
Études

PARITÉ HOMMES FEMMES : GLOBALE OU SÉLECTIVE ? (*)

Mohammed Amine BENABDALLAH (**)

*Professeur à la Faculté de droit
Rabat-Agdal*

Nul ne peut contester la place réservée désormais à la femme dans la Constitution de 2011. Alors que dans les constitutions précédentes, on manifestait une certaine timidité à son égard dans la mesure où elle ne bénéficiait pratiquement d'aucune référence, celle de 2011 a pris une tout autre orientation.

Il est vrai que certains articles des précédentes constitutions en parlaient tels l'article 5 très évasif disposant que « *Tous les Marocains sont égaux devant la loi* », ou l'article 8 énonçant que « *L'homme et la femme jouissent de droits politiques égaux. Sont électeurs tous les citoyens majeurs des deux sexes jouissant de leurs droits civils et politiques* », ou l'article 12 précisant que « *Tous les citoyens peuvent accéder, dans les mêmes conditions, aux fonctions et emplois publics* », mais, à voir de près, on peut dire que cela relevait du superficiel en comparaison avec les multiples références qui lui sont faites par le constituant de 2011. Surtout si l'on observe qu'il s'agit d'articles qui se répétaient depuis la Constitution de 1962 à celle de 1996 et que dans la pratique jamais aucune loi, ni aucun règlement, ne leur avaient donné une quelconque réalité au plan juridique. C'étaient des vœux pieux que l'on ne songeait guère à vraiment réaliser.

L'orientation adoptée par le constituant de 2011 s'est inscrite dans la modernité et la rupture avec le passé. Ainsi, dans les articles relatifs aux libertés et droits fondamentaux, parle-t-on des citoyennes et des citoyens, de l'égalité de l'homme et de la femme dans la jouissance des droits et libertés, de la réalisation par l'Etat de la parité entre les hommes

(*) Texte de la communication présentée à la journée d'étude sur le « projet de promotion de la représentation politique des femmes au Maroc », organisée par l'association Jossour, forum des femmes marocaines, à Rabat, le 9 novembre 2018.

(**) aminebenabdallah.hautetfort.com

et les femmes et surtout de l'obligation que *la loi doit prévoir des dispositions de nature à favoriser l'accès des femmes et des hommes aux fonctions électives.*

– I –

Problématique

Il est important de dire que cette obligation a une histoire. Elle est intervenue pour constitutionnaliser une pratique créant une liste nationale implicitement réservée aux femmes aussi bien aux élections de 2002 qu'à celles de 2007. En fait, jamais une loi organique relative aux élections de la Chambre des représentants ne l'avait prescrite, mais tous les acteurs politiques s'étaient mis d'accord pour ne réserver la liste nationale qu'aux femmes.

En application de cette disposition constitutionnelle, la loi organique de 2011 a prévu l'élection de 305 membres au niveau des circonscriptions locales et 90 membres au titre d'une circonscription nationale. Au sein de ces 90 membres, conformément à l'article 23 de la même loi, figurent obligatoirement 60 femmes et parallèlement, par une modification intervenue en 2016, une liste mixte réservée aux candidats âgés de moins de 40 ans.

Dans le même sens, la loi organique relative à la Chambre des conseillers a prévu en son article 24 que pour l'élection dans le cadre des collèges des représentants des différents conseils et des chambres professionnelles et des organisations professionnelles, aucune liste ne doit comporter deux noms successifs de deux candidats de même sexe. On n'est plus alors dans la formule du quota, mais dans celle de l'égalité des sexes au niveau de la candidature.

Toujours dans le même sens, la loi organique relative à l'élection des membres des conseils des collectivités territoriales, en application de l'article 146 de la Constitution prévoyant *des dispositions visant à assurer une meilleure représentation des femmes au sein des conseils*, a prévu en son article 76 la création de deux circonscriptions électorales au niveau de chaque préfecture, province ou préfecture d'arrondissements, dont l'une est réservée aux femmes à condition, prescrit l'article 77 de la même loi, que le nombre des sièges qui leur sont réservés dans chaque collectivité territoriale représente le tiers au moins des sièges réservés à chaque collectivité au titre du conseil de région.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel, tout en approuvant la constitutionnalité de telles mesures, ne manquait pas d'en signaler le caractère exceptionnel en précisant qu'elles devaient être limitées dans le temps et que leur application devrait cesser dès la réalisation des objectifs justifiant d'y recourir.

Ceci étant, force est de remarquer qu'en dehors des fonctions électives, le constituant n'a rien prévu pour les postes de responsabilité professionnelle et sociale tel le cas, par exemple, en France depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Sur la base justement de cet article de la Constitution française, des lois ont été promulguées, notamment celle du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle et celle du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

Il s'agit de lois qui n'auraient jamais pu voir le jour si le constituant français n'avait pas ajouté lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, que la loi devait favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales.

Juste pour comparaison, afin de mieux saisir l'importance d'une telle mention, on rappellera qu'avant l'adoption, par la révision du 8 juillet 1999, de l'obligation dans la Constitution française que la loi devait favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions électives, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 novembre 1982, avait déclaré contraire à la Constitution un article disposant que les listes de candidats ne peuvent comporter plus de 75% de personnes du même sexe.

La question qui se pose en droit marocain est de savoir comment peut-on prendre des mesures législatives, réglementaires ou autres favorisant l'accès des femmes aux postes de responsabilité alors que la Constitution n'a rien prescrit sur ce plan ?

La réponse à cette question ne doit pas se fonder uniquement sur ce qui est expressément proclamé par le constituant pour déduire que puisque celui-ci n'a rien dit à ce sujet, c'est qu'il n'a pas entendu le faire. On suggère que la réflexion aille dans le sens de ce qui peut se faire sans pour autant être contraire à la Constitution.

– II –

Constitution

Sans doute ne manquera-t-on pas de dire que sur ce plan l'article 19 de la Constitution est suffisamment éloquent en parlant d'égalité et de parité ? Mais, à la réflexion, on ne peut pas dire qu'il se caractérise par une clarté exemplaire.

Dans une première phase, le constituant pose une évidence en traitant de l'égalité de l'homme et de la femme, tout en précisant qu'elle concernait les droits et libertés civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncés dans le titre relatif aux libertés et droits fondamentaux et autres dispositions de la Constitution. Seulement pour cela,

il n'est pas spécifié qu'une loi interviendrait ; la raison est que l'on n'avait pas du tout besoin d'une telle déclaration car de tout temps, depuis la Constitution de 1962 à celle de 1996, à aucun moment il n'était venu à quelque esprit que ce soit que les femmes ne jouissaient pas au même titre que les hommes des droits et libertés garantis par la Constitution.

Puis, dans une deuxième phase, il n'est plus question d'égalité mais de parité en tant qu'objectif constitutionnel. Ce qui est différent dans la mesure où il s'agit de deux notions naturellement complémentaires où la première constitue un moyen et la seconde, un but. Par l'égalité de jouir des droits, on peut atteindre le but de la parité ou du moins réduire le fossé qui nous en éloigne. Et c'est, nous semble-t-il, la raison pour laquelle le constituant en a investi l'Etat et non seulement le législateur. L'Etat avec toutes ses composantes y compris le législateur. Ce qui signifie que ce n'est point uniquement par la loi que la parité pourrait se réaliser, mais par tout un ensemble d'actions tout azimut et de tout genre, notamment de sensibilisation, d'éducation, d'orientation, voire de réglementation.

Enfin, dans une troisième phase, il a créé un organe constitutionnel qui est l'Autorité pour la parité et la lutte contre toutes formes de discrimination. Sur ce plan, on ne saurait taire une remarque non négligeable. N'y aurait-il pas une espèce de contradiction entre créer une autorité pour la parité et en même temps de lutte contre toutes formes de discrimination, alors que, dans le préambule de la Constitution, on a proclamé haut et fort que le Royaume du Maroc s'engage à « *bannir et combattre toute discrimination à l'encontre de quiconque, en raison du sexe...* » ? Œuvrer pour la parité entre les hommes et les femmes et lutter contre toute forme de discrimination incluant celle en raison du sexe, n'est-ce pas là une mission beaucoup plus plombée de difficultés que disposant de facilités dans la réalisation ?

– III –

Jurisprudence

En fait, c'est, pensons-nous, cette dualité de langage qui a amené le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 juillet 2014 sur la loi organique relative à la Cour constitutionnelle à considérer que « *si le législateur est appelé à établir et à fixer des moyens permettant de consolider l'accès des femmes aux fonctions publiques électives ou non électives y compris celle de membre de la Cour constitutionnelle et ce, plus particulièrement, en vertu des dispositions du deuxième paragraphe de l'article 19 de la Constitution qui invite l'Etat à œuvrer à la réalisation du principe de parité entre les hommes et les femmes, ce que la Constitution a prévu dans son préambule en matière d'interdiction et de bannissement de toute forme de discrimination en raison du sexe et dans le premier paragraphe de l'article 19 que l'homme et la femme jouissent, sur un pied*

d'égalité, des mêmes droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, ne permet pas au législateur de consacrer un pourcentage garanti à l'avance à l'un des deux sexes dans les fonctions publiques ».

En clair, aucun sexe ne peut être privilégié par rapport à l'autre, mais les deux sexes doivent bénéficier des mêmes droits, à égalité au départ, d'autant plus que dans le troisième alinéa de son article 131, la Constitution prévoit les critères de choix des membres de la Cour constitutionnelle.

Plus tard, selon le même raisonnement, dans sa décision du 2 mars 2015 sur le règlement intérieur du Conseil économique, social et environnemental, le Conseil constitutionnel avait déclaré inconstitutionnel les articles 29 et 46 énonçant que sont réservés aux femmes deux sièges pour le bureau du Conseil économique, social et environnemental, un siège pour la présidence d'une commission et un autre pour son rapporteur. Le Conseil avait ajouté que si l'objectif de parité entre les hommes et les femmes dont l'Etat œuvre pour la réalisation, nécessite la prise de mesures incitatives favorisant l'accès effectif des femmes aux postes de responsabilité, ces mesures doivent intervenir sans porter atteinte au principe d'égalité entre les hommes et les femmes et au principe affirmé par le préambule de la Constitution bannissant et combattant toute forme de discrimination en raison du sexe.

En revanche, rappelons-le, le Conseil constitutionnel, parallèlement à ces déclarations d'inconstitutionnalité, avait bien admis, dans sa décision du 13 octobre 2011, le quota pour la Chambre des représentants, puis, dans sa décision du 18 novembre 2011, l'égalité des sexes au niveau de la candidature pour l'élection dans le cadre des collèges des représentants des différents conseils et des chambres professionnelles et des organisations professionnelles et, dans sa décision du 19 novembre 2011, la création de deux circonscriptions électorales au niveau de chaque préfecture, province ou préfecture d'arrondissements, dont l'une est réservée aux femmes pour l'élection des membres des conseils des collectivités territoriales.

De même que, dans sa décision du 20 octobre 2011, il avait déclaré conforme à la Constitution l'article 26 de la loi organique relative aux partis politiques énonçant que ceux-ci doivent œuvrer pour atteindre une proportion d'un tiers de participation des femmes dans leurs organes dirigeants aux niveaux national et régional, dans le but de réaliser, à terme et d'une manière progressive, le principe de parité entre les hommes et les femmes.

Mieux encore, dans une décision du 12 janvier 2016 sur la démission d'un membre femme de la Chambre des conseillers élue le 2 octobre 2015, le Conseil constitutionnel avait considéré que compte tenu du fait que l'article 24 de la loi organique relative à la Chambre des conseillers avait prévu que pour l'élection dans le cadre des collèges des représentants des différents conseils et des chambres professionnelles et des organisations

professionnelles, aucune liste ne devait comporter deux noms successifs de deux candidats de même sexe, le remplacement de l'élue de sexe féminin ne pouvait avoir lieu que dans le respect de l'esprit des articles 19 et 30 de la Constitution. De ce fait, il avait conclu que le siège vacant devait revenir à une femme et non à un homme.

Il y a donc une différence de jurisprudence qui réside dans le fait que dans la Constitution la seule précision est que la loi doit prévoir des dispositions de nature à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions électives. Les fonctions non électives ne sont pas citées. A moins alors de tordre le cou aux articles de la Constitution en leur faisant dire ce que le constituant n'a pas prescrit, on doit bien convenir que les fonctions de membre de la Cour constitutionnelle ou de membre de bureau du Conseil économique, social et environnemental ne sont pas des fonctions électives.

Donc, la règle juridique qui se dégage de la jurisprudence constitutionnelle est que l'on ne saurait réserver aux femmes à l'avance des sièges ou des postes au sein d'une quelconque institution non élective, mais que l'on peut seulement prendre des mesures incitatives favorisant leur accès. Cette orientation est d'autant plus probante que la seule fois où le constituant a résolu à l'avance la question de la représentativité des femmes pour une fonction non élective, il l'a fait pour la composition du Conseil supérieur du Pouvoir judiciaire. Dans l'article 115 de la Constitution, il a, en effet, mentionné que parmi les dix membres élus par leurs pairs pour la composition du Conseil, une représentation des femmes doit être assurée dans la proportion de leur présence dans le corps de la magistrature. S'il ne l'avait pas décidé, le législateur n'aurait pu le faire à sa place !

D'aucuns ne manqueront certainement pas de dire qu'il revenait au Conseil constitutionnel d'adopter un raisonnement en faveur d'une interprétation large de la parité et de l'égalité des hommes et des femmes. Mais lui revenait-il de le faire alors que le constituant n'a parlé de loi favorisant leur égal accès qu'aux fonctions électives et que, ailleurs, il n'a parlé que de parité comme objectif à réaliser ? Ne s'érigerait-il pas en législateur voire en constituant ?

A moins qu'il s'agisse de principes généraux du droit, un juge ne peut pas valablement invoquer des principes et des règles non puisés dans les textes quand ceux-ci sont clairs, c'est-à-dire lorsque le constituant a usé d'un langage différentiel. Attribuer une signification identique à des termes différents, relèverait purement et simplement de l'arbitraire juridique.

Dans un tout autre domaine, et, uniquement pour comparaison, si la Constitution, dans son article 10, n'avait pas garanti à l'opposition la présidence de la commission en charge de la législation à la Chambre des représentants, une loi aurait-elle pu le faire ? Si le juge la validait en ne se contentant plus d'appliquer ou d'interpréter les textes, mais

en imposant des normes, purs produits de son imagination, ne serait-on dépendant et à la merci d'un gouvernement des juges ?

– IV –

Enseignements

Au vu de la Constitution et de l'interprétation de ses dispositions par le Conseil constitutionnel dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours et s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, la réflexion sur le moyen de s'approcher de la parité entre les hommes et les femmes ne peut valablement se faire que dans le respect de cette donne qu'aucune loi ne devrait ignorer.

Peut-on faire une loi qui impose la parité globale alors que la Constitution de 2011 a uniquement parlé de *dispositions de nature à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions électives* ? Quelle voie peut-être suggérée dans le respect de la Constitution ?

Il faut dire que sur ce plan, le législateur n'est pas resté totalement muet puisque dans la loi organique relative à la nomination aux fonctions supérieures en application des dispositions des articles 49 et 92 de la Constitution, il est une référence que l'on ne devrait pas ignorer.

L'article 4 de la loi organique fixant les principes et les critères de nomination précise à titre de rappel que dans les propositions de nomination doit s'appliquer la *parité entre les hommes et les femmes en tant que principe dont l'Etat œuvre à la réalisation conformément aux dispositions du 2^e alinéa de l'article 19 de la Constitution*.

On ne peut donc pas soutenir que le législateur n'a pas accordé d'importance à la parité globale ; en fait, tant qu'il n'a pas fixé de quota à l'avance pour accorder des fonctions aux femmes, il a agi dans le respect de la jurisprudence constitutionnelle. Mais il peut fort bien inciter les autorités investies du pouvoir de nomination à œuvrer à la réalisation de la parité entre les hommes et les femmes. C'est dire que tout est question de volonté de l'autorité gouvernementale qui propose au Chef du gouvernement, les candidates et les candidats aux fonctions supérieures. Néanmoins, encore faut-il que les femmes soumettent leurs candidatures à ces fonctions ! Il y a donc un rôle à jouer pour les encourager voire les solliciter et rien n'empêche le Chef du gouvernement de donner des instructions dans ce sens. Le décret du 11 octobre 2012 pris pour l'application de la loi organique lui en donne le droit.

L'article 9 de ce décret prévoit que c'est le Chef du gouvernement qui soumet aux délibérations du gouvernement les propositions de nomination qu'il a reçues dans la limite

d'une seule candidate ou d'un seul candidat par poste. Il est ajouté que lorsqu'il constate que l'autorité gouvernementale concernée n'a pas respecté les principes et les critères énoncés par la loi organique, il demande à l'autorité concernée de revoir sa proposition. Naturellement, s'il tient à faire de la parité un objectif à réaliser, il peut exiger en tant que Chef du gouvernement qu'il le soit réellement car, il faut bien s'en convaincre, les textes à eux seuls ne suffisent pas ; leur effectivité demeure tributaire de la détermination de ceux qui doivent les appliquer. Si certains gouvernements étrangers sont constitués à part égale d'hommes et de femmes ou même à majorité de femmes comme en Espagne où la composition actuelle compte onze femmes et sept hommes, ce n'est pas un simple hasard, mais c'est le fait d'une volonté qui a dû s'exprimer lors de leur constitution. Aucune loi ne les y oblige. Tout comme en France, où aucune loi n'impose de nommer des membres femmes au Conseil constitutionnel, pourtant on en compte actuellement quatre dans un conseil de neuf membres, alors qu'avant 1992, il n'y en avait aucune.

– V –

Conclusion

Au point de vue du droit, on retiendra que si le constituant avait parlé de loi favorisant l'égal accès des hommes et des femmes aux fonctions électives et aux postes de responsabilité, on aurait opté les yeux fermés pour une loi qui irait jusqu'à imposer un certain nombre de sièges pour les femmes avec la certitude que cela ne serait pas contraire à la Constitution. Mais le fait est qu'il s'est contenté de ne parler que de fonctions électives. En revanche, la brèche ouverte par la locution que *l'Etat œuvre à la réalisation de la parité entre les hommes et les femmes*, expression qui ne doit pas être vue comme une simple clause de style, mais, au contraire, une tournure pleine de substance juridique, doit permettre aux pouvoirs publics de prendre toutes les mesures nécessaires à sa réalisation, non plus au plan législatif ou réglementaire, mais pratique, par l'usage du pouvoir discrétionnaire de nomination aux différents postes de responsabilité.

On l'a vu plus haut, le décret du 11 octobre 2012 pris pour l'application de la loi organique relative à la nomination aux fonctions supérieures le permet, mais convenons que c'est beaucoup plus une question de volonté que de législation. Dans quelque domaine que ce soit, et, surtout celui qui nous retient, on peut inonder à l'emporte-pièce le pays de lois et de décrets, mais si la volonté de les appliquer fait défaut, ils demeureront dans l'empyrée pour ne servir qu'à être étudiés et qualifiés de totalement inutiles. Néanmoins, pour clore sur une note optimiste, disons que, loin d'être court, le chemin n'est pas aussi long qu'on peut le redouter. La possibilité existe. Il suffit d'y recourir en s'imposant comme devise la belle formule de Victor Hugo : *tant que le possible n'est pas fait, le devoir n'est pas rempli !*