

DISCRIMINATIONS POSITIVES, PARITÉ ET QUOTAS

LIBRES PROPOS SUR L'ARRÊT R.CONST.274

Introduction

Patient MPUNGA Biayi,
Avocat au Barreau
de Lubumbashi-RD
CONGO. Diplômé
de 3^e cycle en droits
fondamentaux de
l'Université de Nantes
(France). Spécialiste
des droits de l'homme
et maintien de la paix
de Peace Operations
Training Institute/
(USA). patientbiayi@
gmail.com.

La lutte contre les discriminations fondant des inégalités fait partie des tâches constitutives d'une société démocratique. En ce sens, le refus des discriminations constitue le cœur même de l'idée d'un État de droit. Aussi, la constitution congolaise prohibe-t-elle, en ses articles 13 et 14, toute forme de discrimination, notamment à l'égard des femmes. Un débat s'est cependant ouvert depuis longtemps aux États-Unis et depuis quelques décennies en France, autour de la question de savoir si une telle interdiction de discrimination peut suffire aujourd'hui pour instaurer une égalité réelle et parfaite entre les membres de la communauté, hommes et femmes. Une nouvelle approche de l'égalité en est résultée : l'*affirmative action* dont la traduction française est « action positive » ou « discrimination positive ». Cette dernière consiste à estimer que :

Pour qu'advienne une société des égaux, il faut assurément agir « négativement » ou par la voie négative contre les discriminations ou les exclusions dont certains font l'objet (politique antidiscriminatoire), mais aussi agir « positivement » (*affirmative action*) en faveur des exclus en prenant des mesures remédiant aux situations inégalitaires qui se sont perpétrées pendant des générations¹.

Il s'agit ainsi d'apporter un vigoureux complément aux politiques classiques de lutte contre les discriminations. S'agissant de l'accès à la fonction publique, par exemple, le rôle de la loi doit consister désormais non seulement à interdire un recrutement pour d'autres motifs que la compétence, mais aussi et surtout à favoriser les femmes qui, jusqu'alors, se sont vu souvent exclues de cette carrière. Le législateur congolais a été saisi par cette vague de l'*affirmative action*.

1 A. RENAUT, *Égalité et discriminations : un essai de philosophie politique appliquée*, Paris, Seuil, 2007, p.14.

La version originale de la Loi n°15/013 du 1^{er} août 2015 portant modalités d'application des droits de la femme et de la parité avait institué un quota de 30% en faveur des femmes dans leur accès aux fonctions publiques, aussi bien dans les postes électifs que nominatifs. Appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de cette Loi avant sa promulgation, la Cour constitutionnelle congolaise, dont l'office était à l'époque remplie par la Cour suprême de justice toutes sections réunies, s'est prononcée en défaveur de la Loi. Elle a estimé que « le constituant n'a établi l'accès des femmes et des hommes aux fonctions politiques et nominatives au sein des institutions nationales, provinciales et locales que sur les seuls critères d'égalité et d'équité »². La Cour a ainsi pris position sur l'une des questions des droits de l'homme les plus importantes, à savoir la discrimination positive et le système de parité et quotas.

Il sied alors de mettre en lumière la légitimité de la discrimination positive (I) avant d'examiner sa mise en œuvre qui est inséparable de l'application de la parité et des quotas (II).

1. La légitimité des discriminations positives

L'expression « discrimination positive » désigne une action volontaire prise à l'initiative du gouvernement, dépassant de loin l'abolition de pratiques discriminatoires drastiques, en vue de faire disparaître les barrières, même les plus informelles, qui entravent l'accès des minorités et des femmes à des postes de responsabilité dans le secteur de l'emploi³. Le concept « discrimination positive » constitue en soi un oxymore, la discrimination ne pouvant être par nature que négative. Mais celle-ci est « positive » dans la mesure où elle est bénéfique étant donné qu'elle vise la réalisation factuelle de l'égalité. Bien mieux, c'est une action de rééquilibrage mise en place dans l'objectif de compenser une discrimination négative. De la sorte, la notion de discrimination positive puise sa légitimité tant en droit international (a) que dans sa nature réparatrice (b).

a. Une légitimité acquise en droit international

Le Comité des droits de l'homme, dans son observation générale n°18 sur l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)⁴, déduit du principe d'égalité inscrit à l'article 26 que l'État a, dans

2 Cette décision (R.Const.274/TSR du 24 janvier 2014) a fait l'objet de vives critiques doctrinales, notamment celles de Marcel WETSH'OKONDA dans son article intitulé « La neutralisation du principe constitutionnel de la parité homme-femme dans la gestion de la chose publique en RD Congo », in *Congo-Afrique* (mars 2018), n° 523, pp. 214-224. Compte tenu de l'importance de cet arrêt, nous avons voulu y revenir en vue d'apporter notre contribution à la science juridique.

3 Françoise CLARY, « Discrimination positive : la controverse intellectuelle », *Revue Française d'Études Américaines*, n°81, juin 1999, p. 27.

4 L'article 26 du PIDCP est ainsi conçu : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination,

certaines circonstances, l'obligation d'adopter des mesures d'*action positive* en faveur de groupes particulièrement discriminés, afin de remédier aux processus qui créent et perpétuent la discrimination interdite par le PIDCP :

L'application du principe d'égalité suppose parfois, de la part des États parties, l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte. Par exemple, dans les États où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme, l'État doit prendre des mesures spéciales pour corriger cette situation (§ 10).

Le Comité ajoute que ces mesures « peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques aux groupes en question par rapport au reste de la population ».

Avec l'affaire *Guido Jacobs c. Belgique* (7 juillet 2004)⁵, le Comité des droits de l'homme a eu l'occasion de préciser sa position sur les conditions de légitimité, au regard du PIDCP, des mesures spéciales visant à corriger des inégalités de fait. Étaient en cause dans cette affaire les conditions de nomination au Conseil supérieur de la Justice, une institution chargée de contrôler le fonctionnement de la justice en Belgique. La législation belge prévoit que parmi les 22 membres non magistrats de cette institution doivent figurer au moins 8 femmes. M. Jacobs, dont la candidature au Conseil supérieur de la justice n'a pas été retenue, se plaint de discrimination : il soutient que l'exigence de recruter un nombre minimal de femmes a pour conséquence que des candidats masculins présentant de meilleures qualifications pourraient se voir préférer des candidats féminins au seul motif que ces derniers appartiennent au sexe sous-représenté. Le Comité rejette l'allégation de discrimination, sur la base de deux constats :

– La *légitimité de l'objectif* : la mesure vise à accroître la représentation et la participation des femmes dans un organe public important. Elle répond à un réel besoin car la faible présence des femmes dans ce type d'organes est avérée. Il existe donc une inégalité de fait qui justifie l'adoption de mesures correctrices.

– La *proportionnalité de la mesure* :

* D'abord, le critère lié au sexe ne s'applique qu'à huit personnes sur vingt-deux, autrement dit un peu plus du tiers de l'ensemble des postes à pourvoir. Pour le Comité, ce critère n'aboutit pas à une limitation disproportionnée du droit des candidats d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques.

notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

5 Comité des droits de l'homme, *Guido Jacobs c. Belgique*, Constatations du 17 août 2004, Communication n°943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000.

*Ensuite, le Comité rejette l'argument selon lequel la prise en compte du sexe exclurait la prise en compte de la compétence. Les candidates ne peuvent être nommées que si elles présentent des qualifications suffisantes. Les exigences ne sont pas moins élevées pour les femmes que pour les hommes. Et si les candidates ont des compétences inférieures à celles des hommes, les autorités ont l'obligation de procéder à nouvel appel à candidatures afin de concilier les deux objectifs de la loi, à savoir recruter des personnes compétentes et assurer un équilibre entre les sexes.

Le Comité en conclut qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'objectif visé, le moyen utilisé et ses modalités (§ 9.5).

Au-delà de sa légitimité acquise en droit international des droits de l'homme, la discrimination positive se présente comme une justice réparatrice, c'est-à-dire une politique de rattrapage entre groupes inégaux.

b. Une légitimité fondée sur la nature réparatrice

La discrimination positive étant une méthode qui consiste à instituer des inégalités pour promouvoir l'égalité, en accordant à certains un traitement préférentiel, son objectif est de rétablir l'égalité de chances compromise par la généralisation et la persistance des pratiques sexistes. Il s'agit donc de compenser des inégalités en créant des discriminations paradoxalement distributrices d'égalité⁶. C'est donc un instrument de rétablissement de l'égalité et à ce titre, elle est nécessaire dans les sociétés inégalitaires où les discriminations constituent un handicap au développement du pays.

La société congolaise est très marquée par des graves inégalités fondées sur le sexe. Aussi, le législateur a-t-il ressenti la nécessité d'intervenir pour, si pas y mettre fin, du moins en diminuer tant soit peu les effets désastreux. Il y a là une volonté législative de réparation des injustices. Si les femmes revendiquent un traitement distinct, c'est parce qu'elles ont subi longtemps des injustices au point qu'elles se retrouvent presque non représentées dans les instances politiques. Le droit congolais a longtemps fait de la femme une éternelle « incapable »⁷. Toute sa vie, elle doit rester sous le joug d'un homme ; si tôt libérée de la puissance paternelle par le lien matrimonial, c'est sous l'autorité d'un mari qu'elle doit finir ses jours sur Terre. Et quand bien même la mort l'en détacherait en arrachant son mari, elle ne pourrait exercer l'autorité maternelle sur ses propres enfants

6 A. LAVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004/4 (n°111), p. 58 et S.

7 On pensait que la dernière révision du code de la famille allait réellement supprimer les discriminations dont la femme est victime. Hélas ! Ça n'aura été qu'un rendez-vous manqué. Voir à ce sujet J. BIOTTA, « À propos de l'égalité entre époux dans la réforme du Code de la famille », *Congo-Afrique* (mars 2017), n°513, pp. 199-213 ; Lire également J-P. KIFWABALA TEKILAZAYA, *Droit civil congolais : les personnes, les incapacités, les familles*, 2^e éd., PUL, Coll. Les Analyses Juridiques, 2018, p. 234, qui note pertinemment que la femme mariée est toujours obligée de recourir à son mari avant de contracter, elle ne peut donc pas agir sans l'accord de ce dernier qui reste chef du ménage d'après l'article 444 du Code de la famille révisé.

que conjointement avec un homme, membre de la famille de son ex-époux. L'existence de la femme congolaise n'a de valeur que par le mariage, acte privé qui permet à la femme d'accomplir son rôle : donner naissance à des fils légitimes, des citoyens qui hériteront du patrimoine familial⁸. Une stricte fidélité est requise de sa part. L'adultère de la femme était, avant 2016, puni en toutes circonstances, alors que celui du mari n'était puni que s'il était accompagné des circonstances injurieuses. Dans la vision africaine, c'est l'infidélité de la femme mariée qui seule compte : elle est jugée comme une menace contre l'équilibre de la famille, par l'intrusion possible d'enfants étrangers au sang de l'époux. Comme si cela ne suffisait pas, la femme se voit dépouillée du pouvoir de gérer même ses biens propres, c'est le mari, présumé plus intelligent que la femme, à qui la loi confie la gestion des biens du ménage et ce, quel que soit le régime matrimonial choisi.

La société congolaise a cantonné la femme dans le rôle domestique. Elle ne se risque hors du domaine familial que pour accomplir soit des fonctions religieuses, soit en apportant au ménage un complément de ressources en vendant la production agricole ou artisanale, ce qui donne à la femme un statut bien inférieur à l'homme. Elle ose rarement s'aventurer dans les milieux professionnels savants, surtout publics. Un obstacle juridique de taille lui barre la voie : le consentement de son mari⁹ qu'elle peine généralement à obtenir d'autant plus que les femmes bureaucrates sont regardées d'un mauvais œil ; une certaine opinion y voit même l'incapacité du mari à nourrir sa femme.

L'idée reste ancrée que les femmes, par la charge de leur famille, sont moins disponibles et moins efficaces pour une entreprise ou une administration publique, tandis que les hommes apparaissent plus détachés de l'idée des réalités quotidiennes. Ainsi, plus on s'élève dans la hiérarchie d'une entreprise ou d'une administration, plus le nombre de femmes est faible et plus l'écart de salaires entre hommes et femmes est important. Le sur-chômage féminin demeure incrusté dans le marché du travail surtout si aux chômeuses officielles on ajoute les femmes au foyer qui ne font pas toujours le choix de ne pas travailler et qui subissent l'inactivité. La société africaine, en général, et congolaise, en particulier, a du mal à se défaire de certains stéréotypes liés aux femmes. Les employeurs opèrent la discrimination des femmes à l'embauche, redoutant que celles-ci soient moins présentes dans l'entreprise suite notamment à l'accouchement.

8 En droit congolais des successions, les enfants du *de cujus* héritent à hauteur de $\frac{3}{4}$ de la masse successorale, alors que la femme veuve se contente d' $\frac{1}{12}$ ⁸. Pour une étude critique, voir N. VUMILIA NAKABANDA, *La protection de la veuve en République Démocratique du Congo : quelle effectivité ?*, Paris, L'harmattan, 2017, pp. 224-237, 450 et S.

9 L'espérance suscitée par la révision du Code du travail de 2002 s'est très vite évaporée. Le Code n'a pas supprimé l'autorisation maritale. Lire en ce sens A. LOBO KWETE, « La femme mariée : capable ou incapable en matière du travail ? », *Les Analyses Juridiques*, n°18, 2010, pp.29-44, spéc. pp. 33-37.

Comme on peut le constater, il est plus que temps pour le législateur de remédier à ces injustes situations. Il faut mettre en place des politiques publiques qui feront de l'égalité en droit une égalité pleine et réelle. Des incitations à la parité en politique et dans les instances publiques doivent être mises en place. Il est donc question de donner à tous, hommes comme femmes, les mêmes opportunités de réussite. Le principe est de faire en sorte de « maximiser le minimum, c'est-à-dire donner plus à ceux qui en ont moins pour compenser les handicaps sociaux »¹⁰. En d'autres termes, il s'agit de rétablir une égalité en faveur des plus désavantagés, soit des personnes discriminées dans la société pour diverses raisons. En principe, tous les citoyens ont les mêmes droits et toute discrimination est prohibée. Mais il importe que les institutions veillent à servir l'intérêt de tous. En effet, tirer profit de la coopération des autres sans réciprocité créerait une injustice¹¹. Ce faisant, certaines différences de traitement sont admises pour justement servir cette idée.

En définitive, le statut social et juridique des femmes congolaises reste inférieur, surtout au sein des emplois dans des postes de commandement. Quand même quelques femmes, citadines du reste, parviendraient à décrocher un emploi à responsabilité, ce dernier, nécessitant souvent mobilité et présence, les désavantage dans leur carrière. Il s'agit du « plafond de verre ». Cette expression désigne le fait que, dans une structure hiérarchique, les niveaux supérieurs ne sont pas accessibles à certaines catégories de personnes, en l'occurrence aux femmes qui ne parviennent pas, de manière générale, à accéder aux plus hauts postes au sein des entreprises ou des administrations. Le remède à cette situation est la discrimination positive. Celle-ci pourrait permettre une féminisation de certains postes ou professions encore peu accessibles aux femmes, mais il faudrait, certes, l'articuler avec les compétences. Il s'agit d'intégrer, dans les pratiques relevant de la justice distributive, une part de justice compensatrice ou réparatrice.

De fait, un argument fréquemment opposé aux discriminations positives est la notion de « mérite ». L'on avance que les compétences doivent toujours primer, qu'il faut mettre en compétition les différents individus afin de ne pas créer des injustices ou que l'examen objectif d'une candidature pour un emploi ou autre doit se baser sur les « mérites » du postulant, etc. On parle de mettre en compétition des gens qui ne partent clairement pas avec les mêmes chances. En outre, dans le contexte congolais, les circonstances initiales de l'existence des hommes et des femmes sont trop inégales pour que la notion de mérite puisse intégrer, sans précisions supplémentaires, la théorie de la justice sociale. De là procéderait sans doute le sentiment qu'au fond, bien souvent si pas toujours, le *méritocratie* sert seulement

10 D. SABBAGH, « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John RAWLS », *Droits*, 1999, n° 29, p. 189.

11 J.-F. SPITZ, « John RAWLS et la question de la justice sociale », *Études*, n°1, 2011, p. 56.

à légitimer l'abandon des plus défavorisés à leur triste sort. On en déduit que les inégalités de départ sont trop différentes pour qu'à eux seuls, le libre accès à l'emploi et la fondation des différences résultant de cet emploi sur le mérite, suffisent à ménager des chances égales. Le professeur Michael Sandel de l'Université d'Harvard conforte nos propos lorsqu'il écrit que « ce n'est que dans la mesure où la ligne de départ a été la même pour tous que l'on peut dire des gagnants qu'ils méritent leur récompense »¹². Or, l'accès aux professions publiques est, dans notre société, une compétition où la ligne de départ n'est pas la même pour tous, elle diffère selon le sexe, l'ethnie ou la classe socio-économique. Comme nous le rappelle John Rawls, « personne ne mérite un point de départ plus favorable dans la société ». Et nous ne pouvons pas davantage porter à notre crédit le fait de vivre dans une société qui en est venue à valoriser nos points forts. Cette situation, qui a prévalu en France également jusqu'à la seconde moitié du 20^e siècle, a fait dire à Simone De Beauvoir qu'« on ne naît pas femme, on le devient » et que « c'est l'ensemble de la civilisation qui élabore ce produit intermédiaire entre le mâle et le castrat qu'on qualifie de féminin »¹³.

Cette notion de « mérite » a une très grande importance dans nos sociétés alors même qu'elle est incertaine. Le concept est confus et peu savent le définir. A. Sen démontre que le mérite dépend de la façon dont nous concevons une société juste et les critères que nous utilisons pour évaluer l'échec ou la réussite¹⁴. Or, cette dernière résulte de différents facteurs comme les attributs naturels ou génétiques, du prix que l'on reconnaît à une performance ou de l'indépendance de la distribution des ressources. Un système basé sur le mérite pourrait créer des inégalités, selon les objectifs poursuivis et les critères de définition appliqués. De *facto*, l'exclusion d'une inégalité fondamentale renforcerait les normes asymétriques dominantes de la société. C'est pourquoi il convient de fournir une égalité de chances et d'opportunités à tous, tenant compte des besoins de chacun et excluant l'usage du mérite comme un « impératif catégorique »¹⁵. Aussi, mal manié, le mérite apparaît comme l'un des seuls éléments qui puisse éventuellement différentier et introduire des inégalités parmi des sujets égaux en droit. C'est pourquoi le lien est si direct entre la question du mérite et celle des inégalités dans les sociétés démocratiques. Comme on peut le voir, la notion de discrimination positive participe sans contredit à l'équilibre entre les

12 M-J. SANDEL, *Justice*, Traduction de P. SAVIDAN, Paris, Nouveaux Horizons, 2016, p. 227.

13 S. DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, Paris, Gallimard, 1947, p.1. Dans cette citation, le mot « femme » comporte une connotation péjorative : il renvoie au sexe faible, incapable. L'auteur démontre que l'éducation que la société accorde aux enfants diffère selon qu'il s'agit d'un « garçon » ou d'une « fille », le premier étant préparé à jouer un rôle capital et primordial dans la société, alors que la seconde est préparée à occuper une place « seconde » et donc pas aussi importante que le garçon. De la sorte, la société introduit de graves discriminations entre les deux sexes dès le bas âge.

14 A. SEN, « Merit and Justice », in K.J. ARROW et AL., *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2000, pp. 5-16.

15 A. SEN, *Repenser l'inégalité*, Paris, Seuil, 1999, p. 30.

deux questions. Il s'agit de compenser les inégalités que la nature, la société et même la culture ne cessent soit d'engendrer soit d'entretenir.

L'égalité de chances, pour ne pas demeurer formelle, est bel et bien (...) une affaire de justice compensatrice, de manière que soit assuré à chacun le droit de ne pas dépendre exclusivement de la chance, ni de la malchance¹⁶.

On ne saurait passer de l'égalité formelle à l'égalité matérielle que si et seulement si les individus en compétition, ici les hommes et les femmes, se trouvent dans une situation identique au départ. Pour que l'égalité entre les sexes soit effective, il faut une égalité des chances, cette dernière ayant pour objectif d'améliorer les chances de ceux qui en ont le moins. En ce sens, une célèbre professeure américaine souligne l'importance pour une société qui recherche l'égalité et la justice entre les sexes de limiter la notion de mérite et de restreindre les droits et libertés masculins¹⁷. D'où la nécessité de l'application de la parité et des quotas.

II. L'application de la parité et des quotas

Il est de plus en plus admis en doctrine que l'État, dans son rôle de promotion de l'égalité entre hommes et femmes et partant de l'éradication de la discrimination basée sur le sexe, est fondé à prendre des mesures tendant à instaurer une plus grande représentation des femmes au sein des institutions politiques. C'est dans cette logique que s'était inscrit le parlement congolais en imposant un quota de 30% de femmes dans les postes nominatifs et électifs. La Cour constitutionnelle congolaise, dont l'office était remplie par la Cour suprême de justice toutes sections réunies, a estimé que cette Loi était inconstitutionnelle au motif que « le constituant n'a établi l'accès des femmes et des hommes aux fonctions politiques et nominatives au sein des institutions nationales, provinciales et locales que sur les seuls critères d'égalité et d'équité ». La Cour constitutionnelle a, par cette décision, violé la constitution qu'elle est pourtant chargée de protéger. En effet, il ressort des alinéas 5 de la constitution que l'État garantit la mise en œuvre de la parité homme-femme dans lesdites institutions publiques nationales, provinciales et locales. L'alinéa 6 du même texte précise que « La loi fixe les modalités d'application de ces droits ». Il se constate, à la lecture attentive de ces dispositions constitutionnelles précitées que le constituant a fixé de grands principes en matière de parité entre hommes et femmes ainsi que son corollaire qui est la non-discrimination entre les deux groupes. Logiquement et sur le fondement du renvoi constitutionnel à la loi, il appartient au législateur de concrétiser le vœu constitutionnel

16 A. RENAUT, *op.cit.*, pp.193-194.

17 MARTHA C. NUSSBAUM, *Capabilités : comment créer les conditions d'un monde plus juste ?*, Traduction de S. CHAVEL, Paris, Nouveaux Horizons, 2012, pp.103-104.

en votant une loi qui assure la pleine participation de la femme à la gestion des services publics. Cette prise de position est d'autant plus justifiée que la loi apparaît, dans la Constitution, comme la charnière autour de laquelle s'articulent les rapports entre les droits de l'homme et la société politique.

Le but de la loi consiste à permettre l'effectivité normative de la Constitution, la loi apparaissant comme une courroie de transmission des valeurs constitutionnelles. La Constitution fixe des objectifs, la loi devra les poursuivre et les mettre en œuvre¹⁸. En conséquence, il appartient à la loi de concrétiser tous les droits de l'homme constitutionnellement garantis. L'effectivité des droits de l'homme ne peut s'appréhender que par le biais d'une échelle sur le plan de leur normativité, à défaut de laquelle les énoncés constitutionnels, du reste « objectifs », se réduiraient à de simples déclarations d'intention. Il faut donc que le législateur assure la concrétisation des droits de l'homme constitutionnellement protégés afin de permettre aux citoyens d'en tirer un bénéfice individuel. En définitive, le degré ultime de la normativité serait celui des « droits subjectifs », dont les individus peuvent se prévaloir devant les juges pour que ces derniers leur fassent produire des effets sur des situations individuelles¹⁹.

En conséquence, en ayant empêché le législateur de jouer pleinement son rôle de protection des droits fondamentaux des citoyens, notamment le droit à l'égalité, à la parité et à la non-discrimination, la Cour constitutionnelle a fait fausse route et a méconnu l'esprit de la constitution. Celle-ci a consacré sans détours le principe de la revendication paritaire, cette dernière entendant dépasser le dilemme égalité réelle et égalité formelle. La revendication paritaire ne se limite pas à un problème de représentation des femmes dans les sphères de pouvoir, elle imprègne également la question des quotas, cette dernière visant à lutter contre la sous-représentation des femmes sur l'échiquier politique et dans les emplois à caractère public.

Cela étant dit, il sied à présent, de mettre en évidence les arguments les plus pertinents en faveur de la parité et des quotas. Le premier d'entre eux réside dans la valeur symbolique du dédoublement que suppose la parité. En effet, l'absence quasi totale des femmes dans les instances représentatives constitue sans doute un des facteurs les plus aptes à perpétuer l'idée que les femmes se situent aux antipodes de la politique. Lorsque certaines personnes regrettent que la politique demeure une affaire d'hommes, ce sont le plus souvent les mécanismes socioculturels tels que le manque de temps lié au cumul des responsabilités professionnelles et familiales,

18 MARINESE VITO, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel : Étude sur les qualités de la loi*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Nanterre - Paris X, 2007, p.81 et S.

19 C. ROULHAC, « Les droits de l'homme sans la loi ? », *La Revue des droits de l'homme*, n°5, 2014, p. 3; dans le même sens MARINESE VITO, *op. cit.*, p.186, qui estime que sans concrétisation légale, les droits proclamés par la constitution seraient juridiquement insignifiants et auraient une valeur de « recommandations », leur statut de norme constitutionnelle n'ayant que la force symbolique de la proclamation.

qui sont mis en cause. La revendication paritaire suspecte plutôt les mécanismes politico-institutionnels qui font obstacle à l'accès des femmes à la politique, comme les cumuls de mandats, le caractère oligarchique des partis ou la notabilisation²⁰. En deuxième lieu, La parité permettrait d'ériger le principe de l'égalité de statut entre hommes et femmes en droit fondamental et établirait le passage de *l'égalité des droits* à un *droit à l'égalité*²¹. L'égalité juridique est rarement énoncée de manière globale mais par référence aux domaines visés dans la loi (égalité de salaires, égalité des électeurs et des électrices, etc.). En d'autres termes, il n'existe pas un droit à l'égalité reconnu aux personnes. La parité permettrait de définir positivement l'égalité au-delà d'une simple dimension constitutive du droit. Elle traduirait le caractère contraignant du principe d'égalité de statut entre hommes et femmes en droit fondamental d'autant plus qu'elle implique le fait que « le principe d'égalité doit (...) sortir des textes pour être vécu, il doit être adapté à la réalité sociale dans le but de parvenir à une égalité progressive des conditions humaines »²².

La Cour constitutionnelle prétend que la Constitution n'a fixé d'autres critères d'accès des femmes à la fonction publique que l'égalité et l'équité. Elle oublie que « la parité a valeur d'équité et que celle-ci cherche un équilibre dans la différence et la singularité »²³. En effet, la parité se présente comme la forme de garantie sociale reposant sur la souveraineté nationale du droit à l'égalité politique entre hommes et femmes : la parité répond au rapport de pouvoir des hommes sur les femmes, attesté par la prépondérance numérique masculine à tous les échelons hiérarchiques et dans toutes les institutions importantes de la vie politique. En ce sens, la parité a valeur d'équité, « *puisque'elle permettrait le passage de l'égalité des droits à l'égalité des conditions d'exercice effectif de ces droits ; la parité traduit l'imposition de leur effectivité* »²⁴. La parité transforme le principe d'égalité en un but à atteindre et cela oblige l'État à de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de parvenir au résultat souhaité. Le système des quotas trouve une place de choix dans cette nouvelle configuration.

« Les quotas sont un système de pourcentage cible dont le point de départ est le constat d'inégalités flagrantes qui persistent dans l'accès des femmes aux responsabilités publiques. Il s'agit d'une mesure de rattrapage en vue de compenser le déséquilibre créé par une division sociale du travail qui se

20 B. MARQUES-PEREIRA, « Quotas ou parité : Enjeux et argumentation », *Recherches féministes*, Volume 12, n°1, 1999, p.111.

21 E. Vogel-POLSKY, « Démocratie, femmes et citoyenneté européenne », *Citoyenneté*, Sextant, n°7, pp.17-40.

22 Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, p.1.

23 F. STASSE, « Pour les discriminations positives », *Pouvoirs*, 2004/4, n° 111, p. 126 ; G. CALVÈS, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : Le problème de la discrimination « positive »*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 9.

24 J. VOGEL, « Parité et égalité », in *Cahiers du Cedist*, 1996, n° 17, pp. 57-76.

joue au détriment des femmes, l'absence de prise en considération à leur égard dans les différentes sphères de la vie en société »²⁵.

La traduction institutionnelle de la parité s'avère la fixation d'un pourcentage de présence équilibrée de chacun des deux sexes pour la composition des organes consultatifs de l'État, des assemblées élues, des instances judiciaires ainsi que dans les structures des partis politiques, etc. En ce sens, on voit mal dans la pratique politique la différence entre quotas et parité. Cette dernière ne serait qu'un système de quotas exactement proportionnels appliqués aux femmes. La parité entre hommes et femmes se fonde sur l'argument selon lequel « la division de l'humanité entre hommes et femmes offre le seul cas de catégories limitées à deux, d'importance à peu près égale, répondant à des critères totalement objectifs »²⁶. Cet argument permet d'envisager dans ce cas et dans ce seul cas des mesures autoritaires. Sans tomber dans l'ornière d'« accorde[r] des droits aux gens en fonction de ce qu'ils sont », en appliquant donc le principe selon lequel « les individus ont les mêmes droits », l'égalité des sexes pourrait être formalisée puisqu'il s'agit de catégories universelles, quantitativement égales, parfaitement objectives et limitées à deux, ce qui n'est le cas ni des situations sociales, ni des situations religieuses, ni des situations qu'on appelle ethniques ou raciales²⁷.

De fait, dans une société donnée, la diversité des politiques sociales envisagées par les forces politiques en présence a quelque chose à voir avec la réponse que l'on donne à la question de savoir ce qu'il s'agit de répartir équitablement pour que cette société apparaisse conforme à des principes de justice²⁸. La réponse d'A. SEN, sur ce point, consiste à introduire un concept nouveau : celui de « capacité » (*capability*). À travers cette théorie des capacités, l'éminent auteur introduit dans la notion de justice sociale quelque chose de la thématique des libertés positives. On perçoit alors ce que désigne le concept de « capacité » : tout ce dont l'individu est socialement « capable » permet de mesurer concrètement la liberté qu'il possède de choisir de mener tel ou tel type de vie. Favoriser avant tout l'égalisation des capacités, tel devrait être, estime A. SEN, l'objectif d'une politique visant à réaliser la justice et l'équité. Il s'agit du droit égal, pour chacun, de faire ses preuves et de surmonter, au moins partiellement ses faiblesses et de ne pas rester prisonnier de son origine ou de son statut.

25 B. MARQUES-PEREIRA, *op.cit.*, p. 105.

26 Argument développé par le professeur de droit Guy CARCASSONNE devant l'Observatoire français de la parité, Cité par J. MOZZUZ-LAVAU, *Femmes/Hommes : Pour la parité*, Paris, Presses de Sciences Po, 1998, p. 84.

27 *Ibid.*, p. 84 ; dans le même sens M-B. TAHON, « Citoyenneté et parité politiques », *Sociologie et sociétés*, Volume 31, numéro 2, automne 1999, p. 85.

28 A. RENAUT, *op. cit.*, p. 56.

Conclusion

Par arrêt R.Const.274/TSR du 24 janvier 2014, la Cour constitutionnelle congolaise, dont l'office était rempli par la Cour suprême de justice, a déclaré inconstitutionnelle la version originale de la Loi n°15/013 du 1^{er} août 2015 portant modalités d'application des droits de la femme et de la parité en ce qu'elle avait institué un quota de 30% en faveur des femmes dans leur accès aux fonctions publiques. Par cet arrêt, la haute Cour a brisé l'élan du législateur dans sa vision de concrétisation d'un droit fondamental constitutionnel, à savoir l'égalité entre hommes et femmes et son corollaire la non-discrimination. Cette décision ne constitue ni plus ni moins qu'une fuite en avant, en d'autres termes une belle occasion manquée dans l'élaboration d'un droit constitutionnel de la discrimination positive. Pourtant, les notions de discrimination positive, de parité et de quota sont de plus en plus admises en droit international des droits de l'homme et instituées dans les démocraties modernes qui veulent voir émerger en leur sein une réelle égalité entre hommes et femmes. La doctrine moderne estime que ces notions constituent « une nouvelle approche de la démocratie »²⁹.

Nous ne pouvons qu'émettre le vœu de voir un jour la Cour constitutionnelle congolaise revenir à la raison et accepter que le législateur conforme le droit congolais au droit international sur la question des discriminations positives, de la parité et des quotas. ■

29 E. GUIGOU, « Égalité -parité : une nouvelle approche de la démocratie », in Xavier BIOY et Marie-Laure FAGES (Dir), *Égalité-Parité : une nouvelle approche de la démocratie ?*, Toulouse, Presses Universitaires, 2013, pp. 21-28.