

Colom | Rohlfing-Dijoux | Schulze (eds.)

The 50th Anniversary of Mauritius

Constitutional Development



Nomos

Colom | Rohlfing-Dijoux | Schulze (eds.)

The 50th Anniversary of Mauritius

Constitutional Development



Nomos



The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

ISBN 978-3-8487-5474-8 (Print)
978-3-8452-9628-9 (ePDF)

British Library Cataloguing-in-Publication Data

A catalogue record for this book is available from the British Library.

ISBN 978-3-8487-5474-8 (Print)
978-3-8452-9628-9 (ePDF)

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Colom, Jacques / Rohlfing-Dijoux, Stephanie / Schulze, Götz
The 50th Anniversary of Mauritius
Constitutional Development
Jacques Colom / Stephanie Rohlfing-Dijoux / Götz Schulze (eds.)
ca. 459 p.

Includes bibliographic references and index.

ISBN 978-3-8487-5474-8 (Print)
978-3-8452-9628-9 (ePDF)

1st Edition 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Germany 2019. Printed and bound in Germany.

This work is subject to copyright. All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or any information storage or retrieval system, without prior permission in writing from the publishers. Under § 54 of the German Copyright Law where copies are made for other than private use a fee is payable to "Verwertungsgesellschaft Wort", Munich.

No responsibility for loss caused to any individual or organization acting on or refraining from action as a result of the material in this publication can be accepted by Nomos or the author(s)/editor(s).

Preamble

As we prepared this book, we learned of the tragic death of our colleague and friend Prof. Dr. Götz Schulze. He succumbed to a heart attack during the evening of October 30th, 2018 while he was working in his office. He was 54 years old.

Götz largely contributed to the development and improvement of the Franco-German curriculum between the Universities Paris Nanterre and Potsdam and the elaboration of a research network with the Universities of Mauritius and Réunion. He has organized numerous international colloquiums, Winter and Summer Universities in partnership with Nanterre. The colloquium in honour of the 50th Anniversary of the Mauritian Constitution was the second one Götz organised with us in Mauritius, after a Summer University in October 2015.

Those who had the chance to know him know how much he was unanimously liked because of his professional skills of course but also because of his human qualities: jovial, humble, he also had a great sense of humour. He was a recognized specialist in private international law and judge at the Superior Regional Court of Brandenburg. His friends and colleagues are deeply saddened by his passing and we are sincerely with the members of his family.

Götz is co-editor of this book and contributed to this colloquium with a lecture entitled “*The protection of judicial independence under German Constitution and EU Law*”. Unfortunately, his paper was not entirely finished at the time of his death, so that we are unable to publish it in this book.

This book will naturally be dedicated to Götz.

Foreword

The articles collected in this book have been presented on the occasion of an international symposium held from 14 to 17 March 2018 for the celebration of the 50th anniversary of the Mauritian Independence. Co-chairs of this symposium were Hambyrajen Narsinghen, University of Mauritius, Götz Schulze, Universität Potsdam, Jacques Colom, Université de La Réunion and Stephanie Rohlfing-Dijoux, Université Paris Nanterre.

The symposium topic was the development of constitutionalism in Mauritius, other Indian Ocean states and Africa. This issue had been considered from a historical, political and legal perspective by integrating institutional stakeholders: The Supreme Court, the Director of Public Prosecutions and the Law Reform Commission (Mauritius); constitutional judges from other IOC (Indian Ocean Commission) States: Madagascar and the Seychelles; the French Constitutional Council (*Conseil Constitutionnel*) and the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*). Members of the French Constitutional Council and judges of the German Federal Constitutional Court participated for the very first time in a colloquium in Mauritius on compared constitutional law. Constitutional law in all its perspectives constituted the core of the event.

The collaboration between French (Paris Nanterre, Poitiers et La Réunion), German, Mauritian, Madagascar and Seychelles judges and researchers demonstrates not only the natural links between these islands and Europe but also the relevance of a dialogue between their supreme or constitutional courts. After all, it is only through exchanges and diversity that it is possible to improve our knowledge, not only of foreign system, but also of our own.

The fact that Mauritius' success is often attributed to its (quite specific) institutions offered also the opportunity to address, often indirectly, the renewal of African constitutionalism by comparing experiences and difficulties faced by African countries and the way they tried to solve them.

The book's structure follows the structure of the symposium.

The first part is dedicated to Mauritius' political and constitutional accession to Independence and its historical, political, economic and social development. The question addressed revolved around constitutional principles of separation of powers, protection of fundamental rights and guarantee of a democratic electoral system... since these principles are constituting the "core" of liberal democracies. The guarantee of second- and

third- generation Fundamental Rights in Mauritius, such as the right to health care and environment protection were also explored.

The second part addresses the independence of the constitutional judges and, more broadly, the independence of the Judiciary. This research was carried out with regard on French, German and Mauritian prospects. Comparative constitutional Justice in the Indian Ocean Area (states represented by the Indian Ocean Commission - IOC) was presented amongst others by the chief Judge of the Seychelles and the President of the Constitutional Court of Madagascar.

The third part revolves around Economic and Social Rights. Mauritius has until now not included in its catalogue of Fundamental Rights considerations regarding Economic and Social Rights, that were excluded from the text of the Constitution by its English drafters before the independence. The situation in Mauritius related to the protection of investments and private property in general and personal, social and economic rights, including rights of minorities were pointed out in theses presentations.

Other unpublished, but prominent contributions were from Anne-Françoise Zattara-Gros (Université de la Réunion), *Le Conseil constitutionnel et la propriété*; Nabil Hajjami (Université Paris Nanterre), *L'indépendance de Maurice devant les juridictions internationales*; Hambyrajen Narsinghen (University of Mauritius), *Constitutional Reforms in Mauritius since Independence*; Shivani Georgijevic (University of Mauritius), *Rights of minors in the Mauritian Constitution*; Bernard Georges (Judge of the Court of Justice for the COMESA), *The role of Regional Courts and their Relationship with their Member States*.

We want to express our many thanks to all contributors of this book and participants of the colloquium, as well as to the French Ambassador, S.E.M. Emmanuel COHET and the German Ambassador, S.E.M. Harald GERIG for their support and attendance to this colloquium. Our warm thanks go as well to Professor Dhanjay JHURRY, Vice-Chancellor of the University of Mauritius, who hosted this conference. We also want to thank the H.E.M. Paramasivum Pillay VYAPOORY, G.O.S.K, Vice-President of the Republic Mauritius and Honourable Maneesh GOBIN, Minister of Justice for their valuable attendance to the opening ceremony of the conference.

Jacques Colom, Stéphanie Rohlfig-Dijoux
Nanterre Paris, La Réunion, December 2018



© *Photografin: Karla Fritze*

Contenu / Content

Avant-propos <i>Dominique Lottin</i>	17
Le Conseil constitutionnel français et les lois financières <i>Michel Charasse</i>	19
Discours du 14 mars 2018 <i>Johannes Masing</i>	27
 <i>Part I</i>	
L'écriture et la pratique constitutionnelle au service du développement démocratique à Maurice en intégrant en particulier l'application du principe de la séparation des pouvoirs Constitutional Writing and Practice for Democratic Development in Mauritius, including the Application of the Principle of Separation of Powers	
Contribution of Law Reform Commission to the Strengthening of Constitutionalism in Mauritius <i>Pierre Rosario Domingue</i>	37
Specific Features of the Mauritian Constitutional System <i>Milan Jn Meetarbhan</i>	53
Application of the Separation of Powers Mechanism in a Unicameral Framework: the Case of Mauritius L'application du mécanisme de séparation des pouvoirs dans un cadre monocaméral : le cas de l'Île Maurice <i>Varsha Mooneram Chadee</i>	69

PART II

Prospects for the Adoption of Second- and Third-generation Fundamental Rights in Mauritius: Refusal of the Colonial Office, Comparative Approach on the Impact of such Rights Perspective de l'adoption des droits fondamentaux de la deuxième et de la troisième génération à Maurice : le refus du Colonial Office, l'approche comparative sur l'impact de ces droits	
Protection constitutionnelle égalitaire et non discriminatoire du droit à la santé à Maurice <i>Jacques Colom</i>	83
Protecting fundamental rights in the European Union: Competing approaches by the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union <i>Christian Kohler</i>	99
Quelques réflexions sur l'environnement et la Constitution mauricienne <i>Odile Lim Tung</i>	113
L'intégration juridique des acteurs de protection de l'environnement : pour un renouvellement de la démocratie <i>Aurélie Fontaine</i>	135
 <i>PART III</i>	
Independence of the Constitutional Court and the Judiciary L'indépendance du juge constitutionnel et du pouvoir judiciaire	
Le statut du juge constitutionnel <i>Dominique Lottin</i>	161
Role and independence of the Federal Constitutional Court of Germany <i>Michael Eichberger</i>	169

Le Juge Constitutionnel et le Statut du Parquet : Le Cas du DPP Mauricien <i>Satyajit Boolell</i>	175
The protection of judicial independence under German Constitution and EU Law <i>Götz Schulze</i>	183
L'accès à la justice constitutionnelle à Maurice dans la Constitution de l'indépendance (1968-2018) <i>Olivier Desaulnay</i>	193
Les droits de la défense: analyse de droit comparé franco-mauricien <i>Romain Ollard</i>	209
La République de Maurice, du formel au substantiel : d'un modèle à l'autre <i>Didier Blanc</i>	225
The contribution of the Constitutional Judge to the Development of Mauritian Law <i>Arvin Halkboree</i>	241
L'interprétation constitutionnelle évolutive en contexte de décolonisation: le cas de la dépénalisation des relations sexuelles entre hommes <i>Yves Goguen</i>	249
 <i>PART IV</i>	
Comparative Constitutional Justice in the Indian Ocean Area La justice constitutionnelle comparée dans la région de l'océan Indien	
Seychelles' Constitutionalism <i>Mathilda Twomey and Joelle Barnes</i>	265

La Haute Cour Constitutionnelle et l'Etat de Droit <i>Jean Eric Rakotoarisoa</i>	285
Le développement constitutionnel dans les Etats du sud-ouest de l'Océan indien <i>Jocelyn Chan Low</i>	291
The development paths favoured by the Mascarenes and the Seychelles, and its the constitutional consequences for the IOC and the European Union <i>Victoria Roux</i>	307
Constitutional Rights as a Pillar for sustainable administration of Justice. A Focus on Mauritius <i>Vitriyaiye Teeroovengadum</i>	319
The challenges of European Constitutions regarding multicultural societies Le défi des Constitutions européennes face aux nouvelles sociétés multiculturelles <i>Marie Rossier</i>	335
 <i>PART V</i>	
Economic and Social Rights and their Indirect Protection by the Strasbourg Court Les droits économiques et sociaux et leur protection indirecte par la Cour de Strasbourg	
Constitutional Protection of Investments in Domestic, European Union and International Law La protection constitutionnelle des investissements en droit interne, en droit de l'Union européenne et en droit international <i>Stéphanie Rohling-Dijoux</i>	349
The Constitutional Revision Law Review - Comparative Approach Mauritius-France <i>Rémi Barrué-Belou</i>	365

Socio-economic rights : useful ways of dealing with the aftermath of slavery	377
<i>Didier Michel</i>	
Constitutional requirements for the deployment of Germany's Armed Forces	391
<i>Kerstin Peglow</i>	
The Perilous Balance between Legal Protection of Adults and their Fundamental Rights and Freedoms : A Comparative Study of the Rights of French and German Guardianship	403
<i>Charles Walleit</i>	
The hereditary reserve in comparative Franco-German International Private Law.	417
<i>Aurélien Lortholary</i>	
Le système de représentation politique mauricien : entre symbole et nécessités démocratiques	429
<i>Josselin Rio</i>	
Building a common identity in a multicultural society through electoral rules, the case of Mauritius	451
<i>Régis Lanneau</i>	
List of Contributors	469

Avant-propos

Dominique Lottin

Membre du Conseil constitutionnel français / Member of the French Constitutional Council

A l'occasion du cinquantenaire de l'indépendance de Maurice, un colloque co-organisé par les facultés de droit de Paris-Nanterre, de La Réunion, de Potsdam, franco-allemande et de Maurice s'est tenu du 14 au 16 mars 2018. Portant sur le développement constitutionnel de Maurice il a permis à des universitaires, à des historiens et à des professionnels du droit constitutionnel français, allemands et mauriciens de comparer leurs analyses et leurs pratiques.

La conférence inaugurale a été présidée par Monsieur Maneesh GOBIN, Attorney Général, Ministre de la Justice de Maurice en présence du Vice-Chancelier de l'université de Maurice, le professeur Dhanjay JHURRY et des ambassadeurs d'Allemagne et de France.

Quatre modules ont suivi respectivement consacrés :

- A l'histoire du développement politique, économique et social de Maurice depuis 1968 et au développement d'une jurisprudence constitutionnelle dans ces domaines ;
- Au principe de la séparation des pouvoirs, la protection des droits fondamentaux, la réforme électorale et le « best loser system » ;
- L'indépendance du juge constitutionnel et du pouvoir judiciaire ;
- Les droits économiques et sociaux et leur protection indirecte par la Cour de Strasbourg ;

Un public nombreux composé de juges constitutionnels, d'avocats, d'universitaires et d'étudiants en droit a suivi trois jours durant les conférences particulièrement riches d'enseignements.

La publication des actes du colloque permet d'appréhender la richesse des contributions de chaque intervenant. Quelques lignes forces peuvent en être dégagées.

En premier lieu, la Constitution offre à chaque Etat, la garantie d'un fonctionnement démocratique des institutions. Fruits de l'histoire de la Nation et adaptées au contexte local, les constitutions sont diverses mais elles ont en commun le respect des droits fondamentaux dont les péri-

mètres sont définis concomitamment par les cours européennes et les juridictions nationales.

En deuxième lieu, il apparaît que tous les champs d'activité sont désormais investis par le droit constitutionnel dont les jurisprudences les plus récentes portent sur les droits sociaux et économiques comme environnementaux. Droit vivant, il a su s'adapter aux évolutions de nos sociétés et fixer des normes qui s'imposent au législateur et aux juges.

Enfin, la comparaison des pratiques en Allemagne, en France ou à Maurice a permis de mettre en évidence la volonté de chaque Etat de se doter d'une cour constitutionnelle indépendante et performante dont l'autorité est ainsi désormais incontestable.

L'organisation de cette manifestation a permis de démontrer une nouvelle fois que Maurice est une terre d'accueil multiculturelle qui sait s'enrichir de la force de chacune des communautés qui la composent et qui ont écrit son histoire. Nul doute que ce colloque sera prolongé par des propositions de réforme de sa Constitution à l'image des nombreuses réformes déjà intervenues ou en cours en Allemagne ou en France.

Le Conseil constitutionnel français et les lois financières

Michel Charasse

Membre du Conseil constitutionnel français / Member of the French Constitutional Council, ancien Ministre du Budget,

Discours du 14 mars 2018

The Role of the Constitutional Council in Financial and Tax Policy Control

Monsieur le Président, Messieurs les Ambassadeurs d'Allemagne et de France,

Mesdames, Messieurs les Doyens et Professeurs,

Chers collègues de la Cour constitutionnelle de Maurice et des Cours invitées, notamment la Cour Fédérale d'Allemagne avec laquelle le Conseil Constitutionnel de la République française entretient des liens étroits,

Chers intervenants, Chers invités, Mesdames et Messieurs,

Avant d'aborder le sujet qui va m'a été imparti par les organisateurs de cette belle réunion, permettez-moi, au nom du Président Fabius et du Conseil Constitutionnel de la République française, de souhaiter bon anniversaire et bonne chance aux droits humains, aux libertés fondamentales et à la démocratie à Maurice. Cette île vaillante et dynamique se développe et se modernise à grands pas !

Je le constate chaque fois que je viens chez vous – aujourd'hui pour la troisième fois ! – mais je n'ai pas besoin de chercher les causes de cette situation : c'est à la liberté que Maurice doit sa prospérité et l'espérance de ses habitants !

La liberté qui repose sur la tolérance entre peuples de multiples et diverses origines qui, au milieu de ce vaste océan, se sont regroupés pour constituer le peuple Mauricien, tolérance qui constitue un modèle dans notre monde tellement déchiré, et qui suscite notre envie, en Europe et ailleurs, tant l'intolérance et les antagonismes entre communautés humaines soufflent tous les jours sur la braise et font couler trop souvent tant de sang !

Merci donc à l'île Maurice et à son université pour cette invitation qui nous rappelle, à nous Français, les liens étroits et historiques qui unissent

la France à Maurice, et, pour les juristes, ce qu'il en reste aujourd'hui encore en matière de droits fondamentaux, depuis les Capitulations de 1810.

Ce droit français, issu lui-même souvent des antiquités gréco-latines, que vous avez soigneusement préservé et qui perdure, en cohabitation pacifique avec la Common law et le droit anglo-saxon, sans doute premier exemple de ce qui sera, presque un siècle plus tard, la fameuse "Entente cordiale" entre la France et le Royaume-Uni.

C'est dire le plaisir que nous avons, ma collègue la Première présidente Dominique Lottin et moi-même, de nous exprimer devant vous, d'autant que le Conseil constitutionnel de la République française est invité à Maurice pour la première fois. C'est vrai que nous sommes une institution tout à fait nouvelle dans la Constitution française, née seulement en 1958, dix ans à peine avant votre propre Constitution.

Avec Dominique Lottin, nous nous interrogeons depuis notre arrivée : mais comment avons-nous pu vivre toutes ces années sans nous rencontrer et nous connaître ? Même si nous fréquentons ensemble régulièrement l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français !

En tout cas, ce colloque va réparer cette longue séparation ! Et c'est à votre initiative ! Alors soyez en remerciés chaleureusement !

C'est à partir de la fin du XVIII^{ème} siècle, avec l'Indépendance américaine et la Révolution française, qu'est née l'organisation actuelle des grandes démocraties, organisation fondée sur deux éléments.

- d'une part, un Etat souverain qui repose sur un ensemble de droits
- d'autre part, et que l'on soit ou non en République ou en Monarchie, un Parlement à une ou deux chambres, élu au suffrage universel, et dont le premier rôle – c'est en tout cas ce qu'ont voulu faire les révolutionnaires français après leurs lointains prédécesseurs anglais de la Magna Carta au XIII^{ème} siècle et aussitôt après la jeune démocratie américaine –, dont le premier rôle, donc, est le consentement à l'impôt, à la dépense publique et le contrôle du Gouvernement qui recouvre l'impôt et en dépense le produit.

La démocratie parlementaire – que l'on soit en régime présidentiel ou parlementaire – est donc le fruit d'une banale question d'argent, d'impôt et de dépenses publiques ; Elle a abouti à une organisation des Etats et des pouvoirs qui reposent sur les droits et leurs garanties, tout ceci à partir de querelles financières et d'impôts dès le Moyen-âge en Angleterre et au XVIII^{ème} siècle chez ceux qui ont fait sécession pour créer les Etats-Unis avec le soutien des finances royales pourtant bien malades de la Monarchie française –

ce que nous ne regrettons pas ! – qui n'ont pu être d'ailleurs redressées qu'à la Révolution, en 1789 et après !

Paradoxalement cependant, cet aspect essentiel de la vie démocratique voulu par les peuples de nos Etats n'a pas toujours eu, dans nos Constitutions et nos pratiques institutionnelles, une place aussi centrale que celle voulue à l'origine par les premiers constituants !

Pour s'en tenir à cet aspect de nos régimes constitutionnels, l'impôt et la dépense publique, on peut dire que la France est aujourd'hui dans une situation plutôt originale avec l'installation du Conseil constitutionnel en 1959 et la manière dont il s'est peu à peu saisi du sujet budgétaire, financier et fiscal, prolongeant ainsi l'œuvre engagée, mais à postériori seulement, par les juges des comptes de la Monarchie – Chambres des comptes –, des Empires – Cour des comptes – et de la République avec la Cour des comptes et les Chambres régionales des comptes. Mais prolongeant l'action de ces institutions indépendantes, qui interviennent après coup, à la fois à priori et à postériori, proclamant la loi financière ou fiscale conforme ou non à la Constitution, – ce qui peut aboutir à l'abroger avant qu'elle entre en vigueur –, ou en l'annulant partiellement à postériori, en mettant ainsi un terme à ses effets contraires à la Constitution. Alors que les juges des comptes de la République française ne peuvent jamais anéantir une loi ni à priori, ni à postériori.

Ainsi, depuis 1789, il y a en France un Etat qui a un chef, et une organisation démocratique dont l'Etat est la colonne vertébrale ! Et au milieu de tous les droits fondamentaux que nous connaissons aujourd'hui et qui a un caractérisent les peuples libres, les constituants ont mis sous surveillance du Parlement, donc des élus du Peuple, les impôts, le budget et le contrôle de l'exécution des dépenses et des recettes, par l'intermédiaire du seul Parlement, donc des élus du peuple.

1) Le Conseil constitutionnel fait partie, au sein des institutions, de celles qui sont spécialement chargées de veiller au respect des grands principes et des règles de leur mise en œuvre.

- 1) Ainsi, il est juge de la conformité des lois ordinaires dont-il peut être saisi par le Président de la République, le Premier ministre, les présidents des assemblées parlementaires et soixante députés ou sénateurs, ceci avant la promulgation de la loi, c'est-à-dire avant son entrée en vigueur !
- 2) Le Conseil juge aussi, mais obligatoirement, les lois ayant un caractère "organique" défini comme tel par la Constitution, qui ne peuvent

entrer en vigueur qu'avec son agrément et doivent évidemment être conformes à la Constitution, ce qui oblige les lois ordinaires à la respecter. Or, certaines matières législatives sont réglées en vertu de lois organiques, notamment le budget de l'Etat et celui de la Sécurité sociale dont la discussion et le vote sont ainsi très encadrés, comme d'ailleurs certains traités soumis à ratification parlementaire, notamment financiers et fiscaux.

- 3) Le Conseil constitutionnel contrôle aussi obligatoirement les Règlements des assemblées parlementaires qui ne peuvent pas entrer en vigueur sans son accord et dont la méconnaissance peut entraîner l'annulation d'une loi votée au terme d'une procédure inconstitutionnelle devant l'Assemblée nationale ou le Sénat.
- 4) Enfin, depuis 2010, les citoyens à l'occasion d'un procès, peuvent soulever une exception d'inconstitutionnalité s'ils estiment qu'on leur applique une loi contraire à la Constitution. Cette exception, si elle est acceptée par le Conseil d'Etat ou par la Cour de Cassation, arrive alors au Conseil Constitutionnel sous la forme d'une "question prioritaire de constitutionnalité" (QPC) et peut donner lieu à l'annulation de tout ou partie de la disposition législative renvoyée.

II) Les lois de Finances et de financement de la Sécurité sociale, dont l'adoption est enserrée dans des délais stricts, sont votées selon les modalités prévues par deux lois organiques, donc déclarées conformes par le Conseil Constitutionnel

Celui-ci est donc particulièrement vigilant sur le respect de la Constitution et des lois organiques à l'occasion du vote des lois financières, dont le domaine d'intervention est strictement encadré par l'article 34 de la Constitution précisé et complété par les deux lois organiques.

- 1) L'impôt fait partie intégralement du domaine d'intervention des lois financières – assiette, taux et modalités de recouvrement – mais les lois financières n'en ont pas l'exclusivité. L'impôt peut donc aussi relever d'une loi ordinaire, ce qui est fréquent et parfois source d'une certaine pagaille !
- 2) En revanche, certaines dispositions financières ou budgétaires ne peuvent relever que des lois financières et sociales, à l'exclusion de tout autre texte non financier ou concernant les finances sociales !

III) La compétence du Conseil Constitutionnel touche donc à la fois le respect des procédures de vote des lois financières et de finances sociales et leur contenu.

Ainsi, parce que les dépenses avaient été votées avant les recettes au mépris de la règle de l'équilibre budgétaire, la loi de Finances pour 1980 a été entièrement annulée par le Conseil Constitutionnel fin décembre, huit jours avant le début de l'exercice budgétaire.

- 1 le domaine des lois financières est strictement limité par les lois organiques : tout ce qui n'est pas prévu par elles ne peut pas y être inscrit. C'est ce que nous appelons les "cavaliers budgétaires", que le Conseil Constitutionnel annule chaque année par dizaines parce qu'ils n'ont rien à voir avec la matière couverte par les lois organiques.
- 2 la préparation des projets financiers annuels doit être conforme aux procédures imposées par le Traité budgétaire européen de 2012. Le Traité est mis en œuvre par les lois organiques et toute violation de ses dispositions est sanctionnée par le Conseil, après avis d'un Haut Conseil des Finances publiques indépendant des pouvoirs politiques, qui se prononce sur la sincérité des prévisions et des évaluations de recettes, de dépenses et d'équilibre, avis sur lequel le Conseil Constitutionnel s'appuie pour apprécier la conformité de la loi et notamment sa sincérité, exigée par la Constitution.
- 3 la Constitution comporte des délais d'examens très limités, dont la méconnaissance peut entraîner l'annulation de la loi financière. Car si le Parlement ne respecte pas les délais, la loi relève alors de la seule compétence du Gouvernement agissant par voie d'ordonnances et le Parlement est dessaisi ! Continuité de l'Etat oblige.

IV) Tous les principes constitutionnels fondamentaux, notamment ceux qui découlent de la Déclaration des Droits de 1789 du Préambule de la Constitution de 1946 des principes fondamentaux reconnues par les lois de la République et la Charte de l'Environnement s'appliquent aux lois financières.

- 1) Il en est ainsi en particulier :
 - du principe d'égalité devant la loi et devant l'impôt
 - du principe d'égalité devant les charges publiques
 - de l'interdiction des impôts confiscatoires

- des droits de la défense face aux procédures de contrôle et de vérification fiscales et douanières
 - du domaine de la loi qui couvre l'ensemble des impositions de toutes natures ainsi que la création et les principes des cotisations sociales dont le taux relève toutefois du décret gouvernemental
 - des opérations d'emprunt et de trésorerie de l'Etat, qui relèvent de la loi de finances
 - des opérations d'emprunt assurant l'équilibre des finances sociales
- 2) La violation de ces règles et principes a conduit le Conseil à prononcer, à priori ou a postériori, de nombreuses non conformités avec annulation de la loi :
- la création d'une taxe "carbone" en 2009 qui taxait plus fortement les petits pollueurs que les gros ! Sous la présidence de M. Sarkozy.
 - la création d'un impôt de 75% sur les hauts revenus, sous la présidence de M. Hollande, qui ne respectait pas le quotient familial qui s'applique normalement à tous les revenus soumis à l'impôt sur le revenu.
 - l'annulation de certaines dispositions baptisées "redevances" alors qu'il s'agit d'impôts !
 - l'annulation de certaines dispositions fiscales ou financières tellement complexes qu'elles auraient été incompréhensibles pour beaucoup de contribuables au nom du principe constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

V) Le Conseil veille également à ce que :

- le Parlement dispose de la plus large compétence pour le vote des lois financières dont la préparation, mais seulement elle, est soumise à un strict encadrement par le Traité budgétaire européen.

Mais ce Traité n'encadre toutefois pas le vote du Parlement ! Seulement la préparation des projets par le Gouvernement.

Le Gouvernement dispose lui toujours de la plus large compétence pour l'exécution des lois financières afin d'assurer la continuité de la vie nationale et celle de l'Etat, qui peuvent exiger des annulations ou des ouvertures de crédits en urgence par voie réglementaire.

- la prérogative du Gouvernement en matière de dépenses publiques soit respectée : seul l'exécutif peut créer ou augmenter une dépense publique ! Le Parlement fait ce qu'il veut pour accepter ou refuser mais ne peut proposer que de réduire ou de supprimer une dépense !

VI) *Le Conseil constitutionnel a réglé de très nombreux contentieux fiscaux dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité, dont 30 à 40% concernant le domaine fiscal ou financier !*

Ainsi, à l'automne 2017, une taxe de 3% sur les produits financiers a été déclarée contraire à la Constitution en raison de la violation du principe d'égalité devant les charges publiques, obligeant l'Etat à restituer plus de 10 milliards d'euros de contributions perçues dans des conditions contraires à la Constitution.

VII) *Enfin, le Conseil constitutionnel a accepté d'examiner des questions prioritaires de constitutionnalité portant sur l'article 15 de la Déclaration des Droits de 1789 selon lequel "la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration"*

Ainsi le Conseil pourrait-il être conduit à sanctionner des lois financières ou autres soustrayant le domaine fiscal, budgétaire ou financier au contrôle des institutions et corps d'inspection et de contrôle chargés de contrôler le recouvrement des recettes ou l'exécution des dépenses publiques, Cour et Chambre des Comptes, inspections générales mais aussi le Parlement, etc...

Je pourrais multiplier les exemples d'interventions du Conseil constitutionnel dans le domaine des lois financières car sa jurisprudence est particulièrement abondante, notamment depuis 1974 quand une minorité qualifiée de députés et sénateurs a été autorisée par la Constitution à saisir le Conseil avant la promulgation de la loi, et depuis 2010 quand est intervenu le droit pour les citoyens de saisir le Conseil à posteriori par les questions prioritaires de constitutionnalité.

Mais le temps m'est compté, comme pour tous les intervenants de ce matin, et je dois conclure.

Dans le domaine des finances publiques budgétaires et sociales, le Conseil n'a pas hésité à exercer ses prérogatives, quelles que soient les conséquences de ses décisions, non seulement pour le respect des principes et des garanties offerts aux citoyens, et qui sont à la base de notre régime démocratique, mais aussi pour obliger les acteurs publics – Gouvernement, Parlement et juridictions – à respecter les règles et procédures de vote de la loi.

Ainsi, il s'est montré fidèle à la volonté des constituants, exprimée dès 1789, dans le Préambule de la Constitution de 1946, dans la Charte de l'environnement et dans les grands principes reconnus par les lois de la Répu-

blique si bien qu'il est aujourd'hui considéré par l'opinion, les citoyens mais aussi les juristes, comme l'un des piliers de la défense des droits des citoyens et des règles essentielles du régime républicain.

Et il s'est montré aussi fidèle à la volonté des constituants de 1958 en s'affirmant comme un "régulateur des pouvoirs publics", qui veille à éviter tout désordre dans le gouvernement de l'Etat, pour ne pas retourner aux errements des régimes précédents, qui ont failli menacer la République elle-même !

Je vous remercie de votre attention !

Discours du 14 mars 2018

Johannes Masing

Professeur et juge à la première chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande / Professor and Judge in the First Chamber of the German Federal Constitutional Court / Professor und Richter des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts

Salutations de la Cour constitutionnelle fédérale allemande,

J'ai le grand plaisir de vous transmettre les salutations de la Cour constitutionnelle fédérale allemande pour ce colloque consacré au 50^{ème} anniversaire de l'indépendance de la République de Maurice. Mon collègue le professeur Eichberger et moi-même sommes très heureux d'être ici pour fêter avec vous cet anniversaire. Ce ne sont pas seulement la beauté et aussi la quiétude de ce pays – certes, très attirantes, qui ont motivé notre venue. Nous sommes aussi et surtout venus vu l'évolution impressionnante des structures politiques de la République de Maurice depuis son indépendance il y a 50 ans. Même si l'île Maurice n'est qu'une petite île dans un grand océan agité, dans le monde tel qu'il est aujourd'hui, cette évolution est source d'espérance.

La situation politique de Maurice après 50 ans d'indépendance est un exemple de réussite. Pour preuve : Dans l'Index de démocratie de *The Economist* Maurice est classée 18^{ème} sur 167 et elle y est l'un des rares pays à être considéré comme étant une démocratie pleine – le seul des pays d'Afrique. Dans l'index de liberté économique de *la Fondation Heritage* et du *Wallstreet Journal* elle figure à la 21^{ème} sur 180, et enfin dans l'index de compétitivité mondiale, elle est au premier rang des pays africains. En conséquence Maurice dispose du revenu par tête d'habitant le plus élevé d'Afrique. Et dans de nombreux autres domaines encore, elle figure en tête des pays du continent africain. Si sa place dans l'index mondial de la liberté de la presse de *Reporters sans frontières* est moins avancée, force est de constater que la place occupée – la 54^{ème} – n'est finalement que quatre places derrière l'Italie.

Certes, nous savons qu'il faut prendre ces indices avec précaution et il faut les interpréter. Et assurément, la paix sociale, la stabilité intérieure et le respect effectif des libertés fondamentales restent, pour la République de Maurice aussi, de grands défis à relever. Une manifestation consacrée au développement constitutionnel ne peut se contenter d'autosatisfaction, bien au contraire, elle doit toujours prendre en compte aussi les nouveaux défis juridiques qui se posent. Cela étant, sur ce point Maurice ne diffère pas beaucoup d'autres États. Maurice n'est pas seulement un État prospère, c'est aussi, comparé à d'autres pays, un État bâti sur un fondement constitutionnel solide. Jadis repaire de pirates, l'Île Maurice est désormais une passerelle entre l'Afrique et l'Europe.

Je souhaiterais particulièrement féliciter les organisateurs de ce colloque pour leur choix du sujet de la manifestation. Je vois une portée symbolique forte dans le fait que vous n'avez pas mis au centre ni le droit des affaires, ni le droit du cyberspace, ni le droit international, mais le droit constitutionnel et la juridiction constitutionnelle. Cela nous amène au cœur de la réflexion juridique de l'Europe continentale. Et cela s'inscrit dans la continuité de ce pays cosmopolite qui suit sa propre voie sans perdre de vue son attachement à l'Europe. Cela est vrai pour l'intégration dans la tradition juridique anglo-saxonne qui est manifeste dans le maintien des voies de recours au *Judicial Committee of the Privy Council* de la Reine d'Angleterre. Et cela est vrai pour la tradition française et – plus large – continentale, que nous discutons ici.

Le propos de votre colloque est donc d'examiner le concept de constitutionnalité dans l'Europe continentale. Et pour ce faire vous instaurez le dialogue avec deux tribunaux constitutionnels du cœur de l'Europe, le Conseil constitutionnel français, la cour qui a énormément gagné d'importance ces dernières années, et la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dont les compétences sont traditionnellement particulièrement vastes. Votre choix montre que ni la taille de ce petit pays, ni son éloignement ne l'empêchent de s'intéresser aux pratiques des pays du cœur de l'Europe. Et votre choix montre surtout que vous accordez un rôle fondamental à l'État de droit comme fondement de la communauté nationale. Je souhaiterais insister sur ce point car (comme vous) je suis en effet profondément convaincu que la croissance économique, la prospérité et une société juste et stable ne peuvent se développer que sur le fondement d'un État de droit. Un corps judiciaire efficace doté en outre de compétences constitutionnelles (comme c'est également le cas de la Cour suprême de Maurice) est un fondement essentiel de l'État de droit.

Réfléchir sur ce qu'est un État de droit c'est réfléchir aussi sur son rapport à la démocratie. Cette réflexion est d'une grande actualité – en Afri-

que, en Europe, dans le monde. J'en développerai ici quelques volets pour ouvrir ce colloque.

Dans l'adhérence au contrôle de constitutionnalité, les notions d'Etat de droit et de démocratie sont liées. Il s'agit de deux éléments de l'Etat moderne qui sont interdépendants : Une démocratie qui n'est pas un Etat de droit n'est pas une démocratie, un Etat de droit qui n'est pas une démocratie n'est pas un Etat de droit. Les deux sont indissociables. Il en ressort dès lors que le défi posé à la constitutionnalité comme Etat de droit démocratique est grand.

Préserver et comprendre la relation entre ces deux éléments sont des gageures importantes, particulièrement aujourd'hui. On a tendance à oublier que la démocratie, ce n'est pas la simple loi de la majorité et que l'invocation de la majorité comme seul principe de légitimation conduit vite au despotisme. Si nous regardons ce qui se passe dans le monde ces dernières années, l'évolution des structures constitutionnelles est une source progressive d'inquiétude. Après 1990, on avait dans un premier temps l'espoir que les idées d'Etat de droit et de démocratie s'imposeraient progressivement. Même dans les pays de régime jadis autoritaire et totalitaire on a vu apparaître au moins les prémisses d'un ordre constitutionnel et s'installer un ordre politique plus modéré. Et pourtant, ces tendances ont été largement renversées. L'évolution politique en Chine, en Russie et en Turquie (pour ne citer que ces pays), montre que sous le couvert de prétendue majorité démocratique, ces états ne pratiquent avec cynisme et calcul rien d'autre qu'une politique de force. Il est évident qu'il n'y a pas de tribunaux indépendants dans ces pays, encore moins des tribunaux constitutionnels avec des pouvoirs réels. L'exigence de légitimité politique y repose uniquement et directement sur l'assentiment de majorités organisées au niveau gouvernemental. Malheureusement, des tendances similaires commencent à se faire jour en Europe également. La Hongrie comme la Pologne voient en la démocratie l'application pleine et sans borne de la volonté majoritaire exprimée lors de la dernière élection. Elles détruisent les éléments constitutionnels de leur régime et par là la légitimation démocratique elle-même. Ce n'est pas un hasard si ce sont d'abord les Cours constitutionnelles qui ont été affaiblies, voire détruites, dans ces deux pays. Des tendances semblables commencent d'ailleurs à émerger dans nombre d'autres pays européens. Assurer l'équilibre intérieur devient plus difficile. Même aux Etats-Unis il est évident que la relation entre constitutionnalisme et démocratie est fragilisée.

Face à ces évolutions il est nécessaire de rappeler une caractéristique essentielle de la démocratie – une caractéristique, qui est la source même de sa légitimité et qui, historiquement, a toujours été pensée par ses pères – et

ses mères – fondateurs : Le pouvoir de la majorité n'est pas le pouvoir d'oppression de la minorité, c'est le pouvoir de conciliation. En quoi cela se manifeste-il ?

Un premier élément dans lequel la relation entre démocratie et Etat de droit apparaît est la séparation des pouvoirs. La séparation des pouvoirs est depuis toujours une des conditions préalables à l'Etat démocratique. Elle est un premier correctif du pouvoir majoritaire : La majorité actuelle ne peut pas s'imposer d'emblée, elle a face à elle des contre-pouvoirs issus de majorités autres ou antérieures. La séparation des pouvoirs n'a pas comme objectif d'installer une simple relation de force pour limiter le pouvoir public par la logique du pouvoir et du contre-pouvoir. C'est plutôt d'apporter un équilibre permettant une entente sur le fond. La collaboration des différentes forces doit permettre de trouver un équilibre qui prenne en compte la diversité de tous les courants.

Un second élément de la relation entre Etat de droit et démocratie réside dans le respect des libertés fondamentales. Les libertés fondamentales elles-mêmes incluent une limite du pouvoir majoritaire. Les libertés fondamentales sont plus que des droits particuliers de l'individu face aux excès de l'Etat. Elles sont la condition préalable intrinsèque de la démocratie dont une des caractéristiques est la limitation dans le temps du pouvoir en place et le changement possible de majorité dans le futur. Les libertés fondamentales sont en outre l'expression essentielle que le pouvoir majoritaire s'exerce toujours dans la garantie de la liberté individuelle de chaque citoyen – le pouvoir est un pouvoir au nom de tous pour tous. Le véritable pouvoir démocratique n'est pas destiné à imposer la vérité, bien au contraire, on lui confie de chercher des solutions qui, autant que cela est possible, permettent à chacun une vie selon ses propres vérités et ses propres idéaux. Les libertés fondamentales permettent à chaque individu de vivre selon ses convictions (liberté d'opinion), sa religion (liberté de religion), ses capacités et ses intérêts (liberté de profession), ses goûts en ce qui concerne la vie avec autrui (liberté d'association). Le fondement de ces libertés réside dans la reconnaissance de tous les citoyens comme étant par essence tous égaux, indépendamment de leur origine, de leurs convictions et de leur morale. L'Etat démocratique n'a ni religion ni morale, il a, en revanche, la mission de trouver un équilibre non-métaphysique pour rendre possible une vie dans la diversité ; et pour cela il se contente de réglementer les aspects extérieurs du vivre ensemble. Dans la démocratie fondée sur les libertés fondamentales, la question de la religion et de la morale n'est pas une question de majorité, c'est une question privée de l'individu.

Un troisième élément : Le régime démocratique est soumis aux procédures de l'Etat de droit. La majorité en place ne peut imposer ses pro-

grammes ni immédiatement, ni directement, ni sans contrôle aucun. Elle ne peut le faire que dans le cadre d'un processus procédural étalé dans le temps, dans lequel tous disposent des mêmes droits. Les décisions sont ainsi ralenties et rationalisées. La démocratie constitutionnelle est du même coup l'antithèse de la corruption.

Quatrièmement : L'état constitutionnel protège l'opposition, surtout au parlement. Il crée des structures qui donnent aux minorités au Parlement un forum d'expression efficace, des instruments effectifs de contrôle permettant l'expression de critiques. Là encore se manifeste le désir de trouver un équilibre qui à terme devra aussi faire ses preuves lors du changement de majorité. Cela est vrai aussi pour l'ouverture de l'appareil d'Etat à des agents, indépendamment de leurs convictions politiques. Là encore l'Etat démocratique est légitime seulement s'il est soumis à l'Etat de droit. La possibilité d'accéder à des fonctions d'ordre institutionnel sans appartenance à quelque parti politique que ce soit doit être garantie de manière efficace et l'opposition doit pouvoir disposer de droits d'information et d'expression réels.

Du fait de l'internationalisation, il faut probablement encore citer un autre élément – le cinquième : le respect des règles aussi dans le cadre des échanges internationaux. Les libertés fondamentales ne doivent pas s'arrêter d'exister aux frontières et les rapports entre les individus eux-mêmes doivent se faire dans le respect mutuel des ordres juridiques. A cela il appartient que les ordres juridiques ne soient pas organisés de telle manière qu'ils permettent à des étrangers de se soustraire à la loi en vigueur des pays où ils se trouvent. La majorité propre se relativise par le respect des majorités démocratiques d'autres Etats.

La sauvegarde des liens constitutionnels de la démocratie est la tâche essentielle du contrôle de constitutionnalité – que ce soit par des tribunaux spécifiques (comme le Conseil constitutionnel et la Cour constitutionnelle fédérale), ou par une Cour suprême qui dispose de son côté de compétences constitutionnelles. Le rôle de la juridiction constitutionnelle est particulièrement important notamment lorsqu'il s'agit de limiter le pouvoir de la majorité et de protéger la minorité. Les domaines essentiels de la jurisprudence, qui ont créé la renommée de notre Cour, sont : l'application conséquente de la liberté d'expression même si les opinions exprimées étaient contraires aux et polémiques envers les convictions de la majorité et même si elles s'attaquaient à des sujets touchant des tabous moraux (briser des tabous est – encore aujourd'hui – un combat à mener). Un autre champ d'action a été la protection contre les discriminations, d'abord des femmes, puis des homosexuels ou des transsexuels, de même que la protection des minorités religieuses (qui englobe la question du foulard islami-