

RESUME. — Adolf Merkl (1890-1970) fut l'un des premiers auditeurs de Hans Kelsen au sein de l'École de théorie du droit de Vienne. Il a appliqué la théorie pure du droit au droit administratif dans son traité de droit administratif général paru en 1927 (*Allgemeines Verwaltungsrecht*). Merkl a élaboré une véritable théorie générale du droit administratif ayant pour objet la connaissance de ce droit. Dans cette œuvre majeure, il entend définir le concept d'administration au regard de la législation et de la justice et il considère l'administration comme une fonction d'exécution du droit. Il s'interroge également sur l'acte irrégulier et la place du pouvoir discrétionnaire. Il démontre que ces deux questions sont indissociables de la théorie de la structure hiérarchique de l'ordre juridique et ne sont pas spécifiques au droit de l'administration.

Mots clé: Administration – théorie générale du droit administratif – hiérarchie des normes – acte irrégulier – pouvoir discrétionnaire.

ABSTRACT. — Adolf Merkl (1890-1970) was one of Hans Kelsen's first students at the Vienna School of Legal Theory. He applied the Pure Theory of Law to administrative law in his Treaty of general administrative law published in 1927 (*Allgemeines Verwaltungsrecht*). Merkl elaborated a general theory of administrative law from a strictly normative point of view. In this major work, he intends to define the concept of administration compared with legislation and justice and considers the administration as a function of execution. He also works on the irregular act and the place of the discretionary power. He demonstrates that these two issues cannot be dissociated from the theory of the hierarchical structure of the legal order and are not specific of the law of the administration.

Keywords: Administration – general theory of administrative law – hierarchy of norms – irregular act – discretionary power

## Aperçu de la théorie générale du droit administratif d'Adolf Merkl

Sandrine PINA

*Maître de conférences à l'Université de Savoie*

Adolf Julius Merkl (1890-1970), professeur de droit administratif à l'Université de Vienne, fut l'un des premiers auditeurs de Kelsen au début des années dix au sein de l'École de Vienne. Il a participé à l'élaboration de la théorie pure du droit qu'il a appliquée par la suite au droit de l'administration avec son traité de droit administratif général *Allgemeines Verwaltungsrecht* en 1927, ouvrage dans lequel il entendait aboutir à une connaissance scientifique du droit administratif.

Adolf Merkl fut le premier qui, en prônant les principes essentiels de la doctrine normativiste telle qu'elle a été formulée par Kelsen, a su construire une conception rigoureuse et dynamique de l'ordre juridique du point de vue purement juridique. Cette théorie est le fruit de plusieurs travaux. Merkl a rédigé notamment deux dissertations : « Das Recht im Lichte seiner Anwendung » (Le droit à la lumière de son application) en 1917<sup>1</sup> et « Das doppelte Rechtsantlitz » (La double face du droit) en 1918<sup>2</sup>. Sa conception sera plus achevée avec son illustre étude « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues » en 1931<sup>3</sup>.

Le traité de droit administratif général de Merkl s'inscrit donc dans cette continuité formelle en appliquant la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen à la théorie de l'administration. Cet ouvrage est d'ailleurs dédié à Kelsen (I). Merkl explorera ainsi une nouvelle définition de l'administration et s'interrogera sur toutes les questions fondamentales du droit administratif (II).

### I. — LA THEORIE GENERALE DU DROIT ADMINISTRATIF, UNE APPLICATION DE LA THEORIE PURE DU DROIT

Dans son traité de droit administratif, la théorie de la construction hiérarchique du droit joue un rôle majeur. Cette *Stufenbau der Rechtsordnung*

1 Adolf Merkl, « Das Recht im Lichte seiner Anwendung », *Die Wiener Rechtstheoretische Schule (WRS)*, I, p. 1167-1201.

2 Adolf Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz », *WRS*, I, p. 1091-1113.

3 Heinz Mayer, « Die Theorie des rechtlichen Stufenbaues », in Robert Walter, « Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre », *Schriftenreihe des Hans Kelsen Institut*, n° 18, Manz Verlag Wien, 1992, p. 37.

constitue la base de la théorie générale du droit administratif mais elle n'est pas explicitement exposée. Sa présentation la plus aboutie se trouve dans ses autres écrits et notamment les « Prolégomènes »<sup>4</sup>. Il convient donc au préalable de rappeler les concepts fondamentaux de norme et de gradualité du droit de Merkl.

### *Le concept de norme*

Merkl reprend la définition de la norme<sup>5</sup> de Kelsen, en tant que la norme règle la conduite des individus, se caractérise par la contrainte et constitue un *Sollen*, c'est-à-dire un devoir-être. Sous ce concept de devoir-être, il faut comprendre l'existence spécifique d'une norme qui ne peut pas être conçue par les sens, tandis que l'être (le *Sein*) signifie l'existence spécifique d'un objet sensoriellement palpable. La validité d'une norme ne peut être déduite d'un comportement dans le fait car ce n'est pas parce que *quelque chose est* que l'on peut en déduire que *quelque chose doit être*, comme on ne peut pas déduire que quelque chose qui doit être est effectivement. Considérant que la norme dépend du devoir-être et non de l'être, il faut en conclure que la norme n'a pas de valeur par rapport à la réalité des faits mais seulement dans son rapport à une autre norme. C'est pourquoi les normes d'un ordre juridique, en tant que système normatif, ne peuvent trouver leur fondement de validité que dans d'autres normes. Pour parler de système, il faut par conséquent intégrer la pluralité des normes constituant l'ordre juridique<sup>6</sup>. Seule l'unité de l'ordre permettra l'accès à une véritable connaissance du droit. Le concept de norme est donc théorique et constitue l'objet de l'élaboration d'un ordre hiérarchique.

Merkl part de la norme pour élaborer son système. Auparavant, seules étaient prises en compte les règles générales et non les règles relatives à des rapports de droit plus concrets<sup>7</sup>. Or, il n'y a aucune raison logique obligeant à

4 Adolf Merkl, « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues », *WRS*, II, p. 1311-1361. Article traduit et publié dans cette revue.

5 Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Mit einem Vorwort zum Neudruck von Robert Walter, Verlag Österreich, 1999, p. 78. Merkl parle tantôt de norme, tantôt de règle de droit, tantôt de proposition juridique. Dans sa terminologie, la norme et la règle de droit sont utilisées indifféremment. Les propositions juridiques (ou énoncés normatifs) sont, dans une perspective kelsénienne, utilisées pour décrire l'ordre juridique. C'est pourquoi Merkl utilise l'expression de *Rechtssätze* pour caractériser l'ordre juridique, car sa théorie vise à comprendre le droit. Ces propositions sont des éléments de compréhension de la structure d'un ordre juridique. La norme ordonne tandis que la proposition est une description, un jugement portant sur l'affirmation que, d'après un ordre juridique déterminé, tel acte de contrainte est déterminé. Merkl dit lui-même que sa recherche suppose le concept de proposition juridique tel que l'a présenté Kelsen.

6 *Ibid*, p. 98.

7 Hans Kelsen lui-même, dans son premier traité *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, publié en 1911, ne reconnaît que les normes générales. Selon lui, les actes juridiques individuels ne requièrent pas une attention spéciale dès l'instant où ils sont déterminés *in abstracto* par une norme générale. Dans la nouvelle édition de cet ouvrage en 1923, Kelsen indique – dans sa préface – l'évolution de sa pensée. Il va alors identifier sa théorie à celle de Merkl, intégrant dans la hiérarchie juridique les normes générales et les normes individuelles. Il écrit ainsi que « le profit revient de droit à Adolf Merkl qui a reconnu et exposé l'ordre juridique comme un système génétique de

limiter la notion de norme au seul cas de la règle générale. « La norme la plus générale, celle qui est valable pour le plus grand nombre de sujets de droit et qui est susceptible d'être appliquée au plus grand nombre de cas concrets, est liée par une longue série de normes intermédiaires, de moins en moins générales, à la règle la plus concrète, celle qui enfin n'est valable que pour une seule espèce, applicable une seule fois à cette espèce unique »<sup>8</sup>.

Il convient d'ajouter à cela la conception de Merkl concernant la distinction entre le droit objectif et les droits subjectifs. Seul le droit objectif représente, selon l'opinion traditionnelle, de vraies règles de droit tandis que les droits subjectifs sont considérés comme l'ensemble des obligations ou droits individuels et concrets des sujets de droit déterminés. Le professeur viennois Merkl met à la base de sa doctrine l'idée kelsénienne selon laquelle le droit est conçu sous la forme de normes juridiques, expressions de *Sollen*. Il convient donc de faire rentrer dans cet ordre juridique ce que l'on désigne traditionnellement par le droit subjectif<sup>9</sup>.

Également, Merkl opère une distinction de l'objet par la séparation entre la forme et le contenu des normes ou propositions juridiques. Il reconnaît que l'ordre juridique est composé d'un nombre infini de contenus juridiques et les formes de droit sont, quant à elles, limitées. « L'ordre juridique est un ensemble cohérent de propositions juridiques (*Rechtssätze*). Une analyse structurelle de l'ordre juridique reconnaît dans ses propositions juridiques non seulement un nombre absolument inépuisable de contenus juridiques mais également un nombre très restreint de formes juridiques, plus précisément de formes de propositions juridiques »<sup>10</sup>. Les formes de propositions juridiques permettent de regrouper les normes dans un cadre purement formel. Les différentes formes du droit sont issues de l'histoire du droit et sont aléatoires. « Par opposition à cette différenciation fondée sur le contenu des normes juridiques et sur la nature du droit comme ensemble de propositions juridiques (dont il existe plusieurs contenus juridiques discernables), la différenciation formelle de l'ordre juridique en plusieurs formes de propositions juridiques est devenue historico-juridique. Par conséquent, elle n'est pas essentiellement juridique mais au contraire fortuite »<sup>11</sup>. Cette conception formelle apparaît dans son traité de droit administratif<sup>12</sup> : « La variété des formes de l'activité administrative est largement dépassée par la multiplicité de leurs contenus »<sup>13</sup>.

normes juridiques qui, par degrés de concrétisation, continue d'avancer de la Constitution, au-dessus des lois et règlements et autres étages intermédiaires jusqu'à l'acte juridique individuel d'exécution ». Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Verlag von JCB Mohr, Paul Siebeck, Tübingen, 2<sup>e</sup> éd., 1923, p. XV. À ce propos, voir mon étude « *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Les fondements d'une théorie pure du droit » suivie de la traduction de la préface de 1923, in *Jurisprudence, Revue critique*, 2010, p. 61-86.

8 Franz Weyr, « La doctrine de M. Adolphe Merkl », *Revue internationale de la théorie du droit*, II, 1927-1928, p. 218.

9 *Allgemeine Verwaltungsrecht*, p. 137 et s.

10 Adolf Merkl, « Prolégomènes », *op. cit.*, p. 557.

11 *Ibid.*, p. 550.

12 *Allgemeine Verwaltungsrecht*, p. 172.

13 *Ibid.*, p. 225.

*La mise en place d'une « famille juridique » : la gradualité du droit*

La doctrine traditionnelle ne prenait en compte que les règles générales et non les règles particulières régissant des rapports de droit plus concrets. Merkl, au contraire, va s'intéresser aussi bien aux normes générales qu'aux normes dites spéciales. L'ordre juridique est composé de plusieurs types de règles de droit : des règles générales et des règles particulières. Merkl fait entrer tous les phénomènes juridiques autant qu'ils se prêtent à être considérés comme règles de droit, soit l'ensemble des normes concrètes et spéciales dans l'ordre juridique. L'ordre juridique dispose de plusieurs dimensions. Dès lors, Merkl émet l'idée d'une hiérarchie de normes, disposées par degrés suivant leur valeur juridique plus ou moins grande, et allant de la généralité à la concrétisation du droit. L'ordre juridique est considéré comme un système unitaire englobant tous les types de normes. Toutes les normes juridiques appartiennent à une hiérarchie, à une unité, la « *Rechtsfamilie* » (la famille du droit)<sup>14</sup>. Toutes les normes du système juridique relèvent d'une famille.

La théorie du droit par degrés adopte donc une nouvelle définition de la norme. Considérée auparavant comme étant exclusivement générale et impersonnelle, la norme – expression d'un *Sollen* – est un élément du droit objectif en tant qu'ensemble de dispositions générales et impersonnelles. Merkl considère que les situations juridiques, les actes concrets qui découlent de ces normes générales constituent, également, un *Sollen* sous la forme individuelle. Il admet ainsi qu'une norme peut être générale mais aussi individuelle<sup>15</sup>. Par voie de conséquence, l'ordre juridique doit intégrer les normes dites spéciales. La notion d'ordre juridique apparaît d'ores et déjà plus claire en considérant tous les actes normatifs identiques hiérarchisés quant à leur forme, quant à leur poids juridique. Le droit n'est pas seulement un ensemble de normes générales, il se concrétise. L'ordonnement juridique présente cette particularité d'être constitué de normes générales et impersonnelles mais également de normes individuelles ou concrètes. Sur cette base, Merkl va intégrer le principe dynamique. Les normes ne sont pas toutes du même degré, certaines sont subordonnées à d'autres. Les normes générales et les normes concrètes ne peuvent pas résider sur le même plan. De ce fait, les normes spéciales, individuelles, sont tirées de normes plus générales. La hiérarchie par degrés successifs va en valeur décroissante. L'ordre juridique se présente comme une hiérarchie, une *Stufenfolge* de phénomènes juridiques placés à un rang supérieur ou inférieur<sup>16</sup>.

Cette *Stufenbaulehre* – ou théorie de la formation de l'ordonnement juridique par degrés – a d'ailleurs un fondement dynamique que Merkl a posé très tôt comme pierre angulaire de son système. L'ordonnement juridique se présente comme un ensemble de normes et le facteur de cet ordonnement est créateur de normes. Les normes juridiques concrètes, plus précises, sont adoptées conformément aux normes juridiques plus générales. Elles sont

14 Gabriele Kucsko-Stadlmayer, « Merkl's Rechtskraftlehre », in Robert Walter, « Adolf Merkl, Werk und Wirksamkeit », *Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts*, n° 14, 1990, Manz Verlag Wien, p. 124.

15 Roger Bonnard, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl », *RDP*, 1928, p. 668 à 696.

16 *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 37.

une application particulière des normes générales. La hiérarchie part ainsi du plus général au plus concret, ce qui lui impute ce caractère dynamique. Cette concrétisation (ou individualisation) du droit naît du fait que les normes individuelles sont des cas particuliers des normes générales, des devoir-être tirés d'autres devoir-être<sup>17</sup>. Par conséquent, les normes sont issues de celles du degré supérieur<sup>18</sup>.

Chaque degré de l'édifice juridique est la base de création – ou règle de production – d'autres normes inférieures. Chaque norme sera application de la norme supérieure<sup>19</sup>. La norme supérieure permet la création du droit en ce qu'elle donne lieu à des normes inférieures. En même temps, chaque norme est application d'une norme supérieure. Par conséquent, une norme est toujours création et application<sup>20</sup>. Une norme conditionne une norme inférieure ; celle-ci est conditionnée par la norme supérieure et l'exécute<sup>21</sup>. C'est ce qui constitue le « double visage du droit » car les différents degrés peuvent apparaître « comme production du droit et également comme application du droit »<sup>22</sup>.

L'ordre juridique est composé de normes conditionnantes et conditionnées. « D'autres maillons de la même chaîne d'actes n'ont pas cette signification dans la procédure juridique mais sont limités, d'une part parce qu'ils sont conditionnés par un autre acte et, d'autre part, parce qu'ils conditionnent un acte suivant. C'est une caractéristique de l'affinement et de la complication de la procédure juridique lorsque les actes désignés comme normes juridiques sont intégrés dans un grand nombre d'actes en partie conditionnants, en partie conditionnés, et qui ne sont pas qualifiés de la même manière »<sup>23</sup>. Pour expliquer ce mécanisme, Merkl prend un exemple relatif à la taxe sur le chiffre d'affaires (exemple figurant dans son étude intitulée « Prolégomènes ») pour démontrer que la hiérarchie est composée de normes conditionnantes et conditionnées. Dans ce cas, tout d'abord, un organe habilité par la loi constitutionnelle fédérale va déposer une proposition de loi auprès du Conseil national. Cette proposition de loi dispose que le vendeur de marchandises doit restituer un montant en pourcentage du prix d'achat, au titre de la taxe sur le chiffre d'affaires. Le Conseil national doit décider – en commission siégeant à huis clos puis en assemblée plénière, conformément à la procédure fixée par le

17 Considérer les normes individuelles comme faisant partie de l'édifice juridique n'est pas une aberration logique. « La connaissance empirique de l'être existe dans le spécial et l'individuel. Mais la connaissance scientifique ne peut s'exprimer qu'en formules générales et impersonnelles. Il en est tout autrement de la norme. Il s'agit, en effet, dans la norme d'exprimer non plus un être, un élément du monde théorique, mais un devoir-être de l'activité humaine, une direction dans le monde pratique ». Roger Bonnard, « L'origine de l'ordonnement juridique », in *Mélanges Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 38.

18 *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 78.

19 Ce que Merkl appelle principe général de concrétisation du droit, c'est-à-dire application du droit, subsumption des faits concrets sous une règle de droit abstraite et générale.

20 Merkl précise toutefois que cette affirmation n'est pas valable pour les deux extrémités de la hiérarchie juridique. En effet, au sommet de l'ordre juridique se trouve une norme ultime qui n'est pas conditionnée par une autre norme. Elle est seulement création du droit. *A contrario*, les normes situées à l'échelon le plus bas de la hiérarchie ne font plus œuvre de création mais simplement d'application. Ce sont des actes de pure exécution. *Ibid.*, p. 174.

21 *Ibid.*, p. 172-173.

22 Adolf Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz », *op. cit.*, p. 1097 ; *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 15 et p. 173.

23 Adolf Merkl, « Prolégomènes », *op. cit.*, p. 582.

règlement intérieur – de clore le débat sur la proposition de loi. Ensuite, cette résolution législative est présentée au *Bundesrat* (conseil fédéral). Si le *Bundesrat* n'a pas émis d'opposition dans le délai de huit semaines ou n'a soulevé aucune réclamation à l'expiration de ce délai, si le président fédéral confirme cette résolution et que celle-ci est contresignée par le chancelier fédéral et le ministre fédéral des finances, si en outre, le chancelier fédéral après contresignature la publie au Journal législatif fédéral, alors après l'entrée en vigueur de cette résolution dans la législation, l'autorité d'imposition habilitée prescrit le paiement d'un montant d'imposition à une personne précise, selon une certaine procédure. Il faut encore remplir une condition : si la personne concernée n'a pas exécuté le paiement prescrit dans le délai déterminé, alors une exécution de l'impôt sera menée contre elle. Cet exemple dévoile bien la complexification de la chaîne d'actes. Les actes se créent en considération des différents stades de la procédure d'imposition. Avec cet exemple tiré du droit autrichien, Merkl montre bien que chaque norme est entendue dans une relation dynamique. Chaque relation juridique est caractérisée par cette relation de création et d'application.

La *Stufenbau* permet de mieux éclairer la théorie générale du droit administratif de Merkl. En effet, Merkl – à l'instar de Hans Kelsen – prône une véritable connaissance scientifique du droit. Or, cette science juridique s'articule autour de différentes théories : théorie du droit constitutionnel, du droit administratif ou encore théorie de la justice. Dans cette optique, il faut comprendre la théorie générale du droit administratif comme une théorie ayant pour objet la connaissance des règles de production du droit administratif<sup>24</sup>.

## II. — LES DIFFÉRENTES IMPLICATIONS DE LA *STUFENFOLGE* EN DROIT ADMINISTRATIF

Dans son traité de droit administratif général, Merkl a entendu construire une théorie générale du droit administratif, c'est-à-dire un ensemble de concepts et de principes de valeur universelle, un exposé systématique des éléments spécifiques de tout droit administratif et des éléments typiques qui se rencontrent dans tous les droits administratifs positifs. On retrouve la même volonté d'établir une théorie de valeur universelle que Kelsen. Par conséquent, la théorie générale du droit administratif de Merkl procède par voie d'abstraction des droits administratifs nationaux<sup>25</sup> pour fonder des vérités qui seront valables pour le plus grand nombre de systèmes de droit positif<sup>26</sup>. « La théorie générale du droit administratif est, à notre sens, [...] un système d'abstraction théorique de la réalité des droits administratifs positifs »<sup>27</sup>.

Son traité de droit administratif porte de manière générale sur la fonction administrative qu'il analyse dans sa forme, son contenu, ses organes et son contrôle. Cet ouvrage majeur se compose de deux grandes parties.

<sup>24</sup> *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 92.

<sup>25</sup> *Ibid.*, préface, p. VII.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. XI, p. 97.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 97.

La première partie – partie générale – porte sur les concepts fondamentaux de la théorie du droit administratif et l'ordre juridique de l'administration. Merkl définit, dans un premier temps, le concept d'administration au regard de la législation et de la justice, les principaux types historiques de l'administration, le droit administratif et la théorie générale du droit administratif. Dans un second temps, il s'interroge sur les sources du droit administratif, les droits publics subjectifs, le pouvoir discrétionnaire et la place de l'administration dans l'ordre juridique.

La seconde partie est plus spécifique puisqu'elle porte sur l'activité administrative elle-même en décrivant les formes de l'activité administrative (les différents actes administratifs et leur autorité, les actes irréguliers, la procédure administrative), le contenu de l'activité administrative (les branches de l'administration, la police, le droit pénal administratif et les voies d'exécution administratives), l'organisation administrative (les organes, le système de l'organisation administrative, l'administration et les formes d'État, l'autonomie administrative) et enfin le contrôle de l'administration et les juridictions administratives.

Cet ouvrage fondamental contribue à l'élaboration, à la conception d'une théorie générale du droit administratif. Afin d'élaborer cette théorie générale, Merkl s'interroge sur le concept d'administration, sur le droit administratif, sur les fonctions de l'État.

### *La définition de l'administration par rapport à la législation et la justice*

Pour Merkl, le concept d'administration est nécessairement le point de départ de toute connaissance sur l'administration. Comme toute science, il faut définir l'objet de la science juridique administrative en suivant les principes de la théorie de la connaissance et de l'économie des concepts. Le droit administratif est objet de la science du droit administratif. Il s'agit d'un domaine partiel de l'ordre juridique, domaine qui réfère aux fonctions administratives de l'État et qui règle l'administration.

Il applique ici le principe de la pureté : il traite de la science du droit administratif et non de politique administrative, de théorie de la pratique administrative...<sup>28</sup> La science administrative ne peut démontrer mais seulement supposer ce que sont administration et droit administratif. Il entend l'administration comme une fonction de l'État que l'on doit distinguer des autres fonctions telles la législation et la justice – ces fonctions de l'État étant des fonctions de formation du droit. Il utilise le concept d'administration pour une systématisation des fonctions de l'État, pour caractériser un secteur dans le cercle des activités globales de l'État.

Conformément à sa conception de l'ordre juridique par degrés, Merkl distingue les différentes fonctions de l'État – législation, administration et justice – par rapport à la Constitution<sup>29</sup>. Il définit d'ailleurs la justice comme synonyme de juridiction<sup>30</sup>. La définition de l'administration apparaît néga-

28 *Ibid*, p. 86.

29 *Ibid*, p. 86.

30 *Ibid*, p. 21.



tive : ce qui n'est ni législation, ni justice. Le concept d'administration est limité par les concepts de législation et de justice. Merkl indique ainsi que si les concepts de législation et de justice vacillent, s'ils sont mal définis, alors la théorie du droit administratif vacille dans son fondement<sup>31</sup>. L'existence de l'administration dépend de l'existence de la législation et de la justice.

Merkl s'emploie ensuite à montrer que l'administration est une fonction séparée de la législation. La législation s'oppose à l'administration selon la distance qu'occupent ces deux fonctions au regard de la Constitution. La distinction s'opère par rapport à la proximité de ces fonctions avec la Constitution<sup>32</sup>. On reconnaît dans la Constitution la condition préalable et le fondement pour toute activité de l'État. La marque distinctive entre législation et administration réside dans le fait que la législation comprend tous les actes basés immédiatement sur la Constitution ; l'administration, les actes en exécution des lois et donc des actes en application médiate de la Constitution. La législation apparaît comme un fondement intermédiaire. Merkl fonde une distinction purement formelle ; il estime que seuls les critères formels permettent d'établir un système de connaissance. Cette distinction purement formelle vise à bien distinguer la fonction législative des fonctions exécutives.

En considérant que chaque norme est création et application du droit, en ce sens, la législation est application de la Constitution, l'administration, application de la législation. La relation avec la Constitution est directe pour la législation, indirecte pour l'administration. Dans le complexe de fonctions, Merkl considère que l'administration et la justice sont deux « fonctions filles » de la législation. Et, dans ce rapport mutuel, administration et justice sont des « fonctions sœurs »<sup>33</sup>. Par conséquent, administration et justice sont toutes deux des fonctions exécutives. Cette conception rejette la séparation traditionnelle des pouvoirs en trois activités indépendantes et coordonnées pour mettre en exergue une séparation seulement bipartite de fonctions dépendantes de la Constitution (*i.e.* législation et exécution) : la législation est ainsi exécution de la Constitution, les autres fonctions sont exécution de la législation.

La théorie de la gradation sert de clé pour résoudre le problème du critérium de la justice et de l'administration. On l'a vu, administration et juridiction apparaissent comme subordonnées à la législation. Seulement, Merkl estime que l'administration et la juridiction ne sont pas subordonnées l'une à l'autre mais coordonnées et sont donc des fonctions exécutives<sup>34</sup>. La distinction entre ces deux fonctions coordonnées s'établit sur le principe de l'indépendance<sup>35</sup> de la fonction juridictionnelle, une indépendance fonctionnelle, *i.e.* dans l'exercice des fonctions. L'administration, quant à elle, se caractérise par l'existence d'une hiérarchie, avec des instructions de services et un devoir d'obéissance<sup>36</sup>. « La relation dans laquelle le juge est plus indépendant en général que l'organe administratif réside dans la relation aux autres

31 *Ibid.*, p. 6.

32 *Ibid.*, p. 19.

33 *Ibid.*, p. 21, p. 170-171.

34 En France, cette idée est reprise par Roger Bonnard et Charles Eisenmann. À ce propos, voir mon étude « La réception de la théorie juridique d'Adolf Merkl en France », *in Austriaca, Cahiers universitaires d'information sur l'Autriche*, n° 63, 2006, p. 167-180.

35 *Allgemeine Verwaltungsrecht*, p. 38.

36 *Ibid.*, p.40.

organes d'exécution »<sup>37</sup>. En effet, un organe administratif peut être subordonné à d'autres organes administratifs. Toutefois, les organes juridictionnels ne sont pas subordonnés entre eux, il n'existe pas une telle relation hiérarchique. Ils agissent en toute indépendance dans le respect de la loi. Cette indépendance marque la place spécifique du juge dans l'organisation de l'État.

Les organes de l'administration et de la justice sont subordonnés aux organes législatifs – ou en d'autres termes, la fonction législative est supérieure à ces autres fonctions de l'État. Dans la justice règne en général une coordination des organes mais, dans l'administration, on trouve une relation de subordination dans l'exercice des compétences<sup>38</sup>. Merkl précise que la subordination d'un organe à un autre n'est autre que la subordination d'une fonction à une autre.

À partir de cette définition de l'administration au regard de la législation et de la justice, Merkl définit le droit administratif. Le droit administratif est une discipline juridique spéciale, un domaine particulier de l'ordre juridique global<sup>39</sup>. Le droit administratif est une source juridique subordonnée à la Constitution, une règle de production de l'administration<sup>40</sup>. C'est l'ensemble des règles appliquées par des organes administratifs dans le respect du principe de légalité. Le principe de légalité a pour conséquence que l'administration, dans son ensemble, est exécution de la loi. Ce principe apparaît comme le fondement pour séparer d'un côté la législation et de l'autre l'exécution (avec ses deux fonctions partagées : justice et administration). « Le principe de légalité assigne à l'administration une place déterminée – à savoir infralégislative – dans le système des fonctions de l'État »<sup>41</sup>. De manière générale, le droit de l'administration est le produit de la Constitution et, en même temps, une règle de production de l'administration<sup>42</sup>. Il s'agit de la somme des normes réglant l'activité d'exécution.

### *L'acte irrégulier et la place du pouvoir discrétionnaire*

Merkl s'interroge, en outre, sur deux questions fondamentales du droit administratif : l'acte irrégulier et le pouvoir discrétionnaire. Selon lui, les actes de l'administration recouvrent une pluralité de cas (règlement, décisions...) <sup>43</sup> en fonction de la création du droit qu'ils engendrent. C'est ainsi que l'on peut distinguer entre les actes administratifs généraux et les actes administratifs individuels. Les actes administratifs généraux créent du droit, ils ont une

37 *Ibid*, p. 39. Il faut noter toutefois la place particulière qu'occupe le gouvernement. Merkl montre que le gouvernement occupe une place juridique éminente parmi les organes administratifs. Il se trouve dans une situation intermédiaire entre l'indépendance de la justice et la « dépendance » de l'administration. Par conséquent, le gouvernement – en tant qu'administration qualifiée, qu'organe administratif le plus haut – est indépendant des autres organes administratifs. *Ibid*, p. 57 et s.

38 *Ibid*, p. 37.

39 *Ibid*, p. 77-78.

40 *Ibid*, p. 85.

41 *Ibid*, p.171.

42 *Ibid*, p. 85.

43 *Ibid*, p. 175.

nature générale et abstraite<sup>44</sup>, ce qui permet de les qualifier de loi au sens matériel. Toutefois, l'acte administratif général, tel le règlement, diffère de la loi en ce qu'il est exécution de la loi. Le règlement est pris sur le fondement de la loi ou dans le cadre de la loi<sup>45</sup>.

Merkel précise que le problème de l'acte administratif irrégulier est un cas particulier des actes irréguliers de l'État<sup>46</sup>. Cet acte irrégulier est défini comme un acte affecté d'un défaut, un acte qui n'est pas totalement conforme à sa règle de production juridique. D'un point de vue théorique, il s'agit d'une contradiction à l'ordre juridique, d'une non-conformité à la loi.

Le problème de l'irrégularité d'un acte de l'État est un problème de la théorie générale du droit, et donc le problème de l'irrégularité de l'acte administratif, un problème de la théorie générale du droit administratif. L'irrégularité est liée à l'exécution du droit, tous les actes de l'État étant déterminés par le droit. Par conséquent, cette irrégularité n'est pas spécifique à l'acte administratif mais elle peut exister à tous les étages de la *Stufenbau*. La loi peut apparaître irrégulière par rapport à la Constitution, le règlement peut être non conforme à la loi ou à la Constitution... Plus la détermination juridique d'un acte est intensive, plus grandes sont les possibilités de non-conformité<sup>47</sup>. Les actes étant à la fois création et application du droit, plus on descend dans la hiérarchie, plus la part d'exécution sera grande et plus les possibilités d'irrégularité seront nombreuses. Ces possibilités d'irrégularité varient selon les actes : les actes individuels offrent de plus grandes possibilités d'irrégularité.

De la même manière, à partir de la construction du droit par degrés, Merkel s'interroge sur la place du pouvoir discrétionnaire, élément incontournable dans le processus de formation et de production du droit. Souvent, ce pouvoir discrétionnaire est considéré comme l'apanage de l'administration. Or, Merkel estime que le pouvoir discrétionnaire se retrouve dans tout acte d'application du droit. En effet, le pouvoir discrétionnaire n'est pas une particularité de l'administration<sup>48</sup>, il se retrouve dans tous les domaines d'activité de l'État. Les actes des organes ne sont pas entièrement déterminés par les normes supérieures et laissent donc place à une certaine marge d'appréciation. Selon la théorie de la hiérarchie des normes, l'ordonnancement juridique va de la norme la plus abstraite et générale à la norme la plus concrète. Un acte abstrait – règle de création d'un acte plus concret – ne peut déterminer entièrement celui-ci<sup>49</sup>. Par conséquent, il existe un lien de subordination, une « liaison » juridique mais aussi une marge d'appréciation. Ce pouvoir discrétionnaire découle de la différence d'abstraction entre la norme supérieure et la norme inférieure. Le pouvoir discrétionnaire apparaît dans tous les actes d'application, de concrétisation du droit et ne se limite pas à la seule administration. La justice, par exemple, est – comme l'administration – la concrétisation de la norme législative relativement abstraite<sup>50</sup> et, par consé-

44 *Ibid.*, p. 178.

45 *Ibid.*, p. 181.

46 *Ibid.*, p. 192.

47 *Ibid.*, p. 193.

48 *Ibid.*, p. 141.

49 *Ibid.*, p. 142.

50 *Ibid.*, p. 144.

quent, elle dispose d'un pouvoir d'appréciation, d'un pouvoir discrétionnaire. Il en est de même pour la loi dans son rapport avec la Constitution.

Cependant, pour Merkl, il existe des différences quantitatives dans la proportion de pouvoir discrétionnaire. Si les actes purement discrétionnaires ne peuvent pas être, il faut savoir toutefois que ce pouvoir se propage de manière très inégale. En effet, la législation, par exemple, présente de grandes possibilités d'appréciation<sup>51</sup> par rapport à l'administration et la justice. Ce pouvoir décroît au fur et à mesure de la concrétisation du droit. Mais, au sein même de l'administration, il existe encore une différenciation entre les actes les plus hauts et les actes individuels. Le règlement, en tant qu'acte administratif le plus haut, en tant que degré le plus haut d'exécution de la loi, a un cadre d'appréciation plus large que les actes administratifs individuels pris sur son fondement. Le pouvoir discrétionnaire décline au fil de la concrétisation du droit au profit d'un pouvoir lié. Au bas de l'édifice juridique, se trouvent ainsi des actes de pure exécution<sup>52</sup> dans lesquels le pouvoir discrétionnaire disparaît. La conception merklienne de l'acte irrégulier et du pouvoir discrétionnaire est originale car indissociable de la théorie de l'ordre juridique par degrés. Merkl n'en fait pas des questions spécifiques au domaine du droit administratif.

La théorie générale du droit administratif de Merkl embrasse les questions de droit administratif les plus fondamentales. Merkl, pour ce faire, a opéré par voie d'abstraction pour élaborer un système cohérent. Son œuvre fait également de nombreuses références au droit positif. Il a strictement appliqué la théorie pure du droit au domaine de l'administration et a suivi la même méthode que Kelsen. Mais aujourd'hui, on retient le plus souvent le nom de Kelsen. Il faut, en effet, regretter l'absence de traduction de cet ouvrage majeur qui a eu une influence décisive sur la théorie juridique autrichienne. Hors Autriche, rares sont les pays où l'œuvre de Merkl a autant marqué la science du droit.

sandrine.pina@univ-savoie.fr

51 *Ibid.*, p. 146-147.

52 *Ibid.*, p. 175.