un échange repose sur des fondements contractuels, (que ce soit sous la forme initiale d'un pari entre joueurs, ou de celle d'un contrat social). Le handicap déterminé dans le cadre d'une compétition sportive obéit à des règles unilatérales. Qu'elles soient privées ou publiques,

24 Il s'agit de la loi du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière et celle du 19 novembre 1974 qui étend l'aide sociale à de nouvelles catégories de bénéficiaires. La dénomination fut supprimée par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions. Sur cette évolution, M. Guigue, *La personne handicapée. Contribution à l'utilité de son statut*, Thèse Montpellier, 2011, note 8.

nationales ou internationales, ces règles sont fixées par une instance organisant la compétition. Le compétiteur est contraint de les accepter s'il veut concourir. L'autorité chargée de déterminer le handicap utilise des instruments et barèmes qui sont eux-mêmes codifiés et prédéfinis, même s'il peut lui rester une marge d'appréciation. Le handicap au sens d'une infirmité ou d'une déficience relève lui aussi d'une conception verticale, réglementaire, où le pouvoir de nommer et de dénommer relève d'une instance (publique ou privée), non de l'individu concerné. La qualification de « handicapée » échappe à la volonté de la personne concernée (qui subit à la fois son handicap et la dénomination sociale associée). L'enfermement est d'autant plus grand que, contrairement aux autres conceptions, le handicap est ici référé à une cause physique ou mentale, inscrite dans les corps et les esprits. Pour autant cette qualification résulte de critères variables établis par une diversité d'autorités (médicales, psychiatriques, administratives, assurantielles, sociales).

Ce flou conceptuel explique, au vu de l'importance des enjeux socio-juridiques et symboliques, la tentative d'établir une classification du handicap. Elle explique aussi, en retour, une critique juridique et sociale animée par le souhait d'un contrôle du pouvoir de nommer.

II. LA CLASSIFICATION MONDIALE DU HANDICAP AU COEUR DE CONFLITS NORMATIFS

Toute classification repose sur un ensemble de règles, de normes qui ne sont pas d'emblée explicites. Les classifications mondiales du handicap n'y font pas exception. Elles véhiculent des normativités dont l'analyse juridique permet d'éclairer la teneur et la portée.

Pourquoi critiquer les classifications de l'Organisation Mondiale de la Santé ?

C'est dans le cadre de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), à partir de 1972, qu'est née l'idée d'une classification du handicap²⁵. L'OMS sollicite alors Philip Wood, médecin britannique, rhumatologue et épidémiologiste, pour envisager comment une telle classification pourrait prendre place au sein des classifications de l'OMS, concernant pour l'essentiel des maladies. Sous l'impulsion d'Odile Guibeau, fonctionnaire en poste à l'OMS, un groupe de travail se réunit à Rennes en 1975 et un premier projet est esquissé. Par une résolution en date du 17 mai 1976, l'OMS approuve la publication d'une

²⁵ Les premiers travaux d'Esther Cahana sont soumis par Israël à l'OMS. Le Dr. Madelaine Guidevaux, directrice du Centre de classifications des maladies de Paris et le professeur André Giossord, médecin à l'Hôpital Raymond Poincaré à Garches, fondateur de la spécialité de médecine de rééducation en France joueront aussi un rôle précurseur.

classification des déficiences et handicaps et des traitements médicaux ; non comme partie intégrante de la classification internationale des maladies, mais comme supplément²⁶. Un processus est alors engagé.

Il aboutira à un document publié en anglais, en 1980, sous le titre suivant « *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps. A manual of classification relating to the consequences of disease* »²⁷ (ICIDH). Cette première classification ne sera pas adoptée formellement par l'OMS et générera des contestations et critiques assez vives. Pour les comprendre, il faut rappeler que cette classification vise à répertorier les conséquences des maladies ; elle n'est pas destinée à concevoir des instruments d'insertion ou d'inclusion sociale des individus. Dans sa logique, la classification tend à distinguer une origine (altération corporelle, déficience fonctionnelle) et une conséquence (incapacité, handicap). Autrement dit, elle repose pour l'essentiel sur un rapport causal entre la maladie et le handicap, ce que donne à voir un schéma qui sera fort contesté. Sur le plan linguistique, la classification propose de distinguer trois notions : *impairment* pour viser une déficience (perte de substance ou altération d'une fonction ou d'une structure psychologique, physiologique ou anatomique) ; *disability* pour désigner une incapacité (au sens d'une réduction, partielle ou totale, de la capacité d'accomplir une activité d'une façon, ou dans des limites, considérées comme normales pour un être humain), *handicap* pour dénommer le désavantage social qui en résulte (désavantage²⁸ qui limite ou interdit l'accomplissement d'un rôle considéré comme normal compte tenu de l'âge, du sexe et des facteurs socioculturels). En réponse aux critiques apportées, l'avant-propos inséré dans la réédition de la classification par l'OMS de 1993, constate les divergences et suggère des changements. Cela dit, il réaffirme aussi l'ambition de la classification : offrir un cadre conceptuel (*conceptual framework*) relatif au handicap dans sa généralité, dont la vocation est d'être utilisé par les médecins, les services sociaux, les démographes, les statisticiens, ou encore les autorités chargées des politiques sociales et de

26 Résolution de l'assemblée générale de l'OMS, adoptée le 17 mai 1976, WHA29.35, 1^{er} point.

27 World Health Organization, Geneva, 1980. Ce texte sera traduit en français sous le titre suivant : *Classification internationale des handicaps : déficiences, incapacités et désavantages. Un manuel de classification des conséquences des maladies*, Vanves, coédition CTNERHI/INSERM, 1988. Il est souvent désigné par l'abréviation CIH.

28 Dans la version française, « handicap » fut ici traduit (Inserm 1981) par « désavantage ». Cette traduction fut contestée pour ses connotations dévalorisantes, notamment au Québec. L'un des enjeux terminologique reste aussi d'utiliser un terme générique à même désigner désignant un champ dans sa généralité. Cf *supra* note 2. En langue française, le terme « handicap » reste le plus souvent utilisé. En langue anglaise, c'est le terme, d'origine française mais difficilement traduisible, de « *disability* » qui s'est imposé. L'évolution se poursuit ; certains ne parlent plus de *disabled persons*, mais de *challenged persons* au sens d'un défi, ce qui donne une connotation plus positive et dynamique.

santé²⁹.

Les critiques et réticences vis-à-vis de la classification retenue ont des origines géographiques et sociales assez distinctes³⁰. Les plus virulentes rejettent d'emblée la classification proposée par l'Organisation Mondiale de la Santé. C'est notamment le cas aux États-Unis (*Movement for independent living*) et en Grande-Bretagne (*Disability Movement*) des personnes handicapées elles-mêmes qui se regroupent et s'organisent. L'association internationale des personnes handicapées (*Disabled People International*), fondée en 1981, au lendemain de la classification de l'OMS, marque également sa désapprobation. D'autres critiques émanent de spécialistes de la question, elles ne sont pas moins défavorables à la classification retenue, et avancent plus souvent des propositions alternatives. C'est en particulier le cas d'un groupe de chercheurs québécois représenté par Patrick Fougeyrollas qui jouera un rôle important pour introduire des critères sociaux liés à l'environnement dans la révision de la classification. Dans l'ensemble, le feu des critiques se concentre sur trois points principaux³¹. D'abord, la Classification internationale est centrée sur l'état de la personne : le handicap est référé à un problème médical personnel, ce qui occulte l'ensemble des facteurs sociaux dans le processus de production du handicap. Ensuite, la terminologie employée est péjorative, dévalorisante pour les personnes concernées : l'approche choisie est stigmatisante. Enfin, les concepts retenus sont approximatifs dans leur délimitation, ils manquent d'objectivité et ne permettent ni de s'entendre sur un langage commun, ni de concevoir des actions pour développer le potentiel des personnes en situation de handicap.

Ces critiques auront un écho certain. Un processus de révision est engagé par l'Organisation Mondiale de la Santé dès 1992. Il aboutira à l'adoption d'une nouvelle classification : *International Classification of Functioning, Disability and Health* (ICF/CIF ci-après la Classification), qui sera adoptée par le Comité exécutif de l'OMS, puis ratifiée par l'Assemblée générale le 22 mai 2001³². Le texte donnera lieu à plusieurs traductions officielles ; il est disponible sur le site Internet de l'OMS³³. L'objet de la classification s'étend au-delà du champ de la maladie, ou de ses conséquences, pour envisager la santé dans son ensemble. Sur le fond, la nouvelle convention se présente

29 *Op. cit.*, Foreword, p. 2-3.

30 cf. M. Winance, « La notion de handicap et ses transformations à travers les classifications internationales du handicap de l'OMS, 1980 et 2001 », *Dynamis*, 28, 2008, spéc. p. 391-395.

31 *Op. cit.*, p. 392.

32 Résolution de l'assemblée générale de l'OMS, adoptée le 22 mai 2001, WHA 54.21.

33 En langue française, il a été traduit sous le titre suivant : *Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé*, Genève, OMS, 2001.

comme un compromis entre une approche biomédicale à l'origine de la classification originare et une approche socio-environmentaliste insistant sur la reconnaissance du rôle des obstacles à l'origine du handicap. Ces deux approches sont présentées sous forme de deux modèles, le médical et le social, ce qui mérite une longue citation.

« Dans le *modèle médical*, le handicap est perçu comme un problème de la personne, conséquence directe d'une maladie, d'un traumatisme ou d'un autre problème de santé, qui nécessite des soins médicaux fournis sous forme de traitement individuel par des professionnels. Le traitement du handicap vise la guérison ou l'adaptation de l'individu, ou le changement de son comportement. Les soins médicaux sont perçus comme étant la principale question, et, au niveau politique, la principale réponse est de modifier ou de réformer les politiques de santé. Dans le *modèle social*, en revanche, le handicap est perçu comme étant principalement un problème créé par la société et une question d'intégration complète des individus dans la société. Le handicap n'est pas un attribut de la personne, mais plutôt un complexe de situations, dont bon nombre sont créées par l'environnement social. Aussi la solution au problème exige-t-elle que des mesures soient prises en termes d'action sociale, et c'est la responsabilité collective de la société dans son ensemble que d'apporter des changements environnementaux nécessaires pour permettre aux personnes handicapées de participer pleinement à tous les aspects de la vie sociale. La question est donc de l'ordre des attitudes ou de l'idéologie ; elle nécessite un changement social, ce qui, au niveau politique, se traduit en termes de droits de la personne humaine. Selon ce modèle, le handicap est une question politique »³⁴.

En termes policés, la distinction entre les deux modèles est présentée de manière assez neutre. Toutefois, une attention au vocabulaire choisi trahit, sinon une préférence, du moins les lignes de tension entre les deux approches rivales. Sans forcer le trait, ces deux conceptions s'opposent sur plusieurs points : l'une est légitimée par un savoir professionnel (médical) portant sur un problème individuel, l'autre repose sur un « complexe de situations » (social), soulevant des questions qui relèvent des comportements et « de l'idéologie » et appelle une responsabilité collective. L'on notera surtout, quitte à anticiper des développements à venir, que l'approche sociale se traduit politiquement « en termes de droits », ce qui n'est pas le cas dans l'approche médicale, dont il a pu être défendu explicitement par des fonctionnaires de l'Organisation mondiale de la santé qu'elle était vectrice d'une approche universaliste³⁵. La prétendue neutralité de la

34 CIF, *op. cit.*, introduction, p. 19-20.

35 J.E. Bickenbach, S. Chatterji, E.M. Badley, T.B. Ustün, « Models of disablement, universalism and the international classification of impairments, disabilities and handicaps », *Social science & medicine*,

classification repose sur des normativités que l'analyse juridique permet de révéler.

Quelles normativités et comment les faire apparaître ?

L'analyse juridique a pour mérite de révéler des normativités dissimulées. C'est bien son moindre mérite ! Le projet d'étudier juridiquement des normes n'est certes guère nouveau. Il est toutefois contraint par des restrictions d'objet qui nous semblent injustifiées. L'une des questions récurrentes consiste à se demander si le phénomène étudié est « juridique ». De Hans Kelsen pour lequel la science du droit ne peut prendre pour objet que des normes juridiques formelles (par définition valides) à Eugen Ehrlich pionnier d'une sociologie du droit cherchant dans la société elle-même la dynamique du développement du droit, le spectre des réponses est diversifié. Le problème est que ces réponses, en visant à décrire des normes ou le droit comme phénomène social, renvoient à d'autres questions épineuses : quelles sont les frontières du droit ? qu'est-ce qu'une norme juridique ? comment la différencier des autres normes sociales en général, des normes religieuses, ou encore des normes médicales ou techniques ? En visant à appréhender des objets juridiques non identifiés (OJNI), tels que les indicateurs globaux de classement et de référence (*rankings* et *benchmarkings*), M. Benoît Frydman représentant l'Ecole de Bruxelles de sensibilité pragmatique, trace un chemin à suivre³⁶. L'invitation consiste à déplacer l'attention des juristes vers des objets plus pertinents que le droit formel, à l'endroit précis où se jouent les luttes pour le contrôle de la normativité. Par-delà ses mérites, l'approche présente, à nos yeux, l'inconvénient de se référer à des objets, certes non identifiés, mais juridiques tout de même. Notre tentative consiste à repousser encore les territoires d'investigation de l'analyse juridique. Pourquoi ne pas l'étendre au-delà de ce qui serait considéré, y compris de manière non (encore) identifiée, comme juridique ?

L'un des périls serait alors de sombrer dans le panjurisme. Dans son hypothèse du non-droit, Jean Carbonnier entame son texte sur ce point : « Les juristes dogmatiques pensent, sinon que tout est droit, du moins que le droit a vocation à être partout, à tout envelopper, à soutenir, comme un idéal tout l'univers habité. Il règne, chez les juristes dogmatiques, à la fois un idéal et un postulat de panjurisme (...) La sociologie du droit, du temps qu'elle faisait ses premiers pas, aurait souvent incliné à la même attitude »³⁷. Et l'auteur d'entreprendre son étude en définissant en première approximation le non-droit comme « l'absence de droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait

Volume 48, May 1999, p. 1173-1187.

36 B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*. Académie Royale de Belgique, 2014, p. 47.

37 J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit », *Archives de philosophie du droit*, 1963, reproduit in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd, 2001, p. 25.

eu vocation théorique à être présent »³⁸, et de s'y montrer favorable : sobriété juridique plutôt qu'omniprésence du droit. Parmi les lectures critiques de l'hypothèse du non-droit³⁹, la réticence d'Henry Lévy-Bruhl à reconnaître un « domaine normatif non juridique »⁴⁰, ou la récupération d'André-Jean Arnaud pour y voir un moyen de creuser la distinction entre juridisme et sociologie juridique sont dignes d'attention. Elles permettent de situer avec clarté le projet de l'analyse juridique de (x) tel que nous l'entendons. Le reproche du panjurisme tombe précisément parce que l'analyse juridique de (x) ne vise pas à une analyse du droit, ou à ce qui pourrait y concourir. La considération d'une juridicité a priori de l'objet est indifférente. Aussi bien, l'hypothèse du non-droit du doyen Carbonnier est tout à fait compatible avec l'analyse juridique de (x). Il est facile de comprendre pourquoi : dans le cadre de ce projet, la question de savoir si une norme est ou non juridique nous semble indifférente. Ce qui importe, c'est de déployer l'analyse juridique hors de ses frontières (qui ne sont pas naturelles). L'accent mis sur la pensée juridique vise à éclairer des objets qui ne le sont pas de prime abord. Mener une analyse juridique peut certes conduire à juridifier un objet, de même qu'un historien étudiant des sources non considérées comme historiques conduit à les historiciser. Dire que l'analyse juridique de (x) est une voie pour contribuer à la connaissance, y compris sur des objets non juridiques (et qui n'ont pas nécessairement vocation à le devenir ?) est sans doute inaudible dans le contexte académique qui est le nôtre. Il faudra répéter souvent, essayer les reproches d'un panjuri(di)sme, démontrer ses vertus par l'exemple. Partir de l'étude des normativités est une facilité toute relative.

La cas des classifications internationales de l'Organisation mondiale de la santé dans le domaine du handicap⁴¹ fournit une illustration permettant de cerner plusieurs lieux de normativités. Signalons le langage et le codage support de la classification. Dès l'introduction, la Classification (CIF) se donne pour « but ultime de...proposer un langage uniformisé et normalisé ainsi qu'un cadre pour la description des états de santé et des états connexes de la santé »⁴². Comme toutes les classifications de l'OMS, « elle utilise langage commun normalisé permettant aux représentants de diverses disciplines et spécialités

38 *Ibid.* p. 25 et p. 26.

39 Ces lectures sont présentées F. Saverio Niso, *Jean Carbonnier. Regards sur le droit et le non-droit*, Dalloz, 2005, p. 69 et s.

40 La formule est de F. Saverio Niso, *ibid.* p. 71 *in fine*. L'auteur d'ajouter : « cette opposition à la considération du droit à l'intérieur d'un domaine de rapports normatifs sera un obstacle toujours récurrent parmi les lecteurs des thèses de Carbonnier ».

41 Classification internationale du fonctionnement du handicap et de la santé (CIF), adopté par résolution de l'Assemblée mondiale de la santé le 22 mai 2001.

42 CIF, p. 3.

scientifiques de communiquer sur la santé et les soins de santé dans le monde entier »⁴³. Mettre l'accent sur un langage commun, vouloir qu'il soit uniforme et normalisé, c'est déjà configurer un lieu de normativité. L'analyse juridique offre l'intérêt d'aborder cette normativité sous un angle critique : quel est le processus de création de ces normes du langage ? Quelles sont les autorités à même de l'établir ? Par quels moyens parviennent-elles à s'appliquer ? Le mode d'élaboration initial de la Classification a été conçu à partir d'un savoir d'experts. Il sera contesté pour cette raison, toutefois la conception dominante subsiste. Cela ressort notamment de l'ordre de présentation des buts de la CIF : « fournir une base scientifique pour comprendre et étudier les états de santé » sert de support afin « d'établir un langage commun pour décrire les états de santé »⁴⁴. Le raisonnement est circulaire : la base scientifique sert implicitement de fondement au langage commun ; le langage commun devant servir à permettre aux représentants et spécialistes du handicap de communiquer, ce qui a vocation à être utilisé, voire à s'imposer, aux « différents utilisateurs »⁴⁵. Quelques lignes plus loin, il est précisé que « Le CIF propose des définitions opérationnelles normalisées des domaines de la santé et des domaines connexes de la santé plutôt que des définitions 'en langage courant' »⁴⁶. Le langage commun, uniforme et normalisé, c'est celui technique résultant de la classification qui doit primer sur le langage courant. Cela explique l'intensité des conflits visant à réintroduire la parole des personnes en situation de handicap, la diversité de leurs points de vue, le pluralisme des regards scientifiques portés sur le handicap, en particulier en introduisant des facteurs environnementaux, en complément ou en concurrence, avec ceux médicaux. Autrement dit, une lutte pour normer le langage du handicap, comme on pourrait parler avec Ihering d'une lutte pour le droit, ou avec Axel Honneth de lutte pour la reconnaissance .

A ce premier lieu de normativité, le langage, s'ajoute un deuxième, le codage, par lequel la classification est établie. A la différence du classement qui consiste à ranger selon un certain ordre, la classification est une opération intellectuelle qui repose, selon le *Dictionnaire Littré*, sur un ensemble « de règles qui président au classement effectif ou qui déterminent idéalement un ordre dans les objets ». L'analyse juridique fournit une grille pour étudier ces règles spécifiques. Toute classification inclut une hiérarchie entre plusieurs classes et subdivisions. Elle est porteuse d'un ordre normatif à la fois au sens d'un ordonnancement idéal, et d'un commandement à classer tel objet dans la catégorie

43 *Ibid.* p. 3,

44 CIF, *ibid.*, p. 5.

45 CIF, p. 5 qui précise différents utilisateurs : « notamment les travailleurs de santé, les chercheurs, les décideurs et le public en général, y compris les personnes handicapées ».

46 CIF, p. 21.

qui lui correspond. Il est possible d'appréhender une classification sous l'angle de sa normativité, ce qui soulève une série d'interrogations où les juristes sont susceptibles d'avoir un regard particulier. Quelles sont les règles à l'origine de la classification ? Comment sont-elles hiérarchisées ? Par qui ces règles ont été établies et appliquées ? Quelle est leur mise en œuvre concrète ? Dans l'exemple de la Classification (CIF), sa présentation débute, à la manière des conventions internationales, par une série de définitions. Est ensuite présentée sa structure en deux parties, comprenant chacune deux composantes, chaque composante incluant « des catégories qui sont les unités de classification »⁴⁷. L'état de santé d'une personne est noté « en attribuant un ou plusieurs codes appropriés pour la catégorie choisie, et en ajoutant un ou plusieurs *codes qualitatifs* », précisant une ampleur ou une mesure. Ainsi le code qualificatif de *performance* (« ce qu'un individu fait dans son environnement ordinaire ») ou celui de *capacité* (« l'aptitude d'un individu à effectuer une tâche ou à mener une action ») donne lieu à appréciation. « La norme par rapport à laquelle on évalue la capacité et le performance »⁴⁸ correspond à « la personne qui ne présente pas le même problème de santé »⁴⁹. Toutes les composantes classifiées dans la CIF « sont quantifiées en utilisant la même échelle générique », à partir d'une échelle de gravité indicative dont l'équivalent est donné en pourcentages⁵⁰. La classification se traduit par un ensemble de règles et de normes à partir desquelles sont réalisées qualifications, évaluations probatoires et jugements. Les boîtes à outils des juristes et théoriciens du droit sont ici opérationnelles.

Deux observations méritent d'être ajoutées sur la portée du dispositif normatif. Au niveau individuel, l'application de la classification se traduit donc par un codage particulier : s703.3 pour indiquer une déficience grave du membre supérieur ; d5101._2 pour indiquer une difficulté modérée à prendre un bain complet sans le recours à des aides techniques, à un assistant personnel, etc. Conscient des inconvénients d'un tel étiquetage, et sous l'aiguillon des groupements impliqués tels que *Disabled Peoples' International*, la Classification comprend, sous la forme d'un Appendice 5, des observations sur les

47 CIF, p. 10-11.

48 CIF, p. 15.

49 *Ibidem*.

50 CIF, (7), p. 22 et Appendices 2, Guide codage pour la CIF, p. 249. Aucun problème (0-4%), léger (5-24%), modéré (25-49%), grave (50-95%), absolu (96-100%). Ces « fourchettes de pourcentages sont fournies pour les cas où des instruments d'évaluation calibrés et autres normes sont disponibles pour quantifier les déficiences, la limitation de capacité, le problème de performance, le facilitateur ou l'obstacle ». Le problème consistant à associer des adjectifs à une échelle de valeur est analogue à celui établissant, des degrés de certitude des énoncés, cf O. Leclerc, « Les règles de production des énoncés au sein du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat », in *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, 2009, spéc. p. 75 et s.

personnes handicapées. Le terrain est sensible. « Il importe de noter que, dans la CIF, ce ne sont pas des personnes qui sont les unités de classification ; en fait, la CIF ne classe pas des personnes, mais au contraire décrit la situation de chaque personne dans toute une série de domaines de la santé ou connexes à la santé »⁵¹. Pour autant, la description réalisée peut servir à objectiver une classification des personnes à partir de leurs états de santé. Avoir recours à la classification à des fins sociales ou juridiques n'est pas une hypothèse fantaisiste. Du reste, au titre de « considérations éthiques », il est précisé que « La CIF et les informations découlant de son utilisation ne doivent pas être utilisées pour refuser à une personne ou à un groupe des droits acquis ou restreindre d'une façon quelconque leurs droits légitimes à des prestations »⁵².

Au niveau collectif, la Classification est explicite sur son potentiel normatif. Ses applications sont énumérées : outil statistique, outil de recherche, outil clinique, outil de politique sociale, outil pédagogique (pour concevoir, mener et mettre en œuvre des actions sociales)⁵³. A quoi il est ajouté que la Classification peut servir dans « les assurances, la sécurité sociale, l'emploi, l'éducation, l'économie, la politique sociale et le développement législatif en général, ainsi que la modification de l'environnement [des personnes en situation de handicap]. C'est la raison pour laquelle elle a été acceptée comme l'une des classifications sociales des Nations Unies, qu'elle se réfère et intègre les Règles pour l'égalisation des chances des handicapés. Ainsi, la CIF fournit un instrument approprié pour la mise en œuvre tant des mandats internationaux en matière de droits humains que des législations nationales »⁵⁴. L'intention est claire : la Classification vise à proposer une norme du handicap, y compris au plan juridique ; son application concrète ne pourrait être réalisée qu'au bénéfice des personnes en situation de handicap, ce qui reste à démontrer.

Il serait réducteur de contenir l'analyse juridique à ce point d'articulation ultime. Son intérêt ne se limite pas à penser la normativité lorsqu'elle entre en contact avec le droit. Tel un saumon qui remonte les rivières à partir des océans, l'analyse juridique est apte, par bonds successifs, à remonter le cours de la normativité pour y semer son potentiel le plus fécond. Pour filer la métaphore, elle y apporte aussi son sel, tout corrosif à notre avis. Le langage, les concepts et les classifications sont alors interrogés de manière critique. L'analyse juridique ne procède pas à une naturalisation des catégories de pensée ; elle en

51 CIF, p. 8.

52 CIF, Appendices, p. 270, cf aussi , p. 268. « L'OMS s'engage à poursuivre ses efforts pour garantir que les personnes handicapées soient responsabilisées par la classification et l'évaluation, et non pas privées de droits ou soumises à des discriminations ».

53 CIF, p. 5.

54 CIF, p. 5.

souligne tout à l'inverse la part intrinsèque de prétentions normatives et de choix discrétionnaires. L'analyse juridique ne procède pas à une légitimation des autorités instituées et des discours officiels ; elle offre des armes pour la déconstruction et donne vigueur au débat politique⁵⁵.

Quelle place pour la revendication des droits dans la construction sociale ?

Étendre l'horizon de l'analyse juridique, au-delà des normativités officielles, conduit à l'amener aux confins des théories sociales. Le constat actuel est plus convenu : les sciences sociales tendent à considérer le droit comme un matériau, un élément à même de contribuer à d'autres analyses (philosophique, sociologique, anthropologique, historique, etc.). Le juriste est plus souvent sollicité pour livrer des informations sur l'état du droit, apporter des cas et illustrations donnant à penser, que pour problématiser une question. Et s'il est rappelé que les grandes figures des sciences sociales ont été formées par l'étude du droit, c'est rarement pour mettre en valeur ce qu'ils ont pu en tirer dans leur compréhension de la société. Que les chercheurs en sciences sociales d'aujourd'hui ne reçoivent guère, sauf exception, de formation juridique présente sans doute des avantages, mais aussi des inconvénients. Cela ne les empêche pas de prendre le droit pour objet ; tout au contraire si l'on en juge par un certain engouement pour le juridique et son univers ! Cela n'est pas récent : Foucault n'a-t-il pas rôdé autour du droit, en incitant certains de ses élèves à s'y frotter ? Toujours est-il, dans une intention de renversement portée par le projet du présent ouvrage, il se pourrait bien que l'analyse juridique puisse contribuer à la compréhension et à la construction du monde social.

La perspective ouverte est alors de révéler la part de normativité inhérente aux études menées dans le champ des sciences humaines et sociales. Nombre des travaux entendent s'inscrire dans une veine constructiviste/constructionniste. Dans un essai pénétrant⁵⁶, Ian Hacking s'interroge, à partir d'exemples diversifiés incluant le genre et le handicap mais aussi le quark ou l'enfance maltraitée, sur ce que signifie « la construction sociale de (x) », ou encore « construire (x) ». Quelque soit l'objet - le x choisi - la structure argumentative des études constructivistes repose sur un schéma commun : x n'est pas déterminé par la nature des choses ; x est critiquable ; x pourrait être écarté, ou du moins transformé

55 Rafael Encinas de Munagorri, « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 711

56 I. Hacking, *The Social Construction of What ?*, Harvard University Press 1999, *Entre science et réalité : la construction sociale de quoi ?*, trad. B. Jurdant, La découverte, 2001.

radicalement⁵⁷. D'où une gradation critique du constructivisme relevant, selon les auteurs, d'approches historiques, ironiques, de dévoilement ou réformistes, rebelles, voire révolutionnaires⁵⁸. La construction ne se borne pas à un processus ; elle peut conduire aussi à des propositions normatives. Dans une étude consacrée à la « construction sociale de la surdité », Harlan Lane a proposé, à partir du constat que les sourds s'expriment par des signes et non par la parole, qu'ils soient considérés comme une minorité linguistique et non comme des infirmes⁵⁹. Construire, c'est aussi imaginer et échafauder. L'analyse juridique prête renfort dans les deux temps du constructionnisme : pour détruire et faire craquer les faux verrous du droit, pour concevoir et donner teneur aux revendications juridiques des individus et des collectifs⁶⁰.

Hacking souligne aussi une différence principale entre les classifications élaborées dans les sciences naturelles et celles proposées dans les sciences sociales⁶¹. Seules les classifications et les concepts des sciences sociales sont interactives au sens où les personnes désignées, nommées, classées, peuvent réagir aux analyses et typologies qui les concernent (ce qui ne serait pas le cas des pierres ou des fourmis). Ces réactions peuvent conduire à modifier une classification, et c'est précisément ce qui est advenu dans le cas de la Classification internationale du handicap, et a conduit à distinguer un « modèle médical » d'un « modèle social » du handicap. Il n'est pas indifférent de rappeler, pour reprendre les termes de l'opposition, que le modèle social trouve une traduction politique « en termes de droits », ce qui n'est pas le cas du modèle médical.

Parce qu'elle repose sur des règles permettant un classement des états de santé, les normes posées par la Classification internationale procèdent en effet d'une autre conception normative. Si la Classification ambitionne de fournir un cadre de référence pour des applications diverses, y compris juridiques, elle prétend pas avoir de conséquences pour déterminer les droits subjectifs des personnes en situation de handicap. L'affirmation confine à l'hypocrisie : à partir du moment où les normes sont proposées comme références pour les institutions administratives, sociales, on voit mal pourquoi elles ne pourraient pas servir, très concrètement dans leur mise en œuvre, à être utilisées pour déterminer les droits des intéressés ? Ou selon une idée plus simpliste encore, faut-il

57 *Op. cit.*, 2001, p. 21

58 *Op. cit.*, p. 37

59 Harlan Lane est cité Hacking, *op. cit.*, p. 62, comme fervent défenseur du droit des sourds

60 Construction qui n'est pas exclusive d'une pensée de l'Etat, voir sous l'angle des politiques publiques, *L'Etat des droits. Politique des droits et pratique des institutions*, P.-Y. Baudot, A. Revillard (ed), Presses de Sciences Po, 2015.

61 *Op. cit.*, p. 53.

comprendre que les normes proposées ne peuvent être que des « bonnes normes », de très gentilles normes techniques servant à augmenter les droits des personnes en situation de handicap, mais surtout pas à les amoindrir ? En bref, comme la plupart des normes à caractère technique, la Classification internationale souhaite avoir une influence normative sans prétendre avoir des effets sur la détermination des droits. De manière plus distante, elle est portée par un idéal d'universalisme abstrait⁶². Parce que nous sommes tous (potentiellement) des personnes en situation de handicap, parce que les situations de handicap sont graduelles et évolutives, la Classification pose des normes à l'égard de tous, sans distinguer a priori entre une majorité des personnes dites normales (ou parfois encore dites valides) et une minorité composée de personnes en situation de handicap. Les indicateurs de la Classification internationale ont été conçus afin d'opérer un classement à partir d'un cadre conceptuel général. Quant au problème des droits dont bénéficient les personnes en situation de handicap, il n'apparaît pas de manière explicite et directe en lien avec celui de la Classification ; tout au plus comme une conséquence indirecte promue par les déclarations internationales et les institutions étatiques. Dans ce schéma implicite, les droits sont conférés d'en haut, ils ne sont pas arrachés d'en bas.

La revendication des droits par les personnes en situation de handicap procède d'un mouvement inverse. Elle a servi de point d'appui pour critiquer les classifications susceptibles d'enserrer les personnes dans une matrice (normative). Plus largement, elle a émergé d'une prise de conscience - plus ou moins précoce selon les systèmes juridiques - de l'importance des droits. Que des personnes en situation de handicap se soient mobilisées pour prôner leur autonomie et revendiquer des droits, à la différence des pays d'Amérique du nord⁶³, était inédit, du moins jusqu'à très récemment en France. Il est plus facile de « porter un regard charitable sur une situation de malheur que de prendre en compte des droits »⁶⁴. Pendant longtemps, la seule réponse au handicap a été celle de l'institution spécialisée, à partir d'une catégorisation des personnes. Pour reprendre les propos d'un observateur critique et impliqué : « Il fallait pouvoir catégoriser les personnes et mettre

62 J.E. Bickenbach et al., *op. cit.*, pp. 1180-1181, prenant appui (et parti) sur les arguments développées par I. Zola.

63 L. Vanhala, *Making Rights a Reality ? Disability Rights Activists and Legal Mobilization*, Cambridge University Press, 2011. A partir d'une étude comparative entre le Canada et la Grande Bretagne, l'étude vise à analyser la manière dont les personnes handicapées se mobilisent pour modifier le droit applicable, en particulier devant les tribunaux. Elle décrit l'émergence d'une conscience juridique parmi les personnes handicapées et les organisations qui défendent leurs droits. Elle établit des distinctions selon que les groupements comprennent ou non des personnes handicapées parmi leurs membres les plus actifs. Elle décrit les stratégies juridiques et politiques pour mener le combat de la cause des personnes handicapées.

64 Cité par J.-C. Cunin, *Le handicap en France : Chronique d'un combat politique*, Paris, Dunod, 1988, p. 8.

leur situation en correspondance avec l'institution qui pouvait les prendre en charge. Nous nous sommes inscrits dans une politique de population, voire de sous-population et non de réponses aux besoins individuels des personnes »⁶⁵. D'une inexistence au sein des catégories juridiques, les personnes concernées ont été progressivement identifiées, prises en compte au sein de dispositifs administratifs, avant de voir leurs droits reconnus⁶⁶, sous le signe des droits de l'homme, en particulier par plusieurs textes internationaux adoptés dans le cadre des Nations Unies⁶⁷. D'un système administratif conçu sur l'assistance, l'évolution s'est donc faite vers l'affirmation de l'autonomie des personnes handicapées et l'égalité des droits. Sur le mode des minorités d'Amérique du nord luttant pour acquérir des droits civiques (*civil rights movement*), les mouvements des personnes handicapées ont pris appui sur la revendication à l'égalité ; l'accent a été mis sur la lutte contre les discriminations⁶⁸. De nos jours encore, la question des droits occupe une place centrale pour les personnes en situation de handicap. Avoir des droits requiert une combat juridique de tous les instants afin de tendre vers une égalité concrète.

La revendication des droits ne se limite pas à des enjeux juridiques. Les mentalités, les représentations, les constructions sociales, les classifications scientifiques, déterminent autant les conceptions normatives qu'elles sont affectées par elles. L'analyse juridique permet d'en éclairer le sens et de contribuer à la compréhension des processus du changement social.

65 *Ibid.*, p. 21.

66 Pour le récit de ces luttes, *ibid.*, Chap. 3, p. 51 et s.

67 Déclaration des droits des personnes handicapées du 9 décembre 1975 ; Règle pour l'égalisation des chances de 1993 ; Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, du 13 décembre 2006 (signée le 30 mars 2007, ratifiée avec protocole du 1^{er} avril 2010).

68 « The primary problems confronting citizens with disabilities are bias, prejudice, segregation and discrimination that can be eradicated through policies designed to guarantee them equal rights », H. Hahn H, « Civil rights for disabled Americans : the foundation of a political agenda », 1987, p. 182 cité par J.E. Bickenbach et al., *op. cit.*, p. 1180.

