

RAPPORT PORTUGAIS

rapporteur

José M. PIRES MACHADO

Conseiller à la Cour Suprême Administrative

1) *Prévision légale des pouvoirs de l'Administration*

Il n'y a pas de doute ni en droit portugais, ni dans le domaine des autres systèmes continentaux, sur les pouvoirs de l'Administration de modifier d'autorité la position des citoyens: là on peut trouver, justement, le critère de la définition de l'"acte administratif".

Les questions qui se posent, dès qu'on accepte ce point de départ, concernent la définition et les limites de ce pouvoir.

On peut dire que tout se reconduit à la détermination du contenu des principes de la légalité et de la séparation des pouvoirs, étant donné que la Constitution portugaise complète le premier avec la qualification de "démocratique": "l'État est soumis à la Constitution et trouve son fondement dans la légalité démocratique", établi l'art. 3, n. 2 de ladite loi fondamentale.

D'ailleurs, s'il est vrai que la séparation des pouvoirs est consacrée dans la Constitution, il y a aussi un devoir de collaboration entre les "organes de souveraineté", qui découle de l'interdépendance réciproque, établie aussi par le texte constitutionnel (art. 114, n. 1).

Dans ce contexte institutionnel, le problème se pose, dès lors, en ce qui concerne la définition des pouvoirs de l'Administration et de ceux des Tribunaux, eux aussi considérés, dans leur ensemble, comme "organes de souveraineté".

A la fin, tout va se reconduire à la définition de ce qu'on doit entendre comme "fonction juridictionnelle" et "fonction administrative", car la Constitution portugaise, en toutes ses versions dès 1976, fait l'attribution stricte de la première aux organes judiciaires, en interdisant de façon la plus absolue son exercice par l'Administration.

L'action de l'Administration a pour but la réalisation de l'intérêt public — finalité définie de façon positive — mais en respectant les "droits et intérêts protégés par la loi, des citoyens" — c'est la limite extérieure de cette action. On trouve ces principes dans l'art. 266 de la Constitution portugaise

Mais il y a encore une limitation plus étroite: l'Administration est soumise à la Constitution et à la loi (ce qui signifie que c'est la loi qui doit dire quelles sortes d'actions doivent être intentées), en respectant les principes de l'égalité, de la proportionnalité, de la justice et de l'impartialité: la simple imposition de ces limites nous laisse apercevoir que l'Administration dispose d'une large possibilité de définir les situations; autrement, il ne serait pas nécessaire d'établir ces paramètres.

D'un côté, soumission à la loi; de l'autre, une marge d'action très élargie, dans laquelle surmonte l'usage d'un pouvoir discrétionnaire.

Le pouvoir de modifier la situation des citoyens est plus fort dans le domaine du pouvoir de police, mais il existe aussi là où l'Administration a le rôle de "l'autre partie", dont le cas typique se place dans les relations de la fonction publique.

Ce pouvoir de modification existe encore dès que la loi le reconnaît: alors, la question qui peut se poser c'est celle de savoir de la conformité constitutionnelle de ces dispositions législatives, surtout du point de vue d'une éventuelle invasion du domaine judiciaire.

Il faut dire que les tribunaux portugais, y compris les tribunaux administratifs, ne peuvent pas appliquer ou faire usage de dispositions législatives qui violent des normes constitutionnelles: c'est la Constitution même qui l'interdit (art. 207).

Dans une vue d'ensemble, on peut dire que l'Administration portugaise a le pouvoir de modifier la situation des citoyens; que l'exercice de ce pouvoir dépend d'une disposition législative en conformité avec la Constitution qui, de son côté, ne permet pas l'exercice de fonctions juridictionnelles par des organes autres que les Tribunaux; que ce pouvoir établi par la loi peut admettre un large pouvoir discrétionnaire mais, dans cette hypothèse, c'est la Constitution elle-même qui oblige au respect de principes comme ceux de l'égalité, de la proportionnalité, de la justice et de l'impartialité.

2) *Définition légale des situations de fait*

Sur ces questions, nous pouvons avoir déjà une réponse dans les termes de l'exposé précédent.

Nous avons vu, en fait, que la loi peut accorder à l'Administration des pouvoirs de modifier la situation des citoyens, en reconnaissant une marge de pouvoir discrétionnaire, c'est à dire, une marge de choix des conduites, pour chaque cas d'espèce.

Si, par exemple, les pouvoirs de modification sont très restreints dans le domaine de la fonction publique (aujourd'hui soumise à la règle du concours public, selon la Constitution), il y a, par contre un choix plus élargi en ce qui concerne les pouvoirs de police; de toute façon, la police ne peut jamais prendre des mesures restrictives des droits fondamentaux sans la permission des Tribunaux.

Il faut dire encore — et ça peut éclairer ce que nous avons dit dans le précédent numéro — que l'Administration (soit centralisée, soit décentralisée) dispose d'un pouvoir réglementaire; en vue de la discipline et du contrôle de ce pouvoir, la Constitution établit que tout règlement doit faire mention expresse de la loi à réglementer ou de celle que confère la compétence pour la réglementation.

3) *Le raisonnement qui soutient les décisions administratives.*

Nous touchons, maintenant, la question de la motivation des décisions de l'Administration.

Le premier diplôme législatif établissant comme règle générale l'obligation de motiver les décisions (Décret-loi n. 256-A/77) a été publié le 17 juin 1977. Auparavant, la règle était celle de la non-obligation de motiver.

La loi de 1977 a fait une spécification très précise des situations dans lesquelles la motivation était obligatoire: des actes défavorables pour les droits du citoyen, ou ceux qui puissent imposer des devoirs, des charges ou des sanctions; des actes qui, dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, puissent affecter des intérêts légitimes; favorables ou défavorables, des actes qui portent une décision sur une réclamation ou un recours; des actes portant une décision en contraire d'une certaine prétention, ou d'un avis, d'une proposition ou d'une information; des actes portant une décision différente de celle qui est habituelle dans la pratique administrative ou découlant d'une différente interprétation d'une certaine norme juridique: finalement, des actes qui signifient la dérogation, la modification ou la suspension d'un autre acte administratif.

Il en résulte que l'obligation de motiver les actes administratifs couvre la plus grande partie de ceux-ci. Malgré son origine dans une loi ordinaire, sous-constitutionnelle, elle a été renforcée par la version de la Constitution, de 1982.

Cette année-là, le texte constitutionnel a obligé à motiver tous les actes administratifs qui puissent offenser les droits ou les intérêts protégés par la loi. Cette obligation a été maintenue dans la version de 1989, actuellement en vigueur.

La règle de la motivation est respectée par les Tribunaux administratifs avec une très grande rigueur, justement à cause du rôle qu'elle joue dans la défense et réalisation du droit au recours contentieux et aussi dans la nécessité que l'Administration fasse une réflexion complète sur ces décisions.

La motivation doit être claire, congrue et suffisante. On estime nécessaire qu'elle fasse connaître à un citoyen moyen les raisons par lesquelles on en a décidé ainsi.

Il est admis que la motivation soit une simple déclaration de concordance avec une information ou un avis; en ce cas, les exigences de la motivation doivent résider dans ces documents.

En ce qui concerne l'extension des détails de la motivation, la jurisprudence a consacré l'idée de que "la motivation est relative", c'est à dire, cette extension dépend du genre de l'affaire à décider, parce qu'il y en a dont une très détaillée motivation est impossible (par exemple, les décisions d'un jury sur les aptitudes des candidats).

Il n'y a pas, en rigueur, des exceptions à la règle de la motivation des décisions administratives: il y'a une spécification légale des cas dans lesquels la motivation s'impose et ces cas, comme il en résulte de ce qui vient d'être dit, couvrent une grande partie, peut-être la plus grande partie, des hypothèses.

4. *L'obligation d'acquiescer le point de vue de l'intéressé direct.*

Encore une fois, c'est la Constitution qui oblige la réglementation l'activité administrative à assurer la participation des citoyens dans la formation des décisions qui les concernent. Cette obligation est pourtant dépendante d'une loi (commune, c'est à dire, pas constitutionnelle) qui contient sa discipline. Seulement en 1991 a été publiée une loi sur la procédure administrative face à l'Administration (Décret-loi n. 442/91, du 15 novembre), qui a déterminée que son entrée en vigueur aurait lieu six mois après, c'est à dire, le 15 mai 1992.

Malgré cette imposition constitutionnelle et avant l'entrée en vigueur de ce Décret-loi, le droit administratif portugais n'avait jamais connu une obligation générale d'entendre le citoyen avant de décider; cependant, cette obligation existait déjà, par imposition légale, dans certains domaines comme, par exemple, celui de la procédure disciplinaire dans la fonction publique: dans ce domaine, aucune mesure de punition pouvait être prise sans que le fonctionnaire ait été invité à se prononcer sur la mesure disciplinaire prévue.

Cette règle a été étendue par la jurisprudence à toutes les mesures ayant un caractère de sanction.

D'après la nouvelle loi, le citoyen a le droit, en toutes sortes de procédure administrative, d'être entendu après la conclusion de l'instruction et avant la prise d'une décision définitive. L'autorité administrative qui préside à l'instruction décidera, dans chaque cas, si l'intéressé devra être entendu par écrit ou oralement; l'audition peut être dispensée quand les intéressés ont déjà fait connaître leur opinion ou si les éléments de la procédure montrent qu'ils conduiront à une décision favorable aux intéressés; il n'y aura pas lieu à l'audition de l'intéressé — ce sont les exceptions que la loi consacre — dans tous les cas où une décision d'urgence s'impose ou quand on peut raisonnablement prévoir que l'audition portera préjudice à l'exécution ou à l'utilité de la décision.

5. *Droit des intéressés de connaître les documents de l'Administration.*

Sur ce point de vue les droits des citoyens ont encore une fois une source constitutionnelle.

Avant la révision de 1989, la Constitution portugaise accordait aux citoyens le droit d'être informés, dès qu'ils le voulaient, sur l'état des dossiers dans lesquels ils étaient directement concernés; certes, ils avaient aussi le droit de connaître toutes les décisions définitives concernant leurs intérêts.

La portée pratique du premier de ces droits est discutable ou peut être discuté, notamment quand il est mis en relation avec la "règle de la réfutation unitaire", selon laquelle le recours contentieux de toutes les décisions prises pendant et dans le cadre de la procédure devant l'Administration, seulement moyennant le recours de la décision finale pourra avoir lieu. La question qui se pose, alors, c'est celle de savoir si on peut faire un recours en annulation contre la décision qui refuse le droit d'être informé du contenu des documents appartenants au dossier, ou s'il faut attendre la décision finale et en recourir avec le fondement de la violation de ce droit d'information (dans ce cas, certainement, seulement quand cette violation aura influencé la décision finale).

La question a été posée et tranchée dans un affaire devant la Cour Suprême Administrative; il s'agissait d'une demande d'information sur le dossier, présentée par l'avocat d'une personne soumise à une poursuite disciplinaire, et que l'Administration a débouté.

Saisie la Cour Suprême Administrative dans un recours en annulation de cette décision, l'Administration et le Ministère public ont soutenu qu'il n'y avait pas lieu à ce recours, mais seulement au recours contre la décision punitive finale.

La Cour Suprême Administrative, au sein de sa formation décidant en premier degré de juridiction, a décidé que le refus de la demande d'information était passible de recours en annulation, et l'a annulé (l'arrêt a été rapporté par le signataire de ces lignes). Cet arrêt (du 89-01-19, Affaire n. 26138) a, à son tour, fait l'objet d'un recours juridictionnel, devant l'assemblée plénière de ladite Cour Suprême; ce recours n'est pas encore décidé.

Le droit d'information sur lequel on vient de parler, quelque soit sa portée, ne connaît aucune exception.

La révision constitutionnelle de 1989 a introduit un autre droit d'une très grande importance: celui d'accéder aux archives et aux enregistrements publics. Ce droit ne concerne plus les intéressés tous seuls, mais les citoyens en général; il consacre le "système de l'Administration ouverte", qui exige des mesures législatives sous-constitutionnelles, c'est à dire, une loi commune.

En tout cas, la loi sur la procédure administrative, suscitée, contient déjà la réaffirmation du principe de l'Administration ouverte.

Cette loi, en consonance avec ce que dispose la Constitution, remarque les exceptions à ce principe, ce qui vaut dire au droit d'information: il y aura des dispositions spéciales concernant la sécurité intérieure et extérieure, l'investigation criminelle et la vie privée des citoyens.

En somme, si le droit d'être informé sur les documents d'un dossier concernant le citoyen est déjà directement réalisable, le droit de tout citoyen d'obtenir des informations sur un dossier quelconque reste dépendant de législation spéciale, pas encore survenue.

6. *Devoir de décider de l'Administration*

Dans des conditions très définies, l'Administration portugaise a le devoir de décider au moins sur les demandes présentées par les citoyens.

Cette affirmation trouve sa raison d'être dans le principe de la légalité qui oblige à prendre une décision sur une question posée en conformité avec les lois, en matière de la compétence légale de l'entité administrative saisie.

Cet énoncé donne déjà quelques indications sur les conditions exigés pour que l'Administration soit obligée de décider.

Premièrement, il doit y avoir une demande de décision, en ce sens qu'il ne suffit pas une suggestion, une demande d'avis, etc.

Deuxièmement, la demande devra concerner la compétence de l'entité demandée.

Une fois ces conditions remplies, l'Administration est obligée de décider. Son silence conduit à la formation de ce qu'en droit portugais on appelle d'acte "tacite", équivalent à l'acte implicite du droit français.

L'acte tacite a pour but de donner au demandeur la possibilité de faire un recours en annulation; en cas d'annulation, par le Tribunal Administratif, de cet acte fictif, l'Administration a le devoir, en exécution de la décision juridictionnelle, de faire ce qu'elle devrait avoir fait, c'est à dire, décider de façon expresse sur la demande du citoyen intéressé.

Une procédure d'exécution est prévue par loi, en admettant l'hypothèse de continuation du silence de l'entité administrative demandée. S'il est vrai que le contentieux des actes administratifs n'est pas, en principe, de pleine juridiction, il n'en est pas moins que, à la phase de l'exécution et devant la continuation de l'inactivité administrative, le Tribunal peut et doit, sur demande de l'intéressé, ordonner ce qu'il faut faire pour donner satisfaction à l'intérêt du demandeur; sur ce point on parlera avec plus de détail à propos de la treizième question.

La jurisprudence dit que l'Administration n'a pas le devoir de décider quand elle a déjà décidé sur la question soulevée; il s'agirait d'un acte confirmatif, que l'Administration n'a pas le devoir de pratiquer.

On entend, aussi, qu'il n'y a pas le devoir de décider quand cette décision résulte de l'usage d'un pouvoir discrétionnaire; autrement, l'intéressé pouvait obliger l'Administration à faire l'usage d'un pouvoir auquel la loi aura donné un caractère d'acte discrétionnaire. Cette solution semble acceptable dans les cas où le pouvoir discrétionnaire se situe dans la décision d'agir ou de ne pas agir; mais elle semble très douteuse quand le pouvoir discrétionnaire réside seulement, par exemple, dans le choix du contenu de l'acte.

Jusqu'ici nous avons parlé de l'obligation de décider une question moyennant un acte autoritaire doué d'une force légale de définition d'une situation juridique; mais il arrive aussi que l'Administration soit obligée, en vertu de ses fonctions, de faire ou de ne pas faire quelque chose, soit dans le cadre d'une obligation établie par la loi, soit en exécution d'un contrat administratif.

En tous ces cas, l'inaction de l'Administration est illégale, et tous les conduites ou omissions de conduites de l'Administration donnent lieu à indemnité par dommages-intérêts.

Les conséquences du silence de l'Administration, qu'on vient d'énoncer, constituent des solutions dès longtemps acquises par le droit administratif portugais. Mais récemment un autre moyen juridictionnel a été mis à la disposition des citoyens. La version constitutionnelle de 1982 a créé une autre sorte de recours ou action "pour la reconnaissance de droits ou d'intérêts protégés par la loi".

C'est un moyen nouveau, dont la signification et l'étendue attendent encore des solutions jurisprudentielles et doctrinaires; la loi établit que cette voie est seulement possible quand un autre moyen traditionnel ne soit pas valable; il semble que les exigences de la vie montrent petit à petit que ce nouveau moyen offre des possibilités inattendues au départ, surtout parce qu'on entend qu'il s'agit d'un moyen de pleine juridiction; dans une certaine mesure, cette voie offre des possibilités qui s'approchent de la "Verpflichtungsklage" du droit allemand.

7. *Le choix d'utilisation des pouvoirs.*

Certes, il y a beaucoup de situations dans lesquelles l'Administration peut choisir la façon d'utiliser ses pouvoirs, soit sur le point de vue d'agir ou de ne pas agir, soit sur celui du moment de son action ou du contenu de ses décisions. On pourra dire sans risque de grave erreur que ça se passe dans tous les systèmes de droit administratif européen: c'est, à la fin, le pouvoir discrétionnaire de l'Administration.

On entend qu'il n'y a pas des pouvoirs discrétionnaires "purs" ; d'une façon générale, il y a des pouvoirs reconnus par la loi, où les aspects discrétionnaires et les aspects liés se mélangent. Même dans le cas du pouvoir discrétionnaire le plus élargi, il y a toujours un aspect lié, celui du but ou de la finalité pour lesquels le pouvoir ait été accordé. L'usage de ces pouvoirs en vue d'une finalité diverse entache la décision d'illégalité (détournement de pouvoir).

L'usage des pouvoirs discrétionnaires n'est pas comparable à l'action libre des citoyens dans ses rapports mutuels.

Au-delà de son action soumise au droit public, l'Administration peut certainement intervenir dans le monde juridique en utilisant des moyens de droit privé. Ceci peut arriver soit parce qu'une entité agissant en principe par des moyens de droit public peut garder un certain domaine d'intervention dans le droit civil (par exemple, une commune qui a des immeubles en propriété privée), soit parce que l'entité administrative agit, en principe, en recourant aux moyens de droit privé, en vertu d'une option du législateur (c'est le cas, par exemple, des entreprises publiques comme les banques, les compagnies d'assurances, ou de transports).

En tout cas et dans la mesure où ces entités appartiennent à l'Administration publique, elles sont obligées de respecter les principes qui régissent cette Administration, notamment les principes de la légalité et de l'impartialité.

8/9) *Recours à des autorités non-juridictionnelles.*

En droit portugais, la réfutation d'une décision administrative doit être faite devant les tribunaux administratifs.

Cette affirmation n'oublie pas les cas dans lesquels un recours administratif (hiérarchique) est nécessaire ou possible; alors, l'acte "définitif, passible de recours en annulation, est celui de l'autorité supérieure saisie dans le recours administratif.

Certes, il y a des normes légales spécifiques, pour certaines relations juridiques, qui prévoient le recours devant une entité non-juridictionnelle; ou, au moins, devant une entité dont la nature administrative ou juridictionnelle est discutable. Etant donné que la Constitution, comme il fut déjà dit, réserve la fonction juridictionnelle aux tribunaux, il arrive qu'elle admet même que la loi commune puisse créer des formes sans caractère juridictionnel, pour la composition de conflits. Il s'agit, surtout, des organes d'arbitrage qui ne sont pas, évidemment, des entités administratives.

De toute façon, si l'on fait face à une entité administrative, il y aura lieu, toujours, à un recours devant les tribunaux administratifs; s'il s'agit d'un organe avec une nature juridictionnelle, alors il y aura aussi les moyens de recours devant les tribunaux, prévus par la loi de procédure.

Dans une hypothèse discutée et décidée au sein de la Cour Suprême Administrative et du Tribunal Constitutionnel, la loi prévoit la résolution d'un conflit d'intérêts sur une certaine matière (indemnité à cause de nationalisation) par une commission arbitrale; la résolution prise par cette commission doit obtenir l'approbation ou homologation du Ministre; il est encore établi par la loi que de la décision du Ministre il y aura recours devant la Cour Suprême Administrative.

Considérant que ce recours donne la garantie d'accès aux tribunaux, le Tribunal Constitutionnel a décidé, au moins dans une affaire, que la loi ne portait aucune violation de la Constitution; la Cour Suprême Administrative a pourtant et plus d'une fois jugé qu'il y avait cette violation; les arrêts considèrent surtout deux raisonnements: si la commission arbitrale est conçue comme un tribunal, il ne peut pas y avoir lieu à une approbation par le Ministre, parce que cette approbation serait inacceptable devant l'indépendance du Pouvoir Judiciaire; le recours de la décision du Ministre ne satisfait pas la garantie constitutionnelle d'accès aux tribunaux pour la résolution de conflits, parce qu'il s'agit d'un simple recours en annulation, sans la pleine juridiction que cette garantie postule pour le conflit concerné.

Mais — il faut le rappeler — ce sont des cas très rares dans la législation portugaise; et on entend toujours que l'accès aux tribunaux ne peut pas être affecté.

10. *Contrôle juridictionnel de l'activité réglementaire.*

Pendant très longtemps et jusqu'à une époque très récente, il n'y avait pas, en droit portugais, un contrôle juridictionnel de l'activité réglementaire, en général; le Code Administratif permettait cependant la réfutation directe des règlements de l'Administration locale.

Cette dualité de traitement ne trouvait aucune justification théorique; on pouvait seulement arriver à la conclusion que la loi voulait laisser échapper l'Administration centrale au contrôle direct de ses règlements.

La Constitution et la loi commune établissaient la garantie du recours en annulation des actes administratifs; mais on entendait — et on entend encore — qu'un acte administratif est un acte de portée individuelle et qu'un règlement n'a pas cette nature.

Ce système n'empêchait pas que l'illégalité d'un règlement pourrait être utilisée comme fondement d'un recours par excès de pouvoir; mais l'objet du recours devrait être toujours l'acte administratif qui aurait fait application du règlement illégal.

La situation législative a changé en 1985, moyennant la publication du Statut des Tribunaux Administratifs et Fiscaux (Décret-loi n. 129/84, du 27 avril).

Cette loi a introduit la possibilité d'une demande ou d'un recours ayant pour but l'annulation ou la déclaration d'illégalité des normes administratives. On a distingué deux hypothèses ou deux conditions pour saisir le tribunal administratif: la norme doit avoir été déclarée illégale en trois affaires (c'est à dire, dans le cadre de recours par excès de pouvoir contre trois différents actes administratifs); ou la norme produit ses effets directement, sans nécessité d'un acte administratif ou juridictionnel d'application.

Le citoyen a aujourd'hui, comme on voit, deux possibilités: celle de présenter un recours pour excès de pouvoir contre l'acte d'application d'une norme réglementaire illégale; et celle de réfuter la norme elle-même, quand les conditions sont réunies.

11. *La rapidité du jugement en matière de décisions administratives.*

La loi établit un délai pour que l'Administration décide les demandes des citoyens; comme règle générale, ce délai est de 90 jours, d'après le Décret-loi n. 256-A/77 (celui qui a établi l'obligation de motiver et introduit de nouvelles règles sur l'exécution des arrêts et jugements des tribunaux administratifs).

La passivité pendant cette période donne lieu à la formation de l'acte tacite (acte implicite) négatif (équivalent au refus de la prétension), qui permet à l'intéressé d'ouvrir la voie contentieuse, c'est à dire, faire un recours par excès de pouvoir contre ce refus.

Des lois spéciales, sur certains types de demandes ou d'affaires, établissent des délais différents et des conséquences différentes concernant la passivité administrative, par rapport à la règle générale.

Par exemple, les lois sur les lotissements et sur les permis de construire établissent des délais pour chaque avis ou information et aussi pour la conclusion de la procédure et décision finale; et dans chacun de ces cas, la passivité de l'Administration donne lieu à un "acte tacite positif", équivalent à une permission.

Malgré ces règles légales, il arrive fréquemment que la résolution des questions soit très tardive; soit parce que les citoyens n'utilisent pas le droit de recours, soit parce que ce recours ne peut pas donner satisfaction à tous les intérêts qui sont en jeu ou à toutes les questions que l'Administration peut soulever, il n'est pas rare qu'une résolution se fasse attendre pendant des années, dans des situations pour lesquelles la loi prévoit quelques mois.

Une fois introduit un recours par excès de pouvoir devant un Tribunal Administratif, la marche du procès est réglé par la loi; mais au sein des Tribunaux Administratifs il y a aussi des encombrements.

12. *Mesures temporaires à prendre par le juge.*

En droit portugais, une seule mesure temporaire peut être prise par le juge, dans le cadre d'un recours par excès de pouvoir: le sursis à exécution.

En règle, la simple introduction d'un recours dans un Tribunal n'a aucun effet sur l'exécution de l'acte administratif; mais l'intéressé peut demander le sursis, une fois vérifiées certaines conditions établies par la loi (Loi de procédure des Tribunaux Administratifs: Décret-loi n. 267/85, du 16 juillet).

La dite loi établit trois conditions: l'exécution doit probablement donner lieu à des dommages dont la réparation soit difficile; le sursis ne doit pas donner lieu à une grave lésion de l'intérêt public; le procès ne doit pas montrer de forts indices d'illégalité du recours lui-même.

La demande de sursis peut être présentée, au choix de l'intéressé, au même temps que l'introduction du recours ou avant cette introduction, mais jamais après elle.

La demande est notifiée à l'entité administrative qui a pris la décision, afin qu'elle puisse répondre. Cette notification a aussi l'effet de déclencher, par elle-même, le sursis provisoire jusqu'à la décision du Tribunal (sur le sursis); l'Administration peut éloigner ce sursis provisoire seulement moyennant une décision motivée qui reconnaît une grave urgence, vis à vis de l'intérêt public; aussi cette décision de l'Administration peut être attaquée devant le Tribunal.

Le sursis, une fois octroyé par le Tribunal, se maintient jusqu'à la décision finale du recours; la portée de cette règle n'empêche pas les décisions temporaires ou soumises à des conditions; elle signifie tout simplement qu'une fois décidée la demande de sursis, le Tribunal ne peut pas trancher une autre fois la même question; la nature temporaire ou conditionnée de la décision doit résulter dès lors du jugement initial.

La possibilité de demander le sursis à exécution a soulevé récemment une question concernant l'éventuelle inhérence du sursis au droit de recours ou, autrement dit, la question de savoir s'il y a un droit de demander le sursis.

La Constitution portugaise établit, sans aucun doute, le droit de recours par excès de pouvoir; d'autre côté, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme établit le droit à un recours "effectif devant les tribunaux; la Constitution portugaise dispose aussi que l'interprétation de ses normes concernant les droits et garanties individuels doit être faite en observant les principes établis dans cette Déclaration-là.

Alors, on peut poser la question de savoir si quand le seul moyen pour éviter un dommage réside dans le sursis à exécution, de telle façon que sans lui le recours devient entièrement "platonique", le droit à demander le sursis ne sera pas inhérent au droit de recours.

Une loi portugaise récente établit que certaines personnes, auxquelles on reconnaît la légitimité pour présenter un recours par excès de pouvoir, n'ont pas le droit de demander le sursis à exécution.

La Cour Suprême Administrative s'est prononcée à plusieurs reprises dans le sens que cette disposition viole la Constitution, d'un côté parce qu'elle porte offense au principe de l'égalité; d'un autre côté car, étant donné que seulement le sursis à exécution pourrait apporter quelque utilité pratique au recours, l'impossibilité de demander le sursis signifierait une méconnaissance du droit à recourir.

Le Tribunal Constitutionnel s'est prononcé pourtant dans un sens contraire; il a entendu que l'inégalité des situations justifie l'inégalité de la discipline légale; et que la Constitution donne seulement une garantie de recours; le droit de demander le sursis à exécution ne fait pas partie de cette garantie; c'est un "plus" accordé par la loi commune.

Nous avons vu qu'une des conditions légales pour qu'on puisse obtenir le sursis à exécution est que le procès ne doit pas montrer de forts indices d'illégalité du recours.

Cette règle est entendue par la jurisprudence comme concernant seulement aux illégalités de procédure (illégitimité des parties, recours tardif, acte non passible de recours, etc); jamais pourra-t-on entendre cette règle comme concernant les indices d'illégalité, interne ou externe, de l'acte administratif lui-même.

Comme il a été dit, le sursis à exécution est la seule mesure provisoire que le juge peut prendre, dans le cadre d'un recours par excès de pouvoir.

S'il ne s'agit pas d'un tel recours, il y a encore, d'après la loi de 1985, déjà cité, la possibilité d'introduire en tribunal une action pour la reconnaissance de droits ou d'intérêts protégés par la loi; ce moyen ne peut pas être utilisé quand il s'agit d'un cas dont la résolution doit être prise par un acte administratif passible de recours; mais, une fois admis ce moyen et étant donné qu'il s'agit de pleine juridiction, le juge peut prendre des mesures positives envers l'Administration, que celle-ci doit respecter: mais elles seront des mesures définitives (pas des mesures provisoires ou intérimaires) telles que l'Administration pourra prendre en résultat de la décision du recours par excès de pouvoir.

13. *Problèmes de l'exécution des arrêts des Tribunaux Administratifs, défavorables à l'Administration.*

Il fut dit maintes fois que le recours pour excès de pouvoir, en droit portugais, est un recours de simple annulation, pas de pleine juridiction. Il en résulte qu'une fois annulé un acte administratif par le Tribunal, c'est l'Administration qui doit rendre la situation à la légalité.

On entend que ce régime résulte des principes de la séparation des pouvoirs, qui ne peuvent pas tolérer l'immission de chaque organe de souveraineté dans les attributions des autres.

A la limite, cependant, les choses ne se passent pas avec cette pureté de concepts.

D'après le Code Administratif de 1940, l'exécution des arrêts des tribunaux administratifs, devant la passivité de l'Administration, devrait être demandée au juge mais celui-ci n'avait aucun droit de, par lui-même, ordonner l'exécution; il devrait donner connaissance de la demande d'exécution à une entité administrative qu'aurait l'autorité sur celle qui était responsable pour l'exécution.

Pour l'exécution des arrêts de la Cour Suprême Administrative qui auraient annulé des actes du Gouvernement, la loi (Règlement de la Cour Suprême Administrative) déterminait que l'inexécution par le Gouvernement serait présumée comme déterminée par impossibilité.

Ce régime a été radicalement changé en 1977 (Décret-loi n. 256-A/77, du 17 juin, suscité) qui a donné au juge tous les pouvoirs pour ordonner l'exécution et faire l'indication de tous les actes concrets que cette exécution puisse exiger.

L'Administration peut invoquer, pour ne pas exécuter l'arrêt, un "motif légitime d'inexécution", toujours basé en des raisons d'intérêt public; mais c'est toujours le tribunal qui décide si ce motif existe et justifie l'inexécution.

Dans le cas où le tribunal décide qu'il existe un motif d'inexécution, l'Administration doit payer à l'intéressé une indemnité, non seulement par les dommages motivés par l'acte annulé comme aussi par ceux auxquels l'inexécution donne origine.

L'inexécution des décisions des tribunaux sur la façon d'exécuter ses arrêts donne lieu à poursuite criminelle par désobéissance.

Les actes administratifs pratiqués en discordance d'un arrêt d'annulation d'un autre acte sont nuls, non seulement annulables (comme il en résulterait de la règle générale).

Dans ce système, le juge "saute" nettement sur les règles de la séparation des pouvoirs; on pourra dire que cette règle est encore maintenue en principe, comme règle "de courtoisie", en attendant que l'Administration ira accomplir ce qu'elle doit; mais, dans le cas où l'Administration ne fait pas ce qu'elle doit faire, la séparation des pouvoirs cède aux principes de l'interdépendance établie par la Constitution dans la même disposition qui consacre la séparation des pouvoirs.