

Macarel et la doctrine publiciste de son temps

Pour situer Macarel au regard de la doctrine publiciste de son temps, je souhaite mettre en perspective son éventuelle « doctrine » du droit administratif au regard de celle de certains de ses contemporains afin de mesurer à la fois ce qui serait susceptible de le singulariser, en tant qu'auteur, et ce qui, dans son « œuvre », le rattache à des courants d'idées, Macarel étant sous ce rapport le révélateur d'une époque et plus fondamentalement d'une culture doctrinale administrativiste qui lui a en partie survécu. L'intérêt de ce sujet ne consiste donc pas seulement à percevoir Macarel et la doctrine de son époque dans sa seule historicité. Quelles œuvres de l'auteur étudier ? On lui doit une série d'articles et de notes notamment publiés dans la revue *Thémis*, divers ouvrages écrits seul intitulés *Manuel des ateliers dangereux*, *Des tribunaux administratifs : ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*¹; *Eléments de droit politique*²; ou coécrits avec Jean Boulatignier -un autre « maître » du droit administratif³-: *De la fortune publique en France et de son administration*⁴, ainsi qu'un *Cours de droit administratif*⁵ professé à la Faculté de droit de Paris, sans compter ses *Eléments de jurisprudence administrative*⁶ ainsi que le *recueil de jurisprudence des décisions contentieuses du Conseil d'Etat* qu'il crée en 1821 -le futur « Recueil Lebon », à partir de 1837⁷- ; à défaut de constituer un ouvrage ce recueil comprend nombre de courtes observations de l'auteur sur le droit et le contentieux administratifs. Si Macarel analyse ou mobilise le droit constitutionnel à diverses reprises, essentiellement dans ses *Eléments de droit politique*, ce n'est pas de façon très « personnelle », ce qu'il concède lui-même volontiers, reconnaissant ses « larcins »⁸. Pour cette raison, je me limiterai à l'étude de ses publications relatives au droit administratif ou du moins de certaines d'entre elles.

Comment situer Macarel par rapport à la doctrine publiciste de son temps ? Macarel figure parmi les premiers auteurs à s'être intéressé au droit administratif au début du XIX^e siècle alors que, de manière paradoxale, ses travaux portant spécifiquement sur le droit administratif ne sont pas les premiers à être publiés ; ils sont même, pour les plus substantiels d'entre eux, tardifs, puisque Macarel publie un *Cours de droit administratif* uniquement à la fin de sa vie, à partir de 1844, soit sept ans avant sa mort, alors qu'il existe un très grand nombre de travaux y afférant, y compris d'auteurs plus jeunes. En dehors de son *Cours de droit administratif* coécrit avec Boulatignier, son « grand œuvre » est sans aucun doute son ouvrage intitulé *Des tribunaux administratifs*, de 1828, mais il ne porte pas directement sur le droit administratif stricto sensu. Dans ces conditions, quelles publications de Macarel étudier dans le cadre du sujet imparti, parmi des objets aussi divers que les ateliers dangereux, la jurisprudence administrative, les tribunaux administratifs, la fortune publique, le territoire d'Algérie ainsi que divers thèmes de droit administratif etc. ? Le *Manuel des ateliers dangereux* constitue une monographie très spécialisée et peu spéculative, je ne l'évoquerai donc pas. Les trois tomes portant sur la fortune publique présentent certes un vif intérêt ; outre le fait qu'ils ont été écrits à quatre mains, avec Jean Boulatignier, ce qui ne facilite pas l'étude de la pensée de Macarel, en tant qu'auteur, je n'y ferai cependant pas référence dans la mesure où le professeur Jean-Jacques Bienvenu les analysera

¹ Paris, Roret, 1828.

² Paris, Nève, 1833.

³ L. Aucoc, « Une page de l'histoire du droit administratif : M. Boulatignier », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1895 (tiré à part).

⁴ Paris, Pourchet, 1838-1840, 3 T.

⁵ Paris, Thorel, 1844-46, 4. Vol., Ce cours connaît deux autres éditions, 1852-1856 et 1856-1857 (terminée par A. Pistoye).

⁶ Paris, Dondey-dupré, 1818, 2 tomes.

⁷ Le *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, publié successivement par Macarel jusqu'en 1830, puis G. Deloche en 1831 et F. Lebon à partir de 1837.

⁸ Ce dernier y écrit : « je ne me suis point fait scrupule non seulement d'emprunter aux écrits des publicistes nationaux ou étrangers, anciens ou modernes, morts ou vivants, toutes les idées qui m'ont paru dignes de remarque, mais encore de m'approprier, sans les citer, les expressions qu'ils ont employées pour rendre ces idées », *Eléments...*, 1833, p. ix. Il ajoute : « je prie enfin les auteurs vivants d'excuser mes larcins » (*Ibid*, p. x).

dans le cadre de cette journée. Quel angle d'analyse retenir pour évaluer la « doctrine » ou du moins la « vision » du droit administratif de Macarel, dès lors qu'il serait exagéré d'évoquer une véritable « doctrine » du droit administratif propre à l'auteur¹, dont les propos sont souvent très descriptifs et informatifs ? Il est malaisé, dans le format réduit d'un article, de confronter les diverses analyses de cet auteur portant sur les multiples questions de droit administratif qu'il aborde avec les analyses que développent ses contemporains sur les mêmes objets. Un tel projet constituerait une gageure en raison de la nécessité pratique de ne retenir que les analyses de certains auteurs jugés les plus singuliers ou influents dans le cadre d'une telle comparaison. L'approche ici retenue, plus modeste, vise d'abord à présenter le parcours professionnel, lié à la formation intellectuelle de l'auteur, ce qui éclaire d'un certain point de vue son « œuvre » en illustrant le type de savoir que ce dernier mobilise et souhaite développer en matière de droit administratif (I). Se pose ensuite la question de savoir si Macarel a été un pionnier du droit administratif comme cela est régulièrement affirmé en filigrane depuis le XIX^e siècle. Cette interrogation, qui ne porte pas tant sur l'histoire des doctrines que sur la généalogie de la doctrine, entendue au sens organique, présente un intérêt réel pour mieux connaître l'apparition de la doctrine administrativiste et situer Macarel dans cette perspective (II). Enfin, je souhaite identifier dans la mesure du possible -ce dernier n'étant en effet pas un « grand » auteur- la représentation du droit administratif de Macarel au regard des publicistes qui étaient ses contemporains, en examinant quels sont ses principaux cadres de représentation du droit administratif ainsi que les critiques doctrinales archétypiques qui lui ont été adressées (III).

I. Le parcours professionnel de Macarel, un révélateur du rapport de l'auteur au droit administratif

Bien que les développements suivants² ne portent pas directement sur la représentation qu'a Macarel du droit administratif dans la mesure où ils visent à présenter son parcours professionnel, ils sont néanmoins utiles en ce qu'ils permettent de comprendre à travers quel prisme ce dernier a pu connaître et étudier l'administration ainsi que le droit administratif. Tocqueville n'a à cet égard pas manqué d'observer que « M. Macarel a [...], en écrivant sur le droit administratif, un avantage que ne possèdent point en général ceux qui professent cette science ; ce qu'il raconte, il l'a fait lui-même, il a exercé plusieurs des pouvoirs qu'il a décrits, il a été un excellent administrateur avant d'être un professeur habile »³. Les éléments d'ordre biographique qui vont être rappelés visent ainsi à mettre en évidence la riche expérience de celui qui fut notamment administrateur, avocat, professeur et juge administratif, et attestent à quel point ce dernier n'a jamais véritablement désiré devenir un savant. Macarel n'était assurément pas un homme des lumières⁴ ni même un « jurisconsulte » au sens de l'humanisme de la Renaissance, mais un juriste préoccupé par la pratique du droit administratif et soucieux de faire progresser la connaissance des règles de droit administratif sinon, à l'occasion, de s'interroger, fût-ce modestement, sur celles du droit administratif.

Louis-Antoine Macarel naît le 20 janvier 1790 à Orléans. Son père, Louis-Augustin Macarel, y exerce les fonctions de conseiller à la cour impériale. Il étudie au Lycée d'Orléans puis,

¹ Sur ce point, v. notamment : S. Gilbert, « Les écoles doctrinales », *La doctrine en droit administratif*, Actes du colloque de l'AFDA, Montpellier, juin 2010, Paris, Litec, 2010, p. 89-123.

² Ces développements sont essentiellement tirés de l'article « L.-A. Macarel » rédigé par Jean Boulatignier, qui le connaissait personnellement, dans Michaud, *Biographie universelle, ancienne et moderne*, Paris, Typographie H. Plon, chez Desplaces, 1843, t. XXV, p. 592. V. aussi, notamment, parmi de multiples références : Antoine César Becquerel, *Notice biographique sur Macarel*, Paris, Imp. de Mme Vve Bouchard-Huzard, s.d. 11 p., ainsi que la thèse de José Savoye, *Quelques aspects de l'œuvre de Louis-Antoine Macarel. Contribution à l'étude de la naissance des sciences politiques et administratives*, Thèse Lille, 1970, 2 vol.

³ *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, tome neuvième, 1846, p. 105-120.

⁴ Le Ministre de l'intérieur Nicolas-Marie Quinette écrivait le 5^e jour complémentaire de l'an VII (25 septembre 1799), sous le Directoire, que « Dans l'esprit du législateur, le cours de législation n'est point destiné à former de profonds jurisconsultes [...] » ; cité par J. Bonnacase, *Qu'est-ce qu'une faculté de droit ?*, Paris, Sirey, 1929, p. 89. Ce programme explique en partie la « culture » qui va se développer en droit administratif dans les facultés de droit lorsqu'elles auront été restaurées sous le Consulat (la loi du 22 Ventôse an XII [13 mars 1804]). Voir, sur ce sujet : Henri Hayem, « La renaissance des études juridiques sous le Consulat », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1905, p. 389 et s.

au mois de janvier 1808, part à l'université de Turin où l'on envoie habituellement l'élite des lycées français. Macarel aurait dû mener de complètes études de droit à Turin mais, à peine celles-ci débutées, il est rapidement rappelé en France pour le recrutement et prend ses grades à l'École de Paris. Il est licencié au mois de décembre 1811 et, sans poursuivre d'étude de doctorat, se présente ensuite au stage pour être avocat sous le patronage d'un avocat alors célèbre nommé Delacroix-Frainville. En 1813, il perd son père, doit chercher des moyens de subsistance pour lui et sa mère, accepte dès lors les fonctions de chef de cabinet à la préfecture de l'Eure auprès du préfet Rolland de Chambaoudouin et s'inscrit en même temps au barreau du tribunal d'Evreux pour continuer son stage. Le comte de Chambaoudouin étant affecté à d'autres fonctions, Macarel quitte la Normandie et devient chef de cabinet du préfet du département des Basses-Pyrénées, le baron de Banssay. Les événements de 1814 lui font perdre cet emploi et le ramènent à Paris. Sur le conseil de Chambaoudouin, il devient secrétaire intime du comte Ferrand, ministre d'Etat, chargé de la marine, des colonies et de l'administration des Postes. Ferrand attache Macarel à cette administration, lequel devient alors commis à la division de la comptabilité générale à la fin de l'année 1814, puis contrôleur, en 1815. Ses ressources sont cependant limitées et Macarel aspire à changer d'emploi. En mars 1816, il épouse mademoiselle Champion de Villeneuve, dont le père, qui fut ministre de l'intérieur sous Louis XVI, est avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. En attendant de succéder à son beau-père, Macarel entreprend l'étude des lois administratives et de la jurisprudence administrative tout en demeurant contrôleur des comptes. En 1818, il publie ses *Eléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'Etat en matière contentieuse*. L'année suivante sera inaugurée un cours de droit public positif et administratif par Gérando, à la Faculté de droit de Paris (24 mars 1819). Si ce cours ne dure que peu de temps (sa chaire est fermée en 1822), Macarel devient suppléant de Gérando en 1819 et le seconde dans ses fonctions même s'il ne deviendra « professeur suppléant » de Gérando qu'en 1828, puis de nouveau en 1840. Il joue même le rôle de répétiteur en présentant certaines des leçons de ce dernier dans la revue *Thémis*. En 1821, Macarel fonde le *Recueil périodique des arrêts du Conseil d'Etat* après avoir en vain sollicité le gouvernement pour qu'une publication officielle soit mise en œuvre en la matière¹. Il désire rendre accessible la jurisprudence du Conseil d'Etat et

¹ *Thémis, Bibliothèque des jurisconsultes*, Année 1819, T. 1, 2ème partie (cité in *Le Conseil d'Etat. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, Préface de M. Alexandre Parodi, Paris, CNRS, 1974, p. 279-280). Macarel y écrit :

En matière administrative, la législation est un amas de lois confuses et indigestes, d'arrêtés du gouvernement, de décrets et d'ordonnances, dont les dispositions sont plus souvent contradictoires, dont l'application est singulièrement ardue et dont la force obligatoire n'est quelquefois ni légalement consentie, ni clairement déterminée.

La jurisprudence vaut mieux que la législation, quoiqu'elle participe du même vice, puisqu'elle est née de son application. Mais cette jurisprudence est encore généralement inconnue aux citoyens, soit parce que les audiences du Conseil sont secrètes, soit parce qu'aucun recueil officiel ou même public n'en contenait les actes, à l'exception de quelques décrets ou ordonnances jetés de loin en loin dans le chaos du Bulletin des Lois.

Elle était également inconnue aux préfets, aux conseils de préfecture, aux administrations générales et aux ministres, parce qu'il ne leur est transmis d'autres ordonnances que celles qui confirment ou annulent leurs décisions, sur l'appel des parties. Ils ignoraient, par conséquent, le système et l'ensemble des décrets ou ordonnances qui forment et complètent la jurisprudence de chaque matière ; et, dans cette ignorance, ils rendaient une foule de décisions involontairement erronées, qui entraînaient beaucoup de frais pour les parties, de complications inutiles dans les opérations administratives, et des lenteurs, quelquefois irréparables et toujours fâcheuses, dans la distribution de la justice.

Les graves inconvénients que nous venons de signaler faisaient sentir avec force la double nécessité de bien ordonner la jurisprudence administrative et de la faire connaître.

Ce que l'administration publique n'avait pas encore eu la pensée ou le temps de faire, les efforts particuliers l'ont en partie tenté. [Macarel cite ici le recueil de Sirey et ses propres *Eléments de jurisprudence administrative*]

fonder en quelque sorte les archives du contentieux administratif. Dans ce *Recueil*, Macarel commente la jurisprudence qu'il publie. A partir du mois d'août 1822 et ce, jusqu'en 1827, Macarel devient avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et développe l'activité du cabinet de son beau-père dont il a pris la succession. Tout en continuant de mener de front son entreprise éditoriale et son activité de conseil, il publie un *Manuel des ateliers dangereux, insalubres et incommodes* (1827) et, l'année suivante, un ouvrage intitulé *Des tribunaux administratifs* (1828), fruit

Le succès de ces deux ouvrages a prouvé combien le public a besoin de documents sur cette importante matière.

Ne pourrait-on pas améliorer cette utile ébauche ?

Nous pensons que cet objet pourrait être parfaitement rempli par la rédaction d'un « Bulletin administratif officiel ».

L'avantage de ce bulletin ne saurait être contesté. Toute la magistrature sait quels services a rendus celui que les lois des 28 vendémiaire an V et 22 ventôse an VII ont établi pour l'insertion officielle des arrêts de la Cour de cassation.

On n'insérerait, dans ce bulletin, qu'un choix d'ordonnances d'un intérêt général et qui introduiraient une nouvelle jurisprudence ou consacraient, avec plus de force et de netteté, les règles de l'ancienne.

Il est permis de croire que l'un des principaux avantages de ce bulletin serait de diminuer les procès, en découvrant aux parties la limite de leurs droits et traçant la marche qu'elles doivent suivre selon les différents cas, en éclairant les conseils de préfecture sur la nature de leurs attributions et sur les règles de la compétence et du fond, qu'ils doivent appliquer selon les différentes matières.

Il aurait aussi pour but et pour effet d'améliorer la jurisprudence, en répandant, au sein même du Conseil d'Etat, la connaissance exacte des règles qu'il applique. Car il ne faut pas se dissimuler que les comités de la marine, des finances, de l'intérieur et de la guerre, qui se réunissent à celui du contentieux pour délibérer sur les projets d'ordonnance que seul il a préparés, n'ont pas toujours et ne peuvent avoir une connaissance très sûre et très fidèle des règles de cette législation toute spéciale et de cette jurisprudence toute secrète qui gouvernent le comité du contentieux. Sans doute, il y a plusieurs membres du Conseil dont l'esprit étendu et flexible se plie à l'aride investigation des matières contentieuses, ou qui en ont appris les règles en maniant avec succès, pendant un grand nombre d'années, les emplois les plus élevés et les plus différents de l'administration publique. Mais cette aptitude, qui sera toujours très rare, n'empêche pas qu'en thèse générale il semble difficile que les membres du Conseil puissent s'initier à la connaissance des matières contentieuses sur la lecture rapide des ordonnances proposées par le comité du contentieux. Le bulletin aurait donc, pour les membres du Conseil, le précieux avantage de suppléer aux brièvetés et à l'insuffisance de la délibération, et de rendre la connaissance des règles du contentieux plus intelligible et plus générale, et leur application plus exacte.

Nous savons que le projet de rédaction d'un semblable bulletin a été présenté à son Excellence le ministre de la justice, qui sans doute appréciera, dans sa sagesse, ce que les vues de son auteur peuvent avoir de faux ou de vrai, de convenable ou d'intempestif.

Les ministres d'un gouvernement constitutionnel, qui ne peuvent et ne doivent fonder leurs décisions que sur les dispositions précises des lois ou sur les principes de l'exacte justice, n'ont presque jamais d'intérêt à cacher des décisions dans l'ombre, comme les ministres des gouvernements absolus. Quelquefois sans doute des motifs de politique ou de convenance peuvent commander le secret ; mais ces rares exceptions confirment la règle.

Nous croyons qu'en thèse générale, cette publication raisonnée et officielle des ordonnances royales en matière contentieuse serait avantageuse à tous ; qu'elle apprendrait aux citoyens leurs droits et leurs devoirs en cette partie, et qu'elle éclairerait la marche générale de l'administration.

Ne justifierait-elle pas aussi le gouvernement des reproches de faveur et d'arbitraire, que la malveillance adresse parfois à ses jugements ?

N'améliorerait-elle pas la distribution de la justice administrative ?

Ne lui donnerait-elle pas enfin un peu de cette précieuse publicité qui est, avec l'indépendance de ses juges, le seul avantage que la justice civile ait sur elle ?

Nous nous sommes peut-être un peu trop étendus sur cet objet : mais l'importance de la matière nous a paru telle, que nous n'avons pas cru devoir lui donner de moindres développements...

de « douze ans de réflexions »¹. Macarel, à cette époque, éprouve des problèmes de santé ; au mois d'août 1827, il se démet donc de sa charge d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et redevient avocat à la Cour royale de Paris. Il aide Gérando à la composition et l'impression des *Institutes de droit administratif français* (1829-1830), accepte du Pacha d'Egypte une mission d'enseignement consistant à faire découvrir à de jeunes Egyptiens la civilisation européenne et, en particulier, les lois et institutions françaises, la pratique gouvernementale ainsi que le fonctionnement de l'administration publique. A destination de ces derniers, il prépare un cours qui inclut le droit naturel, le droit des gens, le droit public, l'économie politique, la statistique, les principes généraux de l'administration et le droit administratif français. La formation dure trente-quatre mois et conduit Macarel, pour faciliter l'apprentissage de ses étudiants, à écrire à leur attention ses *Eléments de droit politique*, qui seront publiés en 1833. L'ouvrage, bien que peu personnel², emporte un réel succès et est traduit en diverses langues (grec, espagnol, arabe, turc etc.).

Au mois d'août 1830, Macarel entre au Conseil d'Etat en tant que maître des requêtes en service ordinaire et est attaché au comité de législation et de justice administrative. Au mois de novembre de la même année, il est nommé conseiller d'Etat en service ordinaire et se charge notamment de rédiger des rapports portant de façon régulière sur les questions de compétence inhérentes aux conflits d'attribution. Macarel est associé à de nombreuses commissions pour préparer diverses lois. On lui propose la députation mais il la refuse, de peur de perdre son poste de conseiller d'Etat. Il refuse de même le poste de préfet du département de la Seine, pourtant prestigieux, ainsi que celui d'intendant civil en Algérie. En mai 1837, Macarel accepte le poste de directeur de l'administration départementale et communale et ce, jusqu'en mai 1839. Après ces deux années, Macarel rejoint de nouveau le Conseil d'Etat en service ordinaire. Sa santé s'altère considérablement et il est contraint de réduire son rythme de travail. En 1838, il publie pourtant, avec le concours de Joseph Boulatignier, le premier volume d'un ouvrage relatif à la science financière et au domaine des personnes publiques intitulé *De la fortune publique en France et de son administration*. Cet ouvrage permet notamment de connaître les ressources de l'Etat, ses dépenses, sa comptabilité etc. Un second volume paraît en 1839 et un troisième en 1840. Le 5 mai 1840, Macarel, bien que n'étant pas docteur³, ouvre à l'Ecole de droit de Paris, comme « professeur suppléant » de M. Gérando, un cours d'administration générale, qui est complémentaire du cours de droit administratif français. Ce cours dure jusqu'au mois d'août. Gérando meurt le 10 novembre 1842 et Macarel le remplace jusqu'en juillet 1849, cumulant les fonctions de conseiller d'Etat et de professeur. Il cessera son activité professorale parce qu'il ne lui est plus permis de cumuler cette fonction avec celle de Conseiller d'Etat et qu'il choisit le Conseil d'Etat plutôt que l'Université, ce qui traduit bien son orientation profonde. Macarel publie à la même époque, à partir de 1844, un cours de droit administratif à l'usage des étudiants⁴. Parallèlement à cette activité, ce dernier poursuit d'autres études, sur l'Algérie et sa colonisation, notamment (il rédige un volume sur la constitution et l'état de la propriété dans l'Algérie à l'époque de la conquête par les Français, en 1843). Sous la Seconde République, Macarel devient membre de la commission des hautes études, participe à l'organisation de l'école d'administration créée en mars 1848, demeure au Conseil d'Etat et devient membre du Tribunal des conflits nouvellement créé. Atteint par une maladie mortelle en 1850, Macarel continue ses activités alité et meurt le 24 mars 1851.

Après avoir rendu compte brièvement de son parcours professionnel, lequel met en lumière le fait que ce dernier a été davantage un « praticien » du droit administratif qu'un universitaire, plus préoccupé par la recherche de solutions permettant de résoudre des problèmes administratifs ou des litiges que par le questionnement, l'élaboration de problèmes et l'étude des principes du droit administratif, on peut maintenant examiner si Macarel constitue un « pionnier »

¹ *Des tribunaux...*, précité, p. vij.

² *Eléments...*, 1833, précité, p. x.

³ Voir sur ce point M. Touzeil-Divina : <http://www.unitedudroit.org/MTD/macarel.html>

⁴ Paris, Thorel, 1844-46, 4. vol. Ce cours connaît deux autres éditions, 1852-1856 et 1856-57 (terminée par A. Pistoye).

du droit administratif ou s'il ne fait pas, plutôt, partie des auteurs de la seconde génération ayant étudié le droit administratif.

II. Macarel : un membre de la seconde génération des auteurs de droit administratif

Depuis plus d'un siècle et demi il est régulièrement affirmé que Macarel fait partie des « premières maîtres »¹ du droit administratif à l'instar de Gérando et Cormenin, de ceux qui ont les premiers retenu « l'attention publique » en cette matière, comme l'indiquait Tocqueville². Cela n'est pas contestable mais il n'est toutefois pas certain que Macarel -ni Gérando ou Cormenin, par ailleurs- soit aussi pionnier que ce que ces affirmations régulières donnent à penser en filigrane. Macarel figure indéniablement parmi les plus anciens auteurs à avoir écrit sur cette matière. Ses publications de jeunesse sont antérieures à la Monarchie de juillet, époque à laquelle sont créées diverses chaires de droit administratif alors que la littérature y afférant connaît un développement inédit à partir des années 1833-1834³. Ses publications sont concomitantes de celles de Gérando⁴ ou de Cormenin⁵ ; il existe d'ailleurs de nombreux points communs entre ces auteurs, notamment le caractère rétrospectivement peu scientifique de leurs travaux au regard des connaissances actuelles relatives à la science du droit, même si ces derniers auteurs ne cessent d'évoquer la « science administrative » ou la « science du droit administratif » pour rendre autonome -ce qui ne signifie pas autarcique- et légitimer ce nouvel objet d'étude qu'est le droit administratif, le terme « science » désignant sous leur plume davantage un objet de connaissance que des principes scientifiques caractérisés par une épistémologie pleinement assumée et choisie. Gérando, Cormenin et Macarel, comme un grand nombre de leurs contemporains, sont avant tout soucieux de décrire le fonctionnement de l'administration et de faire connaître le droit produit par l'administration ainsi que par le Conseil d'Etat plutôt que d'en opérer une reconstruction dogmatique. Ceci explique pourquoi leurs travaux sont largement descriptifs, comme s'ils étaient des entomologistes découvrant une nouvelle espèce, à cette différence près qu'ils sont en partie les « inventeurs » de cette nouvelle branche du droit. Une partie significative de leurs publications consiste ainsi en une description des institutions publiques, un recensement des lois applicables, une identification des règles de compétences et des procédures administratives et juridictionnelles⁶ etc., ce qui semble rétrospectivement quelque peu roboratif alors que ce travail était à leurs yeux aussi indispensable que prioritaire. Comme l'a écrit Henri Berthélemy à propos de ceux qu'il appelait les « grands administrateurs de la Restauration, de la Monarchie de Juillet et surtout les membres [...] du Conseil d'Etat » : « faire un numérotage, un

¹ Boulatignier « a été le disciple et le collaborateur des premiers maîtres de la science du droit administratif, MM. De Gérando, Macarel, de Cormenin », écrit Léon Aucoc « Une page de l'histoire du droit administratif : M. Boulatignier », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1895, tiré à part, p. 1.

² Tocqueville, dans un compte rendu qu'il présente du Cours de droit administratif de Macarel, à l'Académie des sciences morales et politiques, en 1846, les présente en effet ainsi : « parmi les hommes qui depuis trente ans ont entrepris de montrer à la France d'après quelles règles on l'administre, trois ont particulièrement attiré l'attention publique. Le premier appartenait à cette Académie, où sa mort récente a laissé de profonds regrets, je n'ai pas besoin de nommer M. de Gérando ; le second est M. de Cormenin, et le troisième M. Macarel [...]. Ces trois auteurs se sont souvent rencontrés dans leurs écrits ; chacun d'eux poursuivait cependant un but différent, et ils se complètent plutôt qu'ils ne se font concurrence. M. de Cormenin, sans vouloir parcourir le champ entier du droit administratif, s'est borné à traiter les questions que soulèvent les affaires contentieuses. M. de Gérando a voulu rapprocher et ranger méthodiquement tous les textes qui avaient rapport à l'administration publique ; il est ainsi parvenu à former un seul corps de lois à l'aide de ces éléments épars et mobiles. Son ouvrage est un véritable code administratif. Pour le composer, il lui a fallu puiser dans quatre-vingt mille lois et ordonnances. Il s'agissait de tirer des détails de cette savante et immense compilation, le tableau rationnel et complet de notre système administratif et de faire sortir de l'analyse des dispositions législatives et des faits la théorie qui en est l'âme. C'est le travail auquel se livre en ce moment M. Macarel [...] ». *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, tome neuvième, 1846, p. 105-120.

³ V. notamment, sur ce point M. Touzeil-Divina, *Eléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du Doyen Foucart (1799-1860)*, Poitiers, LGDJ, 2007.

⁴ *Programme du Cours de Droit public, positif et administratif*, Paris, Baudouin frères, 1819.

⁵ *Du Conseil d'Etat, envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Hérisant Le Doux, 1818 ; *Questions de droit administratif*, Paris, Ridler, 1822.

⁶ Macarel écrit à ce sujet : « ce qu'il y a de plus fréquent et de plus difficile à juger, en matière contentieuse administrative, c'est la compétence ». *Eléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'Etat en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré, 1818, 2 vol., t. 1, p. 1.

inventaire, un catalogue, une description des nouvelles institutions, c'était chose indispensable et singulièrement malaisée »¹. Cet objectif caractérise de part en part les travaux de Macarel. Il n'est cependant pas certain qu'il soit, à cet égard, un « pionnier », ce que l'on se propose de vérifier en examinant certains de ses objets d'étude de prédilection.

Lorsque Macarel publie en 1821 le *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, c'est pour faire connaître la jurisprudence de la Haute juridiction administrative, largement ignorée, y compris par ses propres membres. Il écrit d'abord au Ministre de la justice en 1820 pour que soit organisée une publication officielle de cette jurisprudence². S'étant toutefois heurté à un refus, sûrement dû à ce que le Garde des sceaux préférerait que le public ignorât en partie les règles applicables à l'administration pour préserver la juridiction administrative de critiques si elle désirait adapter les règles applicables à cette dernière, au gré de ses besoins³, Macarel, en publiant lui-même la jurisprudence du Conseil d'Etat, a contribué à faire sortir l'une des principales sources du droit administratif de l'obscurité⁴. Fut-il cependant, ce faisant, un pionnier? Isambert l'affirme en filigrane, en 1820, qui le qualifie de « fondateur » de la jurisprudence administrative⁵. Il ne faut toutefois pas oublier que la même année, Jean-Baptiste Sirey (1762-1845), lui aussi avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, publiait également le texte des arrêts analysés par Macarel, soit environ la moitié des arrêts rendus par le Conseil d'Etat depuis 1806⁶; Sirey, dans son *Recueil*, remonte même plus loin dans le temps que Macarel. Le *Recueil* de Macarel a certes eu davantage de postérité et de notoriété que celui de Sirey car le Conseil d'Etat a poursuivi le projet de Macarel en assurant la publication de sa propre jurisprudence mais les deux auteurs se partagent le mérite d'avoir débuté simultanément une telle publication.

De même, lorsque Macarel examine les rouages de l'administration ou les diverses juridictions administratives, œuvre qui lui vaut un large succès⁷, y compris de la part de certains de ses contempteurs⁸, dans la mesure où il a contribué à faire découvrir ou mieux connaître

¹ « Allocation de M. Berthélemy », *Cérémonie de l'inauguration le 22 avril 1931 du monument élevé par souscription à Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1931, p. 26.

² *Thémis, Bibliothèque des jurisconsultes*, Année 1819, T. 1, 2ème partie (précité).

³ M. Rapetti écrit à ce sujet : « le droit administratif se trouve dans des contradictions fréquentes avec la loi civile. Or, comme c'est le gouvernement puissant qui use du droit administratif, il tire du chaos la loi qui lui est nécessaire ; il donne à l'antinomie le sens et l'interprétation dont il a besoin ». *Encyclopédie nouvelle : dictionnaire philosophique, scientifique, littéraire et industriel*, sous la dir. De P. Leroux et J. Reynaud, Paris, Librairie de Furne, 1837, vol. 3, p. 662.

⁴ Maurice Hauriou a souligné que « jusqu'en 1818, époque où Macarel publia ses *Essais de jurisprudence administrative*, la jurisprudence administrative ne fut pas connue [...]. Non seulement elle était ignorée du grand public, mais elle l'était de l'administration, des avocats au Conseil et des conseillers d'Etat eux-mêmes, à l'exception de quelques membres du comité du contentieux qui avaient fait un effort personnel pour se tenir au courant ; la procédure toute secrète ne pouvait être suivie que des parties ; les arrêts s'entassaient dans les archives du Conseil sans être recueillis ni publiés ». M. Hauriou, « De la formation du droit administratif français depuis l'An VIII », *Revue générale d'administration*, 1892, p. 385 et s. (p. 390). Macarel confirme ce point de vue : « la jurisprudence [...] est, en général, restée inconnue aux citoyens, aux autorités, et sans doute à la plupart des membres du Conseil. Les Français, vivent, sur ce point, sous des règles qu'ils ignorent ». *Eléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'Etat en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré, 1818, 2 vol., t. 1, p. 2.

⁵ *Thémis*, 1820, II, p. 133.

⁶ Sirey, *Jurisprudence du Conseil d'Etat, ou Recueil des décisions, arrêts et actes du Conseil d'Etat, sur le contentieux de l'administration, les conflits et autres matières administratives*, 1818-1823, 5 vol.

⁷ L'avocat Ferry, dans le compte rendu qu'il publie sur l'ouvrage *Des tribunaux administratifs*, (« Coup d'œil sur les tribunaux administratifs de Macarel », *Thémis*, 1829, p. 408 et s.) écrit : « pour combien de personnes ce livre n'est-il pas une sorte de révélation ! Combien en est-il qui savent que les conseils de préfecture et le Conseil d'Etat ne sont pas les seuls tribunaux administratifs ? Qui, par exemple, se doute de la juridiction contentieuse des préfets, des ministres, des évêques ? ».

⁸ Tocqueville écrit, en effet : « avant de dire suivant quelles règles l'administration devait agir, M. Macarel a d'abord voulu nous faire connaître tous les différents pouvoirs qui la composent. Il a soumis ce vaste corps à une sorte d'anatomie savante et détaillée qui, s'attachant successivement à chaque organe, l'étudie à part, indique la place qu'il occupe dans l'économie générale et montre les liens qui l'unissent à tous les autres. M. Macarel nous fait descendre pas à pas l'échelle immense sur laquelle se placent les uns au-dessus des autres, sans confusion, mais presque sans fin, la multitude des fonctionnaires qui composent parmi nous la hiérarchie administrative, depuis le roi jusqu'au dernier agent de l'autorité. A chaque degré, l'auteur s'arrête, il dit comment chaque fonctionnaire est nommé, quels rapports nécessaires existent entre lui et ceux qui sont placés plus haut et plus bas, quel est le champ de son action, quels sont ses devoirs et ses droits, à quelle époque, comment et pourquoi il a été créé. Rien de plus curieux que de suivre dans ce tableau général l'histoire particulière de chacun des différents pouvoirs dont l'ensemble forme l'administration publique ; rien de plus instructif que de voir naître, grandir, se répandre et se transformer toutes ces forces diverses qui aujourd'hui dirigent et souvent compriment, en l'enveloppant de toutes parts, l'existence individuelle des citoyens ». *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, tome neuvième, 1846, p. 105-120.

l'administration ainsi que la justice administrative, il n'est pas certain qu'il fasse œuvre pionnière. Si l'ouvrage de Macarel se distingue en effet de ceux de ses prédécesseurs, notamment s'agissant de la justice administrative et, surtout, de l'étude de la jurisprudence administrative, d'autres ouvrages de grande qualité portant notamment sur la justice administrative ont déjà été publiés bien avant, par Locré, en 1810¹, Cormenin, en 1818² et surtout Sirey, la même année³, de sorte que les travaux de Macarel ne sont pas en tout point novateurs.

Macarel est-il pionnier en tant qu'il étudie l'administration et en dévoile les ressorts, ainsi que le laisse supposer Tocqueville lui-même dans le compte rendu qu'il rédige de son Cours de droit administratif à l'Académie des sciences morales et politiques, en 1846⁴? Rien n'est moins sûr. L'étude de l'administration publique date en réalité du XVIII^e siècle. De ce point de vue, Macarel n'innove pas, même s'il procède à une description parmi les plus précises qui existent alors depuis la Révolution de 1789, en dépit des changements qu'a connus l'administration publique entre 1789 et la fin de la Monarchie de Juillet.

Bien que Macarel souligne, en 1828, que « la science de l'administration proprement dite est nouvelle, c'est-à-dire qu'avant la révolution elle n'avait jamais fait dans son ensemble l'objet des écrits ni même des études des publicistes »⁵, peut-être pour valoriser son travail et s'ériger en pionnier, de nombreux auteurs ont nourri cette ambition avant lui et ce, dès le XVIII^e siècle. Prost de Royer relève ainsi, en 1782, à la rubrique « Science de l'Administration » du *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle édition du Dictionnaire de Brillouin* : « encouragé par ce qu'on désirait, il y a vingt ans, et tout ce qu'on écrit aujourd'hui, j'ai hasardé cet essai sur l'administration ; d'autres feront un ouvrage. J'ai levé la barrière ; et peut-être il fallait quelque courage, plus on sera convaincu que j'ai été forcé par mon sujet, au risque de me briser contre les écueils qu'il renferme »⁶. En 1786, Philippe Auguste de Sainte-Foy-d'Arcq publie également ses *Essais sur l'administration* ; il y écrit que « tout le monde parle, ou écrit sur l'Administration [...] C'est une science, [...] la première et la plus haute des sciences, la plus nécessaire, la plus difficile et peut-être la moins connue »⁷. En outre, après la Révolution de 1789⁸ se développe une littérature administrative très riche sur l'administration, ce qui relativise le caractère pionnier de l'œuvre de Macarel⁹. Sans la présenter de façon exhaustive, on peut relever, uniquement pour la période allant de la fin du Directoire jusqu'au Consulat, qu'en 1798 V.C. Jourdain fait paraître un *Code de compétence*¹⁰, que paraît également un *Manuel des autorités constituées de la République française, contenant [...] une instruction suffisante pour terminer promptement les affaires que l'on a dans les diverses administrations* etc.¹¹, alors que Constantin Delamara publie un *Manuel politique pour les Français ou Principes du droit politique de la République française*¹². En outre, en 1801, J.F. Hanf publie les *Principes du droit public français*¹³, Fleurigeon un *Manuel administratif*¹⁴ et L.S. Balestrier-Canilhac un *Manuel des*

¹ *Du Conseil d'Etat, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche et du caractère de ses actes*, Paris, Garnery, 1810.

² *Du Conseil d'Etat, envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Hérisant Le Doux, 1818.

³ *Du Conseil d'Etat selon la charte constitutionnelle, ou notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, Paris, Cour de Harlay, 1818.

⁴ Tocqueville indique : « le tableau complet des agents directs du pouvoir remplit le premier volume de l'ouvrage de M. Macarel ; dans le second, l'auteur a dépeint la naissance, la composition et les attributions de tous les conseils administratifs. Cette portion de l'œuvre de M. Macarel est sans contredit l'endroit le plus nouveau et le plus curieux de tout son livre ». *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, tome neuvième, 1846, p. 105-120.

⁵ *Des Tribunaux administratifs*, précité, p. 17.

⁶ *Dictionnaire des arrêts et jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, Lyon, impr. de A. de La Roche, 1781-1788, 7 T, T. II (1782), p. 823. T. II, p. 901.

⁷ *Essais sur l'administration*, deux tomes, 1786, sans lieu d'édition ni de nom d'imprimeur, T. I, Discours préliminaire, p. i, ij.

⁸ Je ne fais pas mention de la littérature d'Ancien Régime relative à l'administration, qui est assez importante.

⁹ Cf. Gilles-Jean Guglielmi, « L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX^e siècle », *Annuaire d'Histoire administrative européenne*, n° 8, 1996, p. 109-133.

¹⁰ Un volume in 8°, chez Delaplace, cité dans le *Journal général de la littérature de France ou Répertoire méthodique des livres nouveaux, cartes géographiques, estampes et œuvres de musiques qui paraissent en France*, éd. Paris, 1798, p. 138.

¹¹ 1 vol. Dufart, cité dans le *Journal général de la littérature de France...*, éd. Paris, 1798, p. 204.

¹² Traduction par l'auteur du manuscrit italien, 3 volumes in 8°, Milan chez L. Veladini, cité ibid.

¹³ In 8°, Maastricht, Nypels et Paris, chez Labille. In « Journal... », 1801, p. 146.

¹⁴ 3 vol. in 8°, 1801.

autorités constituées et de tous les fonctionnaires¹ durant cette même année etc. Sans multiplier les exemples, il apparaît ainsi qu'au moment même où Macarel décrit l'administration publique dans l'ensemble de ses travaux, il existe déjà une littérature significative en la matière.

Macarel est-il pionnier en tant que professeur de droit administratif ? Assurément non, car même s'il est nommé « suppléant » de Gérando en 1819, lorsqu'est créé le cours de droit public positif et de droit administratif à la Faculté de droit de Paris, cette matière a déjà fait l'objet d'un enseignement préalable à l'Académie de législation, à Paris². En effet, un cours semble-t-il non publié mais expressément intitulé « droit administratif », a été donné dans cette institution, en 1804, par le conseiller d'Etat Michel-Louis-Etienne Regnault de Saint-Jean d'Angély (1760-1819) : c'est même, semble-t-il, historiquement, le tout premier cours de « droit administratif » à avoir été donné, en France, sous cette appellation. Isambert atteste l'existence de ce cours : « on n'a pas perdu le souvenir de l'école centrale du Panthéon et de cette académie de législation où le droit naturel et le droit des gens, l'économie politique, l'histoire et les antiquités du droit, le droit public positif français, la législation dans ses rapports avec l'administration, étaient professés par des hommes tels que MM. Lanjuinais, Regnault de Saint-Jean d'Angély, et tant d'autres... »³ L'auteur précise que « le droit administratif enseigné à l'académie de législation, par un homme auquel on ne peut refuser de grandes connaissances en cette partie et un talent distingué (Regnault de Saint-Jean d'Angély), fut professé, à l'ouverture de l'école de droit de Paris [...] par M. Portiez de l'Oise, directeur »⁴. Ce témoignage n'est pas douteux ; dans le *Bulletin de l'Académie de législation* de 1804, M. Dupin, -André Dupin, dit Dupin aîné (1783-1865), né à Varzy, dans la Nièvre- présenté comme étant « élève d'élite de la Nièvre » (sic), écrit : « Voyez le décret impérial du 25 Prairial an XII, sur les sépultures et les pompes funèbres, et le décret du 24 Messidor an XII, sur les honneurs funèbres. Quoique ces deux décrets tiennent plus au droit administratif qu'au droit civil, cependant comme ils ont une liaison directe avec ce dernier droit, nous avons cru devoir les rappeler en passant, d'autant mieux que le droit administratif a fait dans l'académie l'objet d'un cours spécial, professé par M. Regnaud de St-Jean d'Angély »⁵. Ainsi, d'un point de vue chronologique, Macarel, à l'instar de Gérando ou Cormenin, fait partie non pas de la toute première génération des professeurs de droit administratif mais de la seconde. Ceci relativise la doxa selon laquelle ces auteurs seraient les « pionniers » du droit administratif, même si eux-mêmes, à leur propre époque, ont pu éprouver ce sentiment. A ce sujet, Macarel écrit en 1842 : « je me suis efforcé de concourir, avec MM. De Gérando et de Cormenin, au développement de la science de l'administration générale et positive [...]. Lorsqu'en 1818 je publiai mes *Eléments de jurisprudence administrative*, il n'existait aucun livre qui exposa, dans son ensemble, la science de règles qui doivent présider à l'application des lois administratives. Je me suis proposé d'en former un corps de doctrine qui pût, dorénavant, servir de guide aux administrateurs aussi bien qu'aux administrés ; et, pour y parvenir, j'ai dû étudier, analyser, classer, coordonner un nombre immense de faits enfermés dans des archives jusque-là secrètes. Avant tous les autres auteurs, j'ai

¹ 1801, 2 volumes, chez Deroy, cité par le *Journal, op. cit.*, p. 78, qui indique : « cet ouvrage est nécessaire à tous les préfets et sous-préfets. »

² Curieusement, M. Touzeil-Divina n'en fait pas mention dans ses *Eléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du Doyen Foucart (1799-1860)*, Poitiers, LGDJ, 2007, et ce, alors même qu'il s'agit historiquement du tout premier cours de droit administratif à avoir été enseigné sous cette appellation en France ; l'information avait été publiée par S. Gilbert, « Aux origines doctrinales du droit administratif : Portiez de l'Oise (1765-1810) », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 85, n° 2, 2007, p. 247-272.

³ *Mémoire sur le concours ouvert à la Faculté de droit de Paris et sur la prétendue suppression, opérée par ordonnance du 6 septembre 1822, des quatre chaires [...] et spécialement, 4^e de la Chaire du Droit public positif et du Droit administratif français*, Sirey, 1822, II, p. 371-381 (p. 375).

⁴ *Ibid.*, p. 376.

⁵ XXI^e livraison, 1804, 30 prairial an XII [soit le 19 juin 1804], p. 58 et s. (p. 60, en note). On peut relever en outre qu'en 1806, le professeur Lassaulx donne également, à Coblenz -ville d'Allemagne rattachée à la République française avec le traité de Lunéville, le 9 février 1801-, un cours intitulé « droit administratif » qui porte sur « le droit civil dans ses rapports avec l'administration » (*Programme des cours pour l'année scolaire 1806 et 1807 de l'École spéciale de Droit, à Coblenz*, in *Intelligenzblatt der Allgem. Literatur-zeitung* num. 116, Sonnabends den 23 ten August 1806, vol. 3, p. 922). Il est indiqué que « les cours auront lieu le mardi, jeudi et samedi à onze heures du matin ». En 1808, Portiez de l'Oise donne ensuite un cours qui donnera lieu à une publication intitulée : *Cours de législation administrative* (Paris, Garnery, deux tomes), mais n'emploie à aucun moment l'expression « droit administratif » lui préférant celle de « droit mixte ».

donc ouvert cette carrière ; c'est en 1821 seulement, que M. de Cormenin, dont les conseils m'avaient dirigé, a commencé la publication successive de son bel ouvrage intitulé *Questions de Droit administratif*¹. Dans une veine comparable, Cormenin écrit en 1840 : « je n'ai guère été que le tailleur de pierres et le maçon d'un édifice plus régulier qu'après moi dresseront les architectes. Mais dût mon nom ne se lire un jour qu'à demi effacé sous les fondements du Droit administratif, je n'en demande pas davantage². La question se pose maintenant de savoir comment évaluer la représentation du droit administratif de Macarel et de quelle manière la situer par rapport à ses contemporains ?

III. La représentation du droit administratif de Macarel

Analyser la représentation du droit administratif de Macarel constitue un sujet qu'il est difficile de synthétiser dans le cadre d'un article et ce, d'autant plus qu'il n'existe pas de « système de droit » propre à Macarel, ni de conception d'ensemble du droit administratif propre à cet auteur, comme cela sera le cas, à partir de la III^e République, chez certains universitaires -Léon Duguit, de façon archétypique. On identifie davantage, dans les travaux de Macarel, des prises de position, souvent largement idéologiques et guère personnelles, qui portent sur divers questions précises de droit administratif ou, le plus souvent, sur la justice administrative ; Macarel propose ainsi, pour ne retenir que cet exemple, une séparation systématique entre l'administration et la juridiction administrative³ -ce qui inclut une critique du principe du « ministre-juge »⁴, ainsi que la reconnaissance, au profit des juges administratifs, de l'inaévitabilité⁵.

A défaut d'identifier une véritable « doctrine » du droit administratif qui caractériserait Macarel, on peut cependant déceler dans ses travaux une certaine « vision » du droit administratif, indéniablement étatiste, autoritaire et très répandue à son époque⁶, qui transparait notamment dans son cours de droit administratif. Selon ce dernier, qui développe une vision corporatiste de l'Etat/de la puissance publique, le droit administratif ne constitue pas tant le révélateur d'un rapport de droit(s) qu'un régime de domination des individus au profit de l'Administration⁷, ce

¹ Macarel, *Note sur les titres que j'ai l'honneur de présenter à l'Académie des sciences morales et politiques*, 26 février 1842, manuscrit (inédit) dont le texte est reproduit dans ce numéro de la revue.

² *Droit administratif*, Paris, Thorel, 5^{ème} édition, 1840, T. I, introduction, p. XLIV.

³ « L'administration doit être investie du droit de statuer sur les contestations qui s'engagent, à l'occasion de ses actes, entre l'intérêt public et l'intérêt privé, s'ensuit-il que cette juridiction appartienne aux agents directs de l'administration ? La droite raison, l'équité répondent que cela ne peut être. [Car] en effet, depuis le ministre jusqu'au chef de la commune, chacun des agents directs de l'administration est le défenseur-né des intérêts généraux [...]. Or, ne voit-on pas clairement que le défenseur des intérêts généraux prononcerait dans sa propre cause, ou, pour parler plus exactement, dans la cause de celui dont il tient son mandat, s'il statuait, par voie de jugement, entre ces intérêts généraux et ceux des particuliers ? Il est donc conforme à tous les principes de morale et de saine politique de confier à d'autres juges que ces agents directs le soin de rendre les décisions sur les débats administratifs. Car les citoyens seraient effrayés d'avoir pour juge la partie même contre laquelle ils auraient à discuter leurs intérêts. A cet égard, le principe sera donc que le juge administratif doit être distinct de l'administrateur ; ou, en d'autres termes, que la justice administrative doit être rendue par des hommes dont aucun n'administre ». *Eléments de droit politique*, précité, p. 405 et 406.

⁴ Il indique que les ministres sont « les premiers dépositaires et les premiers agents de la puissance exécutive », et ajoute que « cette qualité exclut le pouvoir de juger ». *Des tribunaux administratifs*, précité, p. 20.

⁵ Macarel, *Des tribunaux administratifs*, précité, p. 481. Cormenin est également partisan de l'inaévitabilité. Cf. *Droit administratif*, précité, 1840, T. II, Appendice, p. 55 : « ne devrait-on pas, dans l'intérêt du pouvoir et des justiciables, accorder l'inaévitabilité aux membres du comité du contentieux ? ».

⁶ Cormenin écrit ainsi : « ceux qui aiment le plus la liberté sérieuse et développée sont ceux qui aiment le plus aussi un pouvoir régulier et fort ». *Questions de droit administratif*, Paris, A. Guyot et Scribe, Alex-Gobelet, 4^{ème} édition, 1837, préface, p. 16.

⁷ Adolphe Roussel le confirme explicitement, qui écrit du droit administratif que « son étude est un préliminaire ou un complément de toutes les autres études sociales. C'est dans le Droit administratif d'un pays qu'on peut trouver la représentation fidèle d'une bonne partie des mœurs, des habitudes et des préjugés de ce pays ». *Encyclopédie du droit*, Bruxelles, Imprimerie Delfosse, 1843, p. 157. Tocqueville défend également cette idée en 1846, soulignant, à propos des institutions administratives : « on peut dire que nos institutions administratives ont un caractère plus original que nos institutions politiques. J'ajouterai qu'elles me paraissent exercer, à tout prendre, une influence bien plus puissante que celles-ci sur les idées, les habitudes, les actes, les mœurs, en un mot sur la destinée entière de notre nation ». (*Rapport de M. de Tocqueville sur le cours de droit administratif de M. Macarel*. In *Œuvres complètes d'A. de Tocqueville publiées par Madame de Tocqueville*, Paris, Michel Lévy, T. IX, précité, p. 61). Victor Hennequin publie un article intitulé « Principes d'un nouveau droit administratif » dans *La phalange : journal de la science sociale*, 1845, t. II, vol. I, p. 372 et s., dans lequel il prétend analyser la façon dont les lois administratives organisent l'administration des « penchants de l'homme » dans les diverses sphères matérielle, affective et intellectuelle etc. L'auteur écrit (p. 373) : « nous étudierons d'abord les

régime étant justifié par la référence à l'intérêt « public » qui, tel un paravent, dissimule régulièrement la protection d'un intérêt administratif direct qui n'est pas nécessairement conforme ou adapté aux droits ou aux besoins des destinataires de son action. « Au sein de la société civile, écrit Macarel, qui peut procéder à [la] reconnaissance [de l'intérêt commun], à cette constatation de l'intérêt public ? Un seul être moral, la puissance publique, c'est-à-dire la force intelligente et suprême qu'en se constituant, et pour se conserver, la société civile a substitué à l'empire aveugle et désordonné des forces individuelles »¹. Et l'auteur de tirer cette conclusion : « il faut [...] des règles qui dirigent [les] rapports sociaux. Et, pour que ces règles de conduite aient de l'autorité, pour qu'elles soient observées, ne faut-il pas qu'une volonté domine toutes les autres ? »². L'administration, souligne Macarel, exerce une véritable fonction de commandement : « le pouvoir administratif a cela de commun avec la puissance législative, que les actes qui émanent de l'administration portent, comme les lois elles-mêmes, l'empreinte de l'autorité publique, et commandent aussi l'obéissance »³ ; elle ordonne unilatéralement suivant sa volonté propre, à l'image du législateur, de sorte que les actes administratifs jouissent d'une autorité symboliquement proche de celle de la loi, ce qui tend à renforcer l'idée qu'ils doivent ou devraient être peu contestables.

Cette « vision », qui n'est pas propre à Macarel mais que ce dernier a, à son époque, formulée plus nettement que la plupart de ses contemporains -peut-être à l'exception de Vivien-, va constituer une sorte de marqueur au sein de la doctrine administrativiste, au moins jusque dans les années 1880/1890⁴, avant qu'une nouvelle génération d'auteurs ne propose de repenser le rapport juridique entre l'Etat agissant comme puissance publique et les individus⁵, même si, durant le Second Empire, certains auteurs comme Aucoc ont pu progressivement prendre des distances avec cette conception⁶. De façon sous-jacente, cette vision défendue par Macarel postule qu'une opposition aux actes de puissance publique correspond indirectement à une remise en question d'un quasi-exercice de la souveraineté par l'administration⁷, ce qui conduit une large part de la doctrine administrativiste à défendre l'idée que l'administration ne doit pas être contestée dans ses choix ou actions dès lors qu'elle agit dans l'intérêt général. Cette idée est défendue notamment par Vivien : « l'administration a [...] ses principes, lesquels tiennent à son essence même, à son but particulier [...]. Nous n'en citerons qu'un seul : pour elle, l'intérêt privé doit toujours plier devant l'intérêt général »⁸ ; « [l'administration] pour remplir sa mission, [...] a besoin d'air et d'espace ; la liberté est sa vie. [...] Quand la loi l'enferme dans des liens étroits qui en gênent tous les mouvements et qui la privent de tout essor, il peut y avoir encore des agents

lois administratives qui se sont proposé de régler la satisfaction des sens. Nous examinerons séparément celles qui se sont occupées du luxe, du désir exalté de la richesse, et qui ont essayé d'y mettre un frein etc. ».

¹ *Cours d'administration...*, précité, 1852, T. I, p. 9.

² *Ibid.*, p. 10.

³ « Principes généraux et plan du cours » (novembre 1842), reproduit in *Cours d'administration et de droit administratif*, Paris, Plon, 1852, T. 1, p. 13. Voir en outre l'article d'Henri Berthélemy, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP*, 1904, p. 209 et s.

⁴ Cette doctrine survivra au XX^e siècle. Robert Léger écrit ainsi en 1905 : « le respect superstitieux que nous portons à la loi [...], nous l'étendons sans discernement aux applications même erronées, même abusives, de cette loi », « L'intérêt social et les droits individuels », *Revue politique et parlementaire*, mars 1905, p. 499 et s., (p. 501).

⁵ « Il dépend des jurisconsultes, écrit Hauriou, d'améliorer la situation des individus vis-à-vis de l'Etat, uniquement par la façon dont ils conçoivent la personnalité de l'Etat. Il ne faut pas considérer cette personne comme tellement transcendante, qu'il n'y ait aucune commune mesure entre les droits de l'Etat et ceux des individus [...]. Il faut considérer [...] que [...] les droits de l'Etat [...] sont de la même nature que les droits des individus, qu'ils peuvent être soumis à des règles analogues, et que les actes par lesquels ils sont exercés peuvent être appréciés des tribunaux tout comme les actes des particuliers. En d'autres termes, il faut que l'action de l'Etat soit soumise à l'empire du droit ». *Précis de droit public et administratif*, Paris, Larose, 1^{ère} édition, 1892, p. 27. V. sur ce point, notamment : S. Gilbert, « Léon Michoud et la doctrine publiciste de son temps », *Léon Michoud*, sous la direction de X. Dupré de Boulois et P. Yolka, Paris, Institution universitaire Varenne, collection colloques et essais, 2014, p. 85-108.

⁶ « N'oubliez pas, je vous en conjure, indique Léon Aucoc aux étudiants de l'Ecole des ponts et chaussées, non seulement de respecter le droit privé, mais même de ménager l'intérêt privé. On trouve toujours très doux de jouir des avantages que procure la société ; on a toujours de la peine à se soumettre aux sacrifices qu'elle impose. Ne faites pas trop sentir le sacrifice, adoucissez-le [...]. Songez que, aux yeux des citoyens avec lesquels vous serez en rapports, vous représenterez l'autorité publique ». *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1^{ère} éd., 1869, T. I, préface, p. XI.

⁷ Sur cette idée : H. Berthélemy, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP*, 1904, p. 209 et s.

⁸ « Droit administratif », *Dictionnaire de la conversation et de la lecture*, Paris, Belin-Mandar, 1835, T. XXII, p. 102-103.

qui se décoorent du titre d'administrateurs, mais il n'y a plus d'administration »¹, ou encore Gabriel Dufour, en 1868 : « s'il est un principe fondamental en droit administratif, c'est que pour tout ce qui est des exigences de l'intérêt général, l'administration n'a de compte à rendre à personne et ne relève que d'elle-même. Comment donc serait-il permis de l'appeler devant le juge et de la réduire à subir la discussion des motifs qui ont pu dicter ses ordres ou présider à ses choix ? [...] Comprend-on que le pouvoir social puisse être pris à partie pour cause de partialité, de négligence, d'inhabileté... »². Ainsi représenté, le droit administratif se révèle foncièrement illibéral, ce qui conduit un certain nombre des contemporains de Macarel à critiquer sa vision du droit administratif.

De façon pérenne et néanmoins rare car la plupart des administrativistes du XIX^e sont assez peu soucieux de la protection des droits individuels et essentiellement préoccupés par les conditions auxquelles l'administration peut efficacement accomplir ses fonctions, la représentation du droit administratif de Macarel, mais aussi celles de Gérando ou de Cormenin³, vont faire l'objet d'un certain nombre de critiques, dès le début du XIX^e siècle, pour diverses raisons qu'il n'est pas toujours évident de caractériser. S'agissait-il, pour certains, d'une volonté de discréditer la génération antérieure pour s'affirmer, ou du souhait de rejeter une vision autoritaire du droit administratif naissant afin de prescrire une autre vision de ce droit, plus « scientifique » et/ou moins illibérale, ce qu'illustre en partie la référence régulière de la doctrine au « vrai droit administratif »⁴ pour discréditer l'ancien, soit le « faux » droit administratif, non conforme aux vœux et prescriptions de ces auteurs ? Sans pouvoir répondre à cette interrogation, on peut néanmoins rendre compte du type de critiques dont fait l'objet Macarel.

Afin de dénoncer l'illibéralisme des premiers auteurs administrativistes dont fait partie Macarel, Tocqueville a écrit, dans une lettre à son neveu Hubert de Tocqueville, en 1854 : « si tu te détermènes pour le droit administratif, fais, du moins, bien attention à ceci : il n'y a pas d'étude qui soit plus propre à rétrécir et à fausser l'esprit que celle de ce qu'on appelle le droit administratif. Tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière, même les plus célèbres, ont été ou sont encore des esprits peu élevés, qui n'ont pas su juger par eux-mêmes de la valeur et de la bonté des règles qu'ils enseignaient, ni apercevoir au-delà de la science dont ils étaient les commentateurs, la science plus générale et plus grande qui enseigne à quelles conditions les sociétés prospèrent. Il y a, parmi eux, d'habiles commentateurs, des légistes distingués, des écrivains remarquables ; il n'y a pas un publiciste »⁵. Sous ce rapport, un auteur tel que Macarel est est critiquable en raison de son incapacité à mesurer à quel point le droit administratif se montre inconciliable avec l'esprit libéral de la Révolution de 1789, selon lequel la société, pour « prospérer », ne doit pas être administrée de façon quasi-tutélaire. C'est surtout dans le compte-rendu du *Cours de droit administratif* de Macarel qu'il présente à l'Académie des sciences morales et politiques, en 1846⁶, que Tocqueville critique la vision du droit administratif de Macarel. Dans ce texte où Tocqueville se demande comment « mettre d'accord les principes du droit administratif avec ceux du droit politique » et comment concilier les institutions administratives modernes,

¹ *Etudes administratives*, Paris, Guillaumin, 1845, p. 280.

² *Traité de droit administratif appliqué : ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Delamotte, 3^{ème} édition, 1868, T. V, p. 146-147.

³ A propos de Cormenin, Chauveau observe en 1843 que « le public [...] attendait l'exposé des principes d'une matière sur laquelle M. de Cormenin avait projeté tant de lumières. Telle ne fut pas la méthode suivie par le prince de la science administrative ; il persista à se considérer comme maçon quand il devait être architecte ». *Principes de compétence et de juridictions administratives*, Paris, Cotillon, 1843, T. II, p. 153-154. La critique de Chauveau semble sévère car il ne semble pas, à la lecture des travaux de ce dernier, qu'ils soient d'une rigueur d'analyse aussi supérieure à ceux de Cormenin que ce que celui-ci sous-entend.

⁴ Sans être le seul à utiliser ce procédé rhétorique, Aucoc écrit ainsi : « ces lois [auxquelles] s'appliquaient les appréciations si sévères de M. de Cormenin, [...] ce n'était pas le vrai droit administratif. Quand toutes ces matières brûlantes, sorties de l'épuration révolutionnaire, ont été éteintes, le vrai droit administratif s'est dégagé. On a vu apparaître la législation normale qui régit les rapports de l'administration et des particuliers [...] et l'on a senti que si cette législation demande encore des sacrifices à l'intérêt privé, c'est au moins dans une mesure raisonnable et pour être utile à l'intérêt public ». *Discours prononcé à la Société de législation comparée*, 8 décembre 1875, Paris, 1876, 11 pages, p. 6.

⁵ A. de Tocqueville, *Lettre à son neveu le baron Hubert de Tocqueville*, Saint-Cyr, le 15 février 1854, *Œuvres complètes d'A. de Tocqueville publiées par Mme Tocqueville*, Paris, Michel Lévy, 1866, T. VII, « Nouvelle correspondance totalement inédite de Alexis de Tocqueville », p. 315-316.

⁶ *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, tome neuvième, 1846, p. 105-120.

issues d'un régime autoritaire, l'Empire, avec la monarchie représentative, l'auteur, qui est conscient que le droit administratif est pensé dès cette époque comme le prolongement du droit constitutionnel¹ et qui estime qu'en dépit des changements de constitutions politiques, la nature du droit administratif est celle d'un droit de puissance, antithétique du libéralisme politique naissant, déplore que l'administration soit progressivement devenue/représentée comme un « pouvoir », à l'image de ce qu'écrit un auteur tel Macarel², ce que Tocqueville considère comme un danger politique. Celle-ci, en effet, entend transformer l'état social au nom de l'égalité, notamment, en imposant sa représentation de « l'utilité publique » souvent au prix d'un sacrifice des droits et libertés individuels, suivant une vision corporatiste de l'Etat qui tend à englober les individus, ce qui est contraire aux principes et idéaux de 1789 auquel Tocqueville est viscéralement attaché. Sous ce prisme, le fait que Macarel se préoccupe essentiellement de décrire l'administration et les règles qui encadrent son action ou ses décisions sans se préoccuper du statut des individus confrontés à l'administration apparaît, aux yeux d'un tel auteur, comme une forme d'aveuglement sinon comme une insigne étroitesse d'esprit, en soi condamnable.

Suivant une démarche inspirée de celle de Tocqueville mais moins radicale, Léon Aucoc a également contribué à critiquer Macarel, estimant que le droit administratif que celui-ci a, ainsi que d'autres auteurs, décrit et légitimé -en raison de son manque de sens critique-, était trop « arbitraire » et attentatoire aux droits privés pour constituer ce qu'il appelle un « vrai » droit administratif : « pendant longtemps, écrit Aucoc, les jurisconsultes et les magistrats, absorbés par l'étude du droit civil, du droit commercial et du droit criminel, ont considéré que le droit administratif ne méritait pas d'être approfondi [...]. Dans leur opinion, c'était un amas confus de prescriptions arbitraires et de règles de conduite à l'usage des fonctionnaires publics. C'était pour eux un monde étranger, ils le jugeaient sur sa réputation, et cette réputation était fâcheuse. Au surplus, ils étaient excusables, car les premiers écrivains qui ont recherché à dégager les principes du droit administratif et à vulgariser la jurisprudence du Conseil d'Etat, M. de Cormenin et Macarel, avaient eux-mêmes, dans leurs premiers livres, singulièrement discrédité cette partie de notre législation »³ ; « ces lois [auxquelles] s'appliquaient les appréciations si sévères de M. de Cormenin, [...] ce n'était pas le vrai droit administratif. Quand toutes ces matières brûlantes, sorties de l'épuration révolutionnaire, ont été éteintes, le vrai droit administratif s'est dégagé. On a vu apparaître la législation normale qui régit les rapports de l'administration et des particuliers [...] et l'on a senti que si cette législation demande encore des sacrifices à l'intérêt privé, c'est au moins dans une mesure raisonnable et pour être utile à l'intérêt public »⁴.

C'est donc, en définitive, essentiellement l'illibéralisme inhérent à la vision du droit administratif de Macarel ou de certains de ses contemporains, tel Cormenin, qui a historiquement suscité les critiques, certes peu nombreuses, de la doctrine publiciste. Sans concentrer son analyse sur cet aspect de l'« œuvre » de Macarel, un auteur tel Maurice Sabatier a, me semble-t-il, assez bien résumé le rôle que Macarel et certains auteurs de sa génération ont pu jouer dans la fondation du droit administratif⁵ en écrivant que « par une rare bonne fortune, il s'est rencontré, dès la première heure, dans le sein de ce Conseil ou dans ses entours, des hommes, qui n'étaient pas assurément des hommes de génie, mais qui avaient du bon sens, de la clairvoyance, un grand sentiment du bien public et de l'équité, et qui, mis par leurs fonctions en présence d'une juridiction informe et d'une législation qui ressemblait à un chaos, se sont ingénies à faire la lumière dans ce chaos et à donner à cette juridiction une méthode et une doctrine. De Gérando,

¹ Grégoire Bigot, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875. Définir le droit administratif (1) », *RFDA*, 2003, p. 218-224.

² Macarel: « Le pouvoir administratif a cela de commun avec la puissance législative, que les actes qui émanent de l'administration portent, comme les lois elles-mêmes, l'empreinte de l'autorité publique, et commandent aussi l'obéissance ». *Principes généraux et plan du cours (novembre 1842)*, reproduit in *Cours d'administration et de droit administratif*, Paris, Plon, 1852, T. 1, p. 13.

³ *Discours prononcé à la Société de législation comparée*, 8 décembre 1875, Paris, 1876, 11 pages, p. 4 et 5. (Extrait du *Bulletin de la Société de Législation comparée*).

⁴ *Ibid.*, p. 6 (Nous soulignons).

⁵ Même si l'on ne partage pas l'indulgence de cet auteur face au caractère foncièrement illibéral de la vision du droit administratif qui caractérisait peu ou prou la génération de Macarel.

Macarel, Cormenin ont commencé cette rude besogne : ce sont eux, à proprement parler, les grands ancêtres [...] »¹, à condition de ne pas oublier ceux qui les ont précédés, tels Regnaud de St-Jean d'Angély ou Portiez de l'Oise, pour ne citer que ces deux auteurs, sous le Premier Empire.

Simon GILBERT
Professeur de droit public,
Université de Lyon II

¹ *Notice sur la vie et les travaux de M. Léon Aucoc lue dans la séance du 1^{er} mars 1913 à l'Académie des Sciences morales et politiques*, Paris, Firmin Didot, 1913, p. 16.