

MACAREL ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

« Il n'existait point de livre qui traitât spécialement de la juridiction administrative et des tribunaux qui l'exercent : il m'a semblé qu'un tel ouvrage serait utile, et je l'ai entrepris »¹.

Utile, l'ouvrage *Des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, publié en 1828, l'est assurément aux yeux des contemporains de Macarel. L'ouvrage reçoit le meilleur accueil de leur part, y compris de ceux qui ne partagent pas les opinions qu'il y développe². Il trouve même grâce auprès d'Hauriou dans l'article qu'il publie à la *Revue générale d'administration* en 1892³. L'un des premiers mérites reconnus par ses pairs est son apport à la découverte de la juridiction administrative. Macarel n'en est toutefois pas à son coup d'essai, puisqu'il publie dès 1818 ses *Éléments de jurisprudence*⁴, ouvrage toutefois moins riche que le suivant.

Il est traditionnel de souligner que, aux côtés de Gérando et de Cormenin, Macarel a grandement œuvré à l'ordonnancement et à la diffusion du droit administratif⁵. Le constat vaut également pour la juridiction administrative, encore que Gérando demeure très en retrait par rapport à ses deux collègues. Pourtant, l'ordre apporté au

1. L-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs ou Introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Roret, 1828, p. v, Avertissement.

2. Selon le Duc de Broglie, l'ouvrage contient « des recherches très bien faites, très méthodiquement exposées, sur l'origine de la juridiction administrative, sur l'importance et l'étendue de ses attributions » (V. de Broglie, « Principes fondamentaux », *Revue Française*, 1828, reproduit in *Revue des revues de droit public publiées à l'étranger*, 1839, p. 1).

3. Si Hauriou n'hésite pas à écrire en 1892, que « les quelques considérations générales placées en tête sur l'administration et sur la juridiction administrative n'avaient pas grande valeur » à propos de l'œuvre de 1818, il est plus élogieux quant à celle de 1828, par laquelle Macarel « révélait au public l'existence d'un certain nombre de juridictions » (M. Hauriou, « De la formation du Droit administratif français depuis l'an VIII », *Revue générale d'administration*, 1892, p. 394).

4. L-A. Macarel, *Éléments de jurisprudence administrative : extraits des décisions rendues publiques par le Conseil d'État en matière contentieuse*, Dondey-Dupré, 1818, 416 p.

5. Voir notamment Gilles J. Guglielmi, « Vu par ses pères, le droit administratif », *Le droit administratif en mutation*, PUF-CURAPP, 1993, p. 41-50.

début du XIX^e siècle paraît bien relatif à celui qui découvre son œuvre au XXI^e siècle pour au moins trois raisons.

La première tient au vocabulaire employé : les mots demeurent, mais leur sens a beaucoup évolué en deux siècles, si bien que la lecture de l'œuvre peut être perturbée, perturbante et induire en erreur. En particulier, l'expression « juridiction administrative » ne correspond pas à son acception actuelle. Macarel fait référence à trois catégories de juridiction dans ses *Éléments de jurisprudence* en 1818⁶, prouvant que justice et administration ne sont pas clairement distinguées : la juridiction administrative, la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse. La juridiction administrative inclut toutes les matières de l'ordre public (les règlements, la police, les actes des préfets, la répartition de l'impôt), dans lesquelles l'administration agit seule par voie d'autorité et où elle a pleine science et pleins pouvoirs. La juridiction gracieuse constitue une pure faveur du souverain, tout ce qui émane de son libre arbitre, de sa volonté spontanée. Enfin, la juridiction contentieuse naît de la juridiction administrative et de la juridiction gracieuse lorsque les actes portent atteinte à la propriété des citoyens ou aux droits acquis. Les termes employés sont néanmoins fluctuants⁷. En 1828, dans *Des tribunaux administratifs*, Macarel opère cette fois une distinction entre la juridiction volontaire et la juridiction contentieuse⁸, ancêtre lointain de la distinction entre recours hiérarchique et contentieux. La juridiction administrative de l'époque ne peut donc pas être assimilée à ce qu'elle est à l'heure actuelle, c'est-à-dire aux organes compétents en matière contentieuse. Ce que l'on dénommerait aujourd'hui la juridiction administrative est plutôt traité par Macarel dans une subdivision portant sur les « juges administratifs ». Le présent propos est essentiellement

6. L.-A. Macarel, *Éléments de jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 2 ; dans la même veine, voir J.-M. de Gérando, « Discours d'ouverture du Cours de droit public et administratif », *Thémis*, 1820, T. 1, p. 78-79.

7. Alors même qu'il fait les louanges de Macarel, Isambert critique la distinction entre les diverses juridictions (F.-A. Isambert, « Notice sur un ouvrage : Éléments de jurisprudence administrative de Macarel », *Thémis*, 1820, t. 2, p. 158) ; ultérieurement, Chauveau précisera : « il me semble que la juridiction administrative est le genre ; les juridictions gracieuse et contentieuse les espèces » (A. Chauveau, *Code d'instruction administrative ou lois de procédure administrative*, Cosse et Marchal, 3^e éd., 1867, p. cxxxiiij).

8. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 28 et suiv. ; dès 1819, l'auteur a livré au public une partie de l'ouvrage, dans une version synthétique (« Introduction à la jurisprudence administrative », *Thémis*, 1820, t. 1, p. 25 et suiv. ; p. 232 et suiv. et *Thémis*, 1820, t. 2, p. 255). Macarel énonce qu'il y a juridiction administrative volontaire « toutes les fois que l'administrateur interpose son autorité dans un recours qu'un ou plusieurs citoyens sans contradicteurs exercent devant lui » tandis qu'elle est contentieuse « lorsque les actes de l'administrateur sont attaqués par des tiers intéressés ».

réduit à la juridiction contentieuse – comme souvent dans l’œuvre de Macarel –, mais il est essentiel de garder en mémoire la polysémie de l’expression juridiction administrative, afin de comprendre l’œuvre.

Cette équivoque sémantique ne fait que refléter la situation de l’époque et notamment la confusion qui est opérée entre l’administration active et la juridiction administrative. En ces temps lointains de justice retenue, la juridiction administrative est aussi exercée par des organes administratifs, au titre desquels le préfet et les maires, ainsi que par de nombreuses autorités exerçant une juridiction spécialisée, notamment les évêques. L’indistinction est également persistante au niveau du Conseil d’État.

Le troisième et dernier facteur de chaos tient paradoxalement à une trop grande énumération sous laquelle le lecteur est submergé. Il fallait certainement être un étudiant docile ou particulièrement motivé pour suivre les 200 pages du cours de droit administratif de Macarel relatives « au juge administratif » et qui renferment la litanie de toutes les autorités investies d’une juridiction, tels les Conseils de préfecture et le Conseil d’État, mais également de nombreux tribunaux en matière de garde nationale, de prises maritimes ou d’instruction publique⁹. Une classification fait cruellement défaut.

Cette découverte des juridictions est indéniable, salutaire et fondamentale pour la construction du droit administratif. S’il ne s’était que contenté de diffuser l’état du droit concernant les juridictions, l’apport de Macarel eût été précieux. Toutefois, le juriste contemporain peut ne trouver qu’un assez faible intérêt à une telle entreprise, la plupart de ces juridictions ayant été supprimées. Le propos, de ce point de vue, demeure ancré dans une époque révolue. En revanche, la lecture de l’œuvre de Macarel peut toujours susciter l’intérêt et demeurer stimulante en raison du témoignage apporté quant au contexte historique et quant à ses incidences sur la juridiction administrative. En la matière, loin d’être poussiéreux, le retour dans le passé est l’occasion de découvrir une juridiction administrative attaquée, en passe d’être supprimée, mais aussi à l’inverse, ardemment défendue.

À l’heure où la juridiction administrative est bien ancrée dans le paysage institutionnel français avec, à son sommet, le Conseil d’État,

9. D’ailleurs, lorsqu’il traite des juges, les recense et énumère leurs compétences, Macarel ne cite le Conseil d’État que dans une 14^e section. Il faut attendre la seconde moitié du xix^e siècle pour que l’intérêt porte sur le contentieux administratif et que le Conseil d’État soit mis en avant aux côtés des Conseils de préfecture, au détriment des juridictions spécialisées (L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 163-280). Toutefois, si le Conseil d’État semble relégué en fin d’énumération, le nombre de pages – plus de 200 – qui lui est consacré contribue à rehausser son statut.

il paraît quelque peu dépaysant et rafraîchissant de découvrir qu'il s'en est fallu de peu pour qu'il en aille autrement. Le hasard qui a conduit à ce que le Conseil d'État acquiert sa physionomie actuelle est ainsi mis en évidence. Certaines propositions de Macarel semblent d'une grande modernité, de même que l'usage d'un vocabulaire parfois avant-gardiste – « tribunaux administratifs » ou « cour de justice administrative ». De plus, à l'occasion de sa réflexion, l'auteur discute de nombreux points qui permettent de réfléchir aux caractéristiques que doit avoir une juridiction digne de ce nom et, en la matière, le sujet est encore loin d'être épuisé.

L'œuvre de Macarel ne peut être comprise indépendamment de son contexte historique. Jamais le Conseil d'État n'aura été autant attaqué que sous la Restauration. Quelques années auparavant, sous l'Empire, Locré, secrétaire général du Conseil d'État, livre une première présentation du Conseil d'État impérial¹⁰. Le propos est complètement dépassionné¹¹ et certainement partial. Le Conseil d'État est très puissant et cumule des fonctions administratives, législatives et contentieuses. À la chute de l'Empire, le Conseil d'État est affaibli. Une ordonnance du 29 juin 1814 établit des sections et un comité du contentieux, mais ni la Charte de 1814 ni aucune loi ne le mentionnent, si bien que sa constitutionnalité est mise en doute¹². Les détracteurs de la justice et de la juridiction administratives sont légion¹³ et les critiques fusent de toutes parts. « Symbole du despotisme honni de l'usurpateur »¹⁴ selon la formule de François Burdeau, en référence à son origine napoléonienne, le Conseil d'État est attaqué¹⁵

10. Locré étant lui-même secrétaire général du Conseil d'État sous le Consulat et l'Empire, il était peu à même de remettre l'institution en question. J.G. Locré de Roissy, *Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche et du caractère de ses actes*, Garnery, 1810, p. 13.

11. Dans ses *Institutes*, publiées en 1829, de Gérando demeure également très descriptif s'agissant des Conseils de préfecture (spé. p. 241) et du Conseil d'État (spé. p. 265-292 et p. 360 et suiv.).

12. L'argument est classique : n'étant pas mentionné par la Charte, le Conseil d'État serait inconstitutionnel, critique que se sont évertués à parer de nombreux défenseurs de l'institution, au premier rang desquels Sirey (J-B. Sirey, *Du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle*, fac-similé de l'édition de 1818, Phénix éditions, 2005, p. 451).

13. Pour un aperçu des critiques, voir notamment V. de Broglie, *op. cit.*, p. 1 ; aussi F. Burdeau, « Les crises du principe de dualité de juridictions », *RFDA*, 1990, p. 724 ; M. Jorat, « Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats », *RFDA*, 2008, p. 456.

14. F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 90.

15. Voir notamment L. Aucoc, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789, étude historique et bibliographique*, Imprimerie nationale, 1876, p. 107 et s. Selon l'auteur, le côté le plus saillant sous la Restauration est « la longue polémique à laquelle l'institution elle-même donna lieu de 1817 à 1830 » ; aussi G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif français depuis*

aussi bien par les ultra-royalistes que par les libéraux. Les premiers lui reprochent une trop grande politisation, tandis que les seconds insistent sur le manque de garanties processuelles que cette justice d'exception présente. Une constante doit néanmoins être relevée : seule la fonction contentieuse cristallise les tensions, là où la fonction consultative est défendue par l'immense majorité pour son apport précieux au pouvoir en place en terme de connaissance du droit et d'expertise. Après 1848, la doctrine s'accommode de la juridiction administrative telle qu'elle a progressivement été formée et réformée. Elle développe une vision contentieuse, à la suite de Batbie¹⁶, Serrigny¹⁷ ou Chauveau¹⁸, en n'insistant plus sur les conflits politiques auxquels l'institution a donné lieu sous les régimes précédents. Le juridique l'emporte désormais sur le politique.

Or, cette période charnière pour la juridiction administrative (1818-1848) est précisément celle au cours de laquelle Macarel expose la majorité de ses réflexions en matière administrative. Son œuvre constitue un livre ouvert, le révélateur de l'agitation qui entoure la juridiction administrative. Il le dit clairement : « la justice administrative surtout est en butte à de pressantes attaques, et c'est vers le sommet de cette hiérarchie que se portent aujourd'hui les efforts : je viens montrer l'ensemble de cette juridiction, indiquer ce qui la constitue, exposer ses attributions, retracer son organisation intérieure, et signaler en passant, ses imperfections et ses vices, tels qu'ils m'ont apparus »¹⁹.

Et qui mieux que lui pouvait entreprendre cette œuvre ambitieuse ? Avocat près la Cour d'appel de Paris, puis avocat aux Conseils et à la Cour de cassation jusqu'en 1827, il devient membre du Conseil d'État sous la Monarchie de Juillet par un décret du 20 août 1830, – consécutivement à l'épuration que celui-ci subit le même jour²⁰ – maître des requêtes, puis quelques mois plus tard conseiller d'État. Après quelques années de service effectuées dans l'administration, il revient au Conseil d'État en 1839, y est maintenu par l'Assemblée législative en 1849 et enfin préside la section d'admi-

1789, PUF, 2002, p. 83 ; B. Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, PUF, 2003, spé. p. 80-90.

16. A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et de droit administratif*, Cotillon, 1861-1868, spé. t. 7, p. 426 et s.

17. D. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, Durand, 1865, tomes 1 et 2.

18. A. Chauveau, *op. cit.*, 2 volumes.

19. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, avertissement, p. vj.

20. B. Pacteau, *op. cit.*, p. 91.

nistration jusqu'à sa mort en 1851. En parallèle, il assure la tâche d'enseignement dans la chaire de droit administratif à la faculté de droit de Paris²¹. Fonctionnaire, avocat, juge, publiciste, professeur, il est au croisement des destinées²² : il connaît le droit administratif pour l'avoir pratiqué. Fort de son expérience, il est à même de synthétiser ses connaissances et de les exposer à destination de ses étudiants. Qui plus est, il a cherché à faire œuvre de doctrine et à faire preuve de critique au-delà de la seule description²³.

Lorsque l'on sait l'importance qu'il a attachée à la jurisprudence administrative et à la diffusion de celle-ci, on ne peut pas être surpris de la réflexion à laquelle il se livre concernant l'organe qui en est à l'origine. Bien qu'il n'explique pas lui-même sa démarche, elle pourrait répondre à la logique suivante : il est indispensable de faire connaître la juridiction administrative concomitamment à la promotion de la jurisprudence qui en émane et toute imperfection doit être combattue. Ainsi, la juridiction administrative peut donner naissance à une jurisprudence administrative comprise comme un produit juridique et non politique et permet l'élaboration d'un droit administratif pérenne.

Sans vouloir minorer l'apport de l'auteur, il faut toutefois souligner qu'il n'est pas le seul dans cette entreprise. En particulier, Cormenin le suit – ou le précède – en publiant, en 1818, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*²⁴. À la lumière de cette œuvre, le propos de Macarel apparaît en définitive d'une faible originalité. Ce constat lapidaire est certainement trop sévère. Il serait plus juste de considérer que Macarel n'a pas l'exclusivité des propositions qu'il formule et qui semblent les plus novatrices, mais il livre une vision d'ensemble de la juridiction administrative là où les autres s'en tiennent à l'étude du Conseil d'État. À ce titre, il mérite de retenir l'attention.

La démarche de Macarel oscille entre explication et légitimation, dans le but de doter la France d'une véritable juridiction administra-

21. P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français*, PUF, 2007, p. 525-526 ; également A. Regnault, *Histoire du Conseil d'État depuis son origine jusqu'à ce jour*, Vaton, 1851, p. 475-484 (notice bibliographique de Macarel) ; J. Savoye, *Quelques aspects de l'œuvre de Louis-Antoine Macarel*, Thèse, université de Lille, 1970, 2 vol., 636 p.

22. Voir S. Cassese, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Montchrestien, 2000, p. 26.

23. Cette démarche est rare à l'époque, comme le souligne Mathieu Touzeil-Divina (*La doctrine publiciste*, 1888-1880, Éditions La Mémoire du Droit, 2009, p. 22).

24. L.-M. de Lahaye, Baron de Cormenin, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, de l'imprimerie de M^{me} Hérisant, 1818, 238 p.

tive. Pour ce faire, il milite non seulement en faveur de l'affranchissement de la juridiction administrative (I), mais aussi pour la réforme de celle-ci (II).

I. Affranchir la juridiction administrative

Dans ses *Éléments de droit politique* parus en 1833 et véritable ouvrage de droit constitutionnel, science politique et libertés publiques, Macarel s'intéresse à la séparation des pouvoirs. Concernant l'autorité judiciaire, il précise que les jugements ne doivent pas être rendus par le prince, car ils seraient « une source intarissable d'injustices et d'abus »²⁵. Toutefois, l'autorité judiciaire n'inclut pas la juridiction administrative, qui, elle, trouve sa place parmi les questions relatives à « l'organisation de l'autorité administrative »²⁶, c'est-à-dire au sein de l'exécutif. La place de la juridiction administrative doit dès lors être précisée. L'existence – tant de la juridiction que de la justice administrative – sera affermie et pérennisée par son indépendance vis-à-vis tant de la juridiction judiciaire (A) que de l'administration, bien que dans ce second cas la scission soit très relative (B).

A. Une indépendance absolue vis-à-vis de la juridiction judiciaire

Macarel est catégorique : l'autorité judiciaire et la juridiction administrative sont distinctes. En aucun cas, les litiges portant sur la matière administrative ne sauraient échoir à la compétence de l'autorité judiciaire ou comme il l'écrit souvent « aux tribunaux ». Il précise que « lorsque dans le cours de son action, [l'administration] froisse quelques droits privés qui lui opposent alors une résistance [...] de là naît une nature toute particulière de contestations, qui prennent le nom d'*administratives*, à cause du caractère même des actes qui les font naître ». L'autorité judiciaire proprement dite n'est pas apte à statuer, car elle « n'a d'autre mission que de terminer, par des jugements, les débats entre particuliers »²⁷. L'opposition est déjà marquée : le contentieux lié à des actes administratifs échoit à la compétence de l'autorité administrative, là où les litiges entre particuliers relèvent de l'autorité judiciaire.

25. L.-A. Macarel, *Éléments de droit politique...*, *op. cit.*, p. 53.

26. *Ibid.*, p. 105 et s.

27. *Ibid.*, p. 127.

Macarel justifie cette scission par « le grand principe qui doit présider à la séparation des deux autorités judiciaire et administrative », sans plus d'explication, et par celui des lois administratives : « l'intérêt public doit toujours l'emporter sur l'intérêt privé »²⁸. Or, les tribunaux judiciaires « ne sont point placés de manière à apercevoir ou de moins à apprécier les raisons d'État et d'intérêt public qui peuvent souvent dominer de semblables affaires »²⁹. Seule une juridiction spécialisée, au fait des choses publiques, est à même de connaître du contentieux de l'administration, le propos ayant été depuis lors abondamment repris. Macarel use d'un argument supplémentaire, relativement tu à l'heure actuelle : la justice administrative doit avoir « plus de latitude dans l'instruction, plus de rapidité dans l'action et l'exécution », d'où découle la nécessité d'une « juridiction particulière et spéciale »³⁰. Cette haute juridiction ne peut être remise à la Cour de cassation, qui « doit rester entièrement étrangère à l'exercice de la juridiction administrative »³¹. Cet état des choses lui paraît tellement évident qu'il ne prend guère le temps de s'y arrêter. Sa position ne varie pas et il la réitère en 1844 dans son *Cours de droit administratif* en réfutant le fait que, « dans l'ordre nouveau », il y ait une juridiction d'exception (administrative) à côté de la juridiction ordinaire : « les uns et les autres sont et doivent rester dans une mutuelle indépendance »³².

Non seulement Macarel insiste sur le fait que la justice administrative ne saurait échoir à la compétence des tribunaux judiciaires, mais il cherche également à démontrer que la juridiction administrative est de même nature que la juridiction civile. Il place les deux sur un pied d'égalité, alors que cette vision des choses n'est pas partagée par tous ses contemporains. Par exemple, le duc de Broglie insiste sur le fait qu'en matière administrative, il n'est pas statué sur des droits, mais seulement sur des intérêts, ce qui fait obstacle à la qualification de tribunal. Face à un pouvoir discrétionnaire de l'administration ou face à une balance avec l'intérêt général, l'administré n'a aucun droit à

28. *Ibid.*, p. 128

29. *Op. cit.* et *loc. cit.* En 1844, sa position est la même : l'autorité judiciaire n'est pas apte à juger, car elle ne se prononce que dans la sphère des lois d'intérêt privé (L.-A. Macarel, *Cours de droit administratif professé à la Faculté de droit de Paris*, Thorel, 1844, t. 2, p. 683).

30. L.-A. Macarel, *Éléments de droit politique...*, *op. cit.*, p. 128.

31. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 514.

32. L.-A. Macarel, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.*, 1844, t. 2, p. 868.

opposer à la puissance publique, le droit n'existe qu'en puissance³³. Telle n'est pas l'opinion de Macarel, selon lequel des droits sont en jeu, droits privés qui s'opposent à des droits publics, démonstration qu'il illustre de nombreux exemples³⁴.

Étant donné que les autorités administratives et judiciaires sont séparées, il y a un risque d'envahissement de l'une sur l'autre. En cas de conflit, le Prince est appelé à le résoudre, ce que Macarel considère comme un moindre mal en 1828³⁵, tellement il est attaché à la soustraction de la connaissance des affaires administratives par la Cour de cassation. Dans l'hypothèse où cette dernière serait conduite à trancher, cela serait dangereux, car non seulement elle appartient à l'autorité judiciaire, mais en plus, il n'y a aucun moyen de réformer ses actes³⁶. Après la création du Tribunal des conflits par l'article 89 de la Constitution de 1848, Macarel détaille minutieusement l'organisation et le fonctionnement de celui-ci dans son *Cours d'administration* de 1852, mais s'abstient « quant au mérite de ces diverses innovations [...] ; avant de nous prononcer laissons les résultats se produire »³⁷. Sa mort, le 24 mars 1851, l'en a empêché.

Ainsi, Macarel prend soin d'isoler la juridiction administrative de la juridiction judiciaire. Il se démarque, avec Cormenin³⁸, d'une partie de la doctrine de l'époque³⁹ qui plaidait volontiers en faveur d'un large transfert du contentieux à la juridiction judiciaire. Il a toutefois plus de difficulté à séparer la juridiction administrative de l'administration active.

33. V. de Broglie, « Principes fondamentaux », *Revue Française*, 1828, reproduit in *Revue des revues de droit public publiées à l'étranger*, 1839, p. 12.

34. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 498 et suiv. La réflexion relative à la juridiction administrative semble ainsi emprunter la même logique que celle portant sur le droit administratif en général : à la fois par une réfutation du droit civil et par comparaison et confrontation avec celui-ci.

35. *Ibid.*, p. 518 : « la main modératrice du prince ne doit pas surtout être désarmée du niveau régulateur du conflit ».

36. L.-A. Macarel, *Éléments de droit politique...*, *op. cit.*, p. 131. Macarel traite ici de la répartition des conflits dans l'absolu, sans se référer aux dispositions réglementaires en vigueur. C'est peut-être la raison pour laquelle il ne mentionne nullement l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 qui a permis de régler la procédure en la matière (Voir notamment G. Bigot, *Introduction historique...*, p. 94-95).

37. L.-A. Macarel, *Cours d'administration et de droit administratif*, Librairie de jurisprudence de Plon, 1852, t. 2, p. 640 et s.

38. Cormenin, *Du Conseil d'État...*, *op. cit.*, p. 103 et s.

39. Voir notamment V. de Broglie, *Principes fondamentaux...* ; également J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1977, p. 96-97.

B. Une autonomie relative vis-à-vis de l'administration

À l'époque, et même depuis le commencement de la Révolution, administration active et juridiction administrative ne sont pas clairement séparées⁴⁰, ce qui est flagrant lorsque l'on s'intéresse aux organes qui interviennent : les ministres, les préfets, les sous-préfets, les maires s'agissant de la juridiction volontaire et les conseils de préfecture, le Conseil d'État, mais aussi les ministres, les préfets et des commissions spécialisées pour la juridiction contentieuse⁴¹. Macarel précise même que du moment que l'administration applique aux cas particuliers les lois générales, elle exerce une « véritable juridiction, qui peut être volontaire ou contentieuse »⁴². L'ambivalence tient également à la conception du ministre-juge et au fait que la justice administrative n'est pas déléguée. Macarel tient cependant à apporter un tempérament à cette opinion. Dès 1828, il considère que la justice administrative n'est retenue qu'à son niveau supérieur. Dans les degrés inférieurs, elle est « nécessairement déléguée »⁴³, soit par la loi, soit par un autre titre. En 1852, il pourra logiquement affirmer la fin complète de la justice retenue, grâce au changement de régime intervenu en 1849.

Eu égard à cet état du droit relativement confus, la doctrine apporte deux réponses différentes.

Les uns considèrent que le Conseil d'État devrait être placé au sein de l'administration. Comme le souligne Henrion de Pansey par une formule demeurée célèbre dans une version tronquée « juger l'administration, c'est encore administrer »⁴⁴. Il faut, selon lui, « pour l'instruction et l'examen de ces sortes d'affaires, un mode spécial et particulier, une espèce de tribunal qui, comme le Conseil d'État, soit dans le gouvernement, qui en ait toujours l'esprit, quelquefois le secret, et dont la marche rapide soit toujours en accord avec ce qu'exigent la sûreté de l'État et les besoins de la société »⁴⁵. De même, en 1818, Sirey considère que la justice administrative n'est

40. Voir notamment G. Bigot, *op. cit.*, p. 34.

41. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 39.

42. *Ibid.*, p. 29.

43. L.-A. Macarel, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.*, 1844, t. 2, p. 883.

44. P.P.N. Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, T. Barrois père, 1818, p. 458 : « statuer, par des décisions, sur les réclamations auxquelles ces ordonnances peuvent donner lieu, et sur les oppositions que des particuliers se croiroient en droit de former à leur exécution, c'est encore administrer. On administre donc de deux manières : par des ordonnances en forme de lois, et par des décisions en forme de jugements ».

45. P.P.N. Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 504 ; également J. Chevallier, *op. cit.*, p. 97-99.

pas une justice comme les autres et que le contentieux doit relever de l'administration, l'influence du gouvernement étant « indispensable pour le maintien de simples intérêts administratifs » et « à plus forte raison quand il s'agit de prononcer sur les droits privés, en lutte avec les attributions, ou avec les agen(t)s de l'autorité »⁴⁶.

Les autres au contraire – parmi lesquels Macarel et Cormenin⁴⁷ – souhaitent trancher dans le vif et opérer une distinction entre la fonction d'administrer et celle de juger. Pourtant, Macarel souligne que, séparée de l'autorité judiciaire, la juridiction administrative « ne peut être placée qu'au sein de l'administration »⁴⁸, « au centre du gouvernement lui-même afin que la pensée de l'administration y soit mieux comprise »⁴⁹. Cette assertion a de quoi surprendre, la juridiction administrative semblant être appréhendée comme un organe de l'administration.

Le propos s'éclaircit néanmoins partiellement en procédant à une distinction entre les organes et les fonctions. Macarel refuse catégoriquement que la juridiction administrative soit confiée aux agents directs de l'administration : « le juge administratif doit être distinct de l'administrateur ; ou, en d'autres termes, [...] la justice administrative doit être rendue par des hommes dont aucun n'administre »⁵⁰. Cette distinction se justifie au nom de considérations de morale, de saine politique et, de manière sous-jacente, d'impartialité pour employer un terme moderne. La position adoptée est subtile : il ne faut pas séparer la justice administrative et l'administration, mais le juge administratif du simple administrateur⁵¹. En somme, l'administration ne doit pas être juge et partie, car, comme le souligne le duc de Broglie en synthétisant les critiques faites à la juridiction

46. J.-B. Sirey, *Du Conseil d'État...*, *op. cit.*, p. 462-463. Procéder à une comparaison avec l'ordre judiciaire, « c'est oublier quelle est la nature, quel est l'objet, et quels sont les moyens de la justice administrative. Il est donc impossible que celle-ci « ne reste pas dans les mains du roi. Le Roi doit juger et corriger les injustices de l'administration ». Et Sirey de réfuter la position de ceux – Cormenin et Macarel, peut-on supposer – qui désirent l'érection d'une Cour indépendante, « qui désirent que le Roi cesse de rendre la justice administrative », car ils « n'ont pas considéré, dans leur ensemble, toutes ces attributions de la justice administrative ; ils n'ont pas assez remarqué que la justice administrative complète et perfectionne l'action administrative, que d'ailleurs les intérêts administratifs, en conflit avec les droits privés, n'auraient plus de garanties, si le grand juge de l'administration n'était aussi le grand administrateur » (p. 457).

47. Il en va de même de Cormenin (*Du Conseil d'État...*, *op. cit.*, p. 101 et s.).

48. L.-A. Macarel, *Éléments de droit politique...*, *op. cit.*, p. 128.

49. *Ibid.*, p. 130.

50. *Ibid.*, p. 129.

51. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 142.

administrative, « n'est-ce donc point là une justice de *cadi* ou de *pacha* ? »⁵².

Macarel propose en conséquence que soient séparées l'administration rendue par les préfets et l'administration contentieuse rendue par les Conseils de préfecture⁵³. Toutefois, il est conscient du fait que le préfet exerce des compétences de commandement et de juridiction⁵⁴ et autant une juridiction volontaire que contentieuse. Il en va de même des ministres⁵⁵. Des réformes sont nécessaires pour mettre fin aux théories du préfet-juge⁵⁶ et du ministre-juge⁵⁷ et faire cesser la confusion entre les missions d'administration et de jugement : ni le ministre ni les préfets ne doivent plus juger des affaires, mais ils doivent s'en remettre respectivement à la saisine du Conseil d'État pour le premier et les seconds doivent être astreints à prendre leur décision en Conseil de préfecture⁵⁸. Plus radicalement, la juridiction ministérielle doit être réformée et même supprimée, Macarel préconisant que « ce tribunal [soit] effacé de nos lois »⁵⁹, en faisant appel à Montesquieu, selon lequel les dépositaires de la force exécutive ne doivent pas juger.

Une autre proposition vient contrebalancer cette tentative de scission et dénote une position mesurée de l'auteur – ou la difficulté à s'abstraire du cadre conceptuel de l'époque en écartant totalement l'administration active de la fonction de juger. Macarel, à l'instar de Cormenin⁶⁰, préconise la création d'un ministère public, ayant pour

52. Il n'est pas évident que de Broglie s'associe à la formule. Il semble plus probable qu'il mette ici en avant les arguments de Macarel (V. de Broglie, « Principes fondamentaux... », *op. cit.*, p. 2).

53. *Ibid.*, p. 43.

54. *Ibid.*, p. 101 et suiv.

55. *Ibid.*, p. 128.

56. Voir G. J. Guglielmi, « La théorie du préfet-juge », *Revue administrative*, 2002, p. 90-95.

57. Les expressions ne sont pas employées par Macarel qui fait plutôt référence à la « juridiction ministérielle ». Sur la théorie du ministre-juge, voir G. Bigot, « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », *Regards sur l'histoire de la justice administrative* (G. Bigot, M. Bouvet dir.), Litec, 2006, p. 229-255.

58. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 149 et s.

59. *Ibid.*, p. 140

60. Malgré sa position en faveur d'une juridiction autonome, Cormenin souhaite donner des garanties à l'État « en plaçant auprès de ce Tribunal un procureur général ou commissaire du Roi, chargé spécialement de défendre les intérêts de l'État » (Cormenin, *op. cit.*, p. 165). Il ajoute que « le Roi, par l'intermédiaire de son procureur, assisterait pour ainsi dire, en personne, aux délibérations du tribunal administratif, et lui rappellerait ainsi par cette sorte de présence qu'il est institué pour tenir la balance égale entre l'État et les particuliers [...] il serait l'œil du gouvernement, œil sans cesse ouvert sur les entreprises du tribunal administratif ». Pour rassurer pleinement les ministres qui pourraient être inquié-

vocation de « donner une nouvelle garantie à l'administration »⁶¹. Cette fonction doit être remplie par un agent, qui connaît les intérêts de l'administration, parle en leur nom et doit s'efforcer de « les faire prévaloir, toutes les fois qu'il lui semblera que les lois exigent le sacrifice des intérêts privés »⁶². Et, si l'ordonnance du 12 mars 1831 crée bien un ministère public, un commissaire du roi, ancêtre du commissaire du gouvernement, celui-ci sera indépendant vis-à-vis de la hiérarchie et n'aura pas pour fonction première de défendre les intérêts de l'administration.

Ainsi, là où certains auteurs ont focalisé leur attention sur le Conseil d'État, Macarel livre une vision d'ensemble de la juridiction administrative. Réfutant aussi bien la thèse civiliste – attribuant la juridiction administrative aux tribunaux judiciaires – que la thèse administrative – attribuant la juridiction administrative à l'administration –, Macarel veut que la juridiction administrative soit une juridiction à part entière et autonome. Pour cela, des réformes sont préconisées.

II. Réformer la juridiction administrative

Macarel l'indique à ses étudiants en 1844 : la justice administrative n'est pas organisée selon un ensemble satisfaisant, « un système préconçu, médité, coordonné dans ses diverses parties »⁶³. Insatisfait de l'état du droit positif, il plaide pour la transformation de l'institution (A) et pour l'octroi de garanties à la juridiction administrative (B).

A. Plaidoyer pour la transformation de l'institution

Macarel se réfère à la prohibition faite aux tribunaux de s'immiscer dans les actes de l'administration, qui découle de « la loi du 24 août 1790 » et du « décret du mois de fructidor an III »⁶⁴. Dès

tés par la juridiction administrative, Cormenin demeure plus frileux que Macarel. Il propose de faire présider le tribunal par le ministre de la Justice et de remettre en vigueur l'article 7 de l'ordonnance royale du 29 juin 1814, laquelle permettait d'« évoquer au Conseil d'État les affaires du contentieux de l'administration qui se lieraient à des vues d'intérêt général », la loi devant toutefois limiter les cas d'évocation. On peut dans ce cas s'interroger, avec Chauveau, sur l'indépendance dont bénéficierait dans cette situation le Conseil d'État (A. Chauveau, *Code d'instruction administrative ou lois de procédure administrative*, Cosse et Marchal, 3^e éd., 1867, p. xxxvij).

61. L.-A. Macarel, *Éléments de droit politique...*, *op. cit.*, p. 129.

62. *Ibid.*

63. L. A. Macarel, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.*, t. 2, 1844, p. 686.

64. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 40.

1828, il en fait non pas une loi d'interdiction, mais une loi de dévolution en considérant que la juridiction administrative a été rendue « nécessaire » et est « fondée » sur cette prohibition ⁶⁵.

Pour exercer cette juridiction contentieuse, des Conseils de préfecture ont été créés par la loi du 28 pluviôse an VIII ⁶⁶. Malgré leur nom, Macarel précise qu'il s'agit bien de tribunaux, mais qui doivent subir des aménagements. Il revient aux Conseils de préfecture d'exercer la juridiction administrative, puisqu'en principe « aux Conseils de préfecture seuls appartient, au premier degré, le contentieux de l'administration » ⁶⁷. Toutefois, il ne faut pas oublier que les Conseils de préfecture ne sont compétents qu'en vertu d'une loi. Pour les affaires non spécialement attribuées, le juge de droit commun demeure le ministre, d'où les efforts entrepris par Macarel pour séparer l'administration active de l'autorité de jugement.

Par ailleurs, après avoir minutieusement exposé les attributions du Conseil d'État ⁶⁸, son organisation et sa procédure, Macarel en vient à l'analyse des « avantages et des inconvénients » ⁶⁹ de l'institution dans son ouvrage *Des Tribunaux administratifs*. Dans un souci de divulgation du droit, mais peut-être aussi afin de mieux se positionner, il rapporte au préalable de nombreuses opinions de ses contemporains concernant l'utilité et la constitutionnalité du Conseil d'État. Sont ainsi convoqués Cornemin, Sirey, Degérando ⁷⁰, ainsi que des personnalités politiques au titre desquelles le garde des Sceaux et le ministre de l'Intérieur. Il retrace les nombreux débats qui ont surgi concernant l'existence du Conseil d'État ⁷¹. Puis, il fait part de son opinion : il est nécessaire de créer une cour de justice administrative ⁷², afin de substituer à « ce mode vicieux, cette institution anormale, une institution qui soit plus en harmonie avec notre loi fondamentale et les règles générales d'une bonne distribution de la justice » ⁷³. En effet, le Conseil d'État n'est, selon lui, « pas à proprement parler, un tribunal, une cour de justice ; car on ne conçoit pas un

65. *Ibid.*

66. Pour une synthèse historique, voir B. Even, « Des Conseils de préfecture aux tribunaux administratifs », *RFDA*, 2004, p. 475.

67. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 39.

68. Macarel recense notamment 33 lois prévoyant le recours au Conseil d'État.

69. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 325.

70. Selon l'orthographe employée par Macarel.

71. À ce titre, l'œuvre de Macarel constitue également un témoignage des échanges auxquels la défense ou la contestation de la juridiction administrative ont pu donner lieu.

72. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 481.

73. *Ibid.*, p. 513.

tribunal dont les délibérations soient soumises à une autre conviction que la sienne. Le roi seul est ce tribunal, cette cour suprême »⁷⁴. Ce faisant, il n'entend pas remettre en question la compétence de conseil du roi, mais seulement la fonction contentieuse et se demande fausement si le comité du contentieux doit être détaché du Conseil d'État pour former une cour suprême de justice administrative⁷⁵, la réponse étant évidemment positive.

Quatre arguments sont avancés en faveur de cette cour. Tout d'abord, cette création ne constitue pas une violation de la Charte qui précise qu'au roi seul appartient la puissance exécutive. En effet, la Cour n'administrera pas et le roi demeurera « le chef suprême de l'administration »⁷⁶. Ensuite, il est nécessaire de séparer le gardien de l'intérêt public et le juge de l'intérêt privé pour éviter que les particuliers ne puissent pas obtenir justice des erreurs ou des abus de pouvoir de l'administration active comme « des esclaves soumis au bon plaisir »⁷⁷. Qui plus est, la juridiction administrative statue sur des droits acquis, ce qui lui donne le statut « d'une véritable juridiction contentieuse [...] qui remplit l'office d'un tribunal administratif souverain »⁷⁸. Enfin, la loi encadre les compétences de la juridiction administrative. Cette dernière étant « bornée à l'appréciation des faits particuliers qui lui seraient soumis, elle les comparerait seulement avec la loi »⁷⁹. La juridiction a donc pour mission principale de veiller à l'exécution de la loi. Par ce changement de paradigme – la juridiction ne fait pas la loi, mais veille à son application –, Macarel œuvre pleinement à la légitimation de la juridiction administrative.

Pour originale que soit cette position, qualifiée ultérieurement par Jacques Chevallier de « quasi-juridictionnelle »⁸⁰, Macarel n'en a pas l'exclusivité. Cormenin en fait la proposition dès 1818, date de parution *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction*. Dans cet ouvrage, il se livre à une réflexion sur le « mode qui rassemblerait les

74. *Ibid.*, p. 280. Cependant, Macarel n'ignore pas le gouffre entre le droit et le fait, le fait étant que le roi n'a jamais refusé de signer une ordonnance. Aussi justifie-t-il l'emploi de l'expression « arrêts du Conseil » pour la publication des ordonnances royales rendues par le Conseil d'État, car il dit lui-même se ranger plutôt du côté du fait que du droit, ce qui semble original de la part d'un juriste (L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 282).

75. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 487.

76. *Ibid.*, p. 493.

77. *Ibid.*, p. 494.

78. *Ibid.*, p. 511 ; aussi T. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, 1987, p. 98.

79. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 518.

80. J. Chevallier, *op. cit.*, p. 99-102.

meilleures conditions pour la distribution de la justice administrative »⁸¹ et conclut en faveur de la nécessité d'une juridiction administrative⁸², d'un tribunal administratif indépendant, pour éviter que l'administration ne soit juge et partie. En 1828, Routhier se prononce également dans le même sens. Il est favorable à la conversion du « comité du contentieux au Conseil d'État en une *cour administrative supérieure* »⁸³. Henrion de Pansey semble également avoir revu son opinion et se rattache à celle de Cormenin en 1830⁸⁴.

Ces propositions ont donné lieu à de nombreuses réprobations, notamment de la part de Chauveau, qui considérait que la création d'un tel tribunal conduirait à un changement de l'ordre constitutionnel⁸⁵. Toutefois, deux critiques formulées à l'encontre de l'ouvrage de Macarel, *Des Tribunaux administratifs*, ont connu un écho prépondérant, probablement du fait de la qualité de leurs auteurs.

La première provient du duc de Broglie⁸⁶, lequel, ironie de l'histoire, sauvera l'institution du Conseil d'État quelques années plus

81. Cormenin, *Du Conseil d'État...*, *op. cit.*, p. 100.

82. Cormenin, *op. cit.*, p. 130. Il faut, écrit-il « que la juridiction administrative supérieure fût ôtée au Conseil d'État ; qu'elle fut remise à un Tribunal indépendant ; que les juges de ce tribunal fussent inamovibles ; que ses arrêts rendus au nom du Roi, comme ceux des tribunaux ordinaires fussent définitifs et exécutoires par eux-mêmes, sans avoir besoin de la sanction royale ; qu'un commissaire du roi y fût spécialement chargé de la défense des intérêts de l'État ; qu'il fut toujours présidé par le Ministre de la justice ; [...] que pour compléter le système, on améliorât l'organisation des tribunaux inférieurs » (p. 132 et s.).

83. G. Routhier, *De l'organisation du Conseil d'État en cour judiciaire, de sa juridiction ; des conseils de préfecture et de la nécessité de créer des tribunaux administratifs*, Renduel, 1828, p. 104.

84. T.-A. Cotelte, « Un mot sur le contentieux du Conseil d'État. Entretien de M. le Premier Président Henrion de Pansey contenant un examen critique des principes émis sur les tribunaux administratifs », *Revue française*, T. Barrois père et B. Duprat, 1830, n° 6, p. 65-66. Cotelte souligne qu'Henrion de Pansey fait implicitement référence à « l'auteur des *Questions de Droit administratif* ». Tout comme lui, il propose « d'ôter la juridiction administrative supérieure au Conseil d'État » et « de la remettre à un tribunal spécial indépendant ».

85. A. Chauveau, *Code d'instruction...*, *op. cit.*, p. xxxij : « D'excellents esprits, je le reconnais, ont voulu prouver la nécessité de créer un tribunal supérieur, composé de magistrats inamovibles. J'avoue, en toute humilité, que je n'ai jamais pu comprendre cet étrange moyen terme. La nécessité d'une juridiction spéciale administrative une fois reconnue, une fois admise, par tous ceux qui proposent la création d'un tribunal administratif supérieur, que deviendrait le tribunal supérieur abandonné à son isolement, ou plutôt trônant sur son isolement même ? ce serait l'arbitre souverain de l'administration ; ce serait le régulateur du pouvoir exécutif ; ce serait un instrument d'anarchie, parce qu'en lui surgirait un quatrième pouvoir qui détruirait l'équilibre résultant de la division tripartite généralement adoptée. Il n'y aurait plus de justice administrative, il n'y aurait plus d'administration, il y aurait deux pouvoirs judiciaires ».

86. Cette réaction provoque en retour celle d'Henrion de Pansey (T.-A. Cotelte, « Un mot sur le contentieux du Conseil d'État. Entretien de M. le Premier Président Henrion de Pansey... »).

tard, en 1831⁸⁷. Broglie refuse l'instauration d'une justice administrative régulière. Du moment que « les tribunaux se trouveraient appelés à prendre connaissance des arrêtés du maire ou des préfets, des règlements ministériels... nous n'aurions plus, à la vérité, d'administrateurs juges, ce qui ne vaut rien ; mais nous aurions des juges administrateurs, ce qui serait pis »⁸⁸. Cette idée de créer des tribunaux et de porter devant eux les réclamations en matière de contentieux administratif lui « semble une idée malheureuse, une idée grossière [...], une idée dont il ne saurait résulter autre chose qu'un compromis qui détruira le gouvernement représentatif ou dégradera la justice »⁸⁹.

Quant à Tocqueville⁹⁰, il reproche à Macarel d'enseigner des maximes « non seulement erronées, mais fort dangereuses » et s'oppose vertement au fait que celui-ci veuille faire de la justice administrative réservée une justice ordinaire, à l'instar de la juridiction judiciaire. Bien que tous deux libéraux, Tocqueville voit dans la juridiction administrative une juridiction partielle et oppressante, là où Macarel se rattache à un libéralisme étatique. Qui plus est, Tocqueville « reproche également à la justice administrative et à son droit de ne pas être en adéquation avec le libéralisme politique consacré par les chartes »⁹¹. Non seulement la Charte n'a pas reconnu la dualité de juridiction et prohibe les juridictions d'exception, mais en plus il manquait de nombreuses garanties à la juridiction administrative pour qu'elle puisse être considérée comme protégeant aussi bien les droits des administrés que les tribunaux ordinaires. Macarel en est conscient et milite pour une extension de ces garanties.

87. Voir notamment G. Bigot, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 99 : Sous la monarchie de Juillet, le duc de Broglie « obtient que la présidence du Conseil soit rattachée au ministère des cultes et de l'instruction publique dont il a la charge » et non au ministère de la Justice. Il se fait le défenseur du Conseil d'État, tout en prônant sa réforme, qui trouve sa concrétisation dans les ordonnances de 1831.

88. V. de Broglie, « Principes fondamentaux... », *Revue Française*, 1828, reproduit in *Revue des revues de droit public publiées à l'étranger*, 1839, p. 19.

89. V. de Broglie, *op. cit.*, p. 20. Selon lui, le contentieux administratif n'est à porter ni devant les tribunaux ordinaires ni devant aucun tribunal, mais il revient à l'administration de se prononcer en la matière, la plainte devant être déposée auprès du supérieur. La puissance publique échappe à la connaissance des tribunaux (p. 10). Toutefois, il concède qu'un certain nombre de litiges relèvent en réalité de la compétence de la juridiction judiciaire (p. 3).

90. Article reproduit dans S. Gilbert, « Rapport de M. Tocqueville sur le Cours de droit administratif de M. Macarel », 1846, *RFDA*, 2007, p. 1115 et suiv.

91. G. Bigot, « Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ? », *RDP*, 2012, p. 441-456.

B. Plaidoyer pour une juridiction dotée de garanties

« Le nom n'est rien, les garanties sont tout »⁹². Par cette formule, Macarel montre son attachement à l'essence de la juridiction et à ses caractéristiques.

Or, les lacunes sont nombreuses devant les Conseils de préfecture. Même si « en soi, l'institution est bonne »⁹³, elle pèche à plusieurs titres. Les juges sont nommés et révoqués discrétionnairement par le chef de l'État. Sont également critiqués la voix prépondérante du préfet en cas de partage et le fait que les « parties n'ont point d'accès direct auprès des conseils de préfecture ». En effet, les réclamations sont adressées au préfet, qui les distribue aux différents bureaux, ce qui est source de retard et présente le risque que le dossier ne soit pas transmis. De plus, il manque des règles de procédure. Enfin, le traitement des conseillers est trop faible⁹⁴. Pour remédier à ces inconvénients, Macarel formule diverses propositions. D'une manière générale, il prend modèle sur les règles en vigueur devant le Conseil d'État, en particulier en ce qui concerne la codification de la procédure. Parmi ses propositions, l'une réside évidemment dans l'exclusion des préfets de l'activité des Conseils de préfecture. Afin de faire entrer de l'expérience dans les conseils de préfecture, il considère que les juges doivent être nommés parmi les agents de l'administration, au fait du maniement des affaires publiques⁹⁵, mais ceux-ci seront indépendants, car inamovibles.

En outre, s'agissant de la création de la juridiction idéale qu'il appelle de ses vœux – cette cour de justice administrative-, il précise en 1828 qu'elle doit être « forte, indépendante, jugeant en vertu d'un règlement immuable, tenant audience publique, admettant les parties et leurs avocats, ce qui suppose nécessairement qu'elle recevra son institution d'une loi délibérée avec calme et maturité »⁹⁶.

Quant au Conseil d'État, Macarel demande l'intervention d'une loi⁹⁷, qui consacrerait sa compétence pour connaître des affaires en

92. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 513.

93. *Ibid.*, p. 47.

94. *Ibid.*, p. 47 et suiv.

95. L.-A. Macarel, *Éléments de droit politique...*, *op. cit.*, p. 149.

96. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 514.

97. On notera l'importance que Macarel attribue à la loi comme source de garantie. Le culte de la loi de l'époque révolutionnaire n'est pas loin et l'idée est encore fortement ancrée dans les esprits que seule la loi protège.

appel⁹⁸. Il réclame aussi l'inamovibilité des juges et la publicité des débats⁹⁹, d'autres auteurs formant à la même époque les mêmes revendications¹⁰⁰. Ils seront entendus sous la Monarchie de Juillet grâce aux deux ordonnances des 2 février et 12 mars 1831 améliorant les garanties offertes aux justiciables par la consécration de la publicité des audiences, du droit pour les avocats d'ajouter des observations orales à leurs mémoires écrits et par la création d'un ministère public¹⁰¹. Pourtant, et malgré l'importance reconnue à l'heure actuelle à ces ordonnances, Macarel n'y fait écho qu'à une seule reprise dans son *Cours d'administration* publié en 1852, à propos de l'institution du ministère public¹⁰².

Enfin, à la suite de la Constitution de 1848, la loi du 3 mars 1849 donne au Conseil d'État de véritables attributions judiciaires en matière contentieuse, prélude à la consécration de la justice déléguée en 1872. Macarel le souligne : celui-ci « est maintenant investi d'une juridiction propre que tous les législateurs précédents s'étaient attachés à lui dénier »¹⁰³ et « le Conseil d'État exerce la juridiction suprême en administration ; il rend des décisions définitives et souveraines ; ces décisions n'ont besoin de l'approbation d'une autre autorité »¹⁰⁴. Macarel ne se félicite outre mesure de cette évolution ni ne regrette l'absence de consécration d'une cour de justice administrative véritablement indépendante et séparée de l'administration. Il semble se satisfaire de l'organisation nouvelle du Conseil d'État, qui « donne toutes les garanties d'un jugement réel aux citoyens ; et par l'introduction de cette juridiction au sein même du Conseil d'État, il donne à l'administration la certitude que ses juges seront pénétrés de son esprit et familiarisés avec ses besoins »¹⁰⁵.

D'ailleurs, dès la parution de son *Cours de droit administratif* en 1844, Macarel a cessé de faire référence à cette cour de justice administrative. Trois motifs semblent pouvoir expliquer son retrait. Une

98. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.*, p. 513.

99. *Ibid.*, p. 521.

100. Voir notamment G. Routhier, *De l'organisation du Conseil d'État...*, *op. cit.*, p. 74 ; Cormenin, *Du Conseil d'État...*, *op. cit.*, p. 154 ; J.-B. Sirey, *Du Conseil d'État...*, *op. cit.*, p. 473-476 et p. 579.

101. Voir notamment G. Bigot, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 100.

102. Il ne mentionne même que l'ordonnance du 12 mars 1831 concernant l'institution d'un ministère public (L.-A. Macarel, *Cours d'administration et de droit administratif...*, *op. cit.*, t. 2, 1852, p. 598)

103. L.-A. Macarel, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.*, t. 2, 1852, p. 352.

104. Macarel, *op. cit.*, p. 595.

105. *Ibid.*, p. 595.

première clé d'explication est fournie par Tocqueville, qui à propos du *Cours d'administration* de 1852 exprimait ses regrets que « M. Macarel ne se soit pas souvenu qu'il avait écrit sur le droit administratif en publiciste avant d'écrire en commentateur »¹⁰⁶. Par ailleurs, Macarel a peut-être pu déduire des diverses réformes du Conseil d'État que la création d'une telle cour n'était plus nécessaire, d'autant qu'il siège lui-même au sein de l'institution depuis 1830. Cette interprétation confirmerait que Macarel était davantage attaché aux garanties réelles qu'aux dénominations. Enfin, il se peut qu'en ce milieu du XIX^e siècle l'heure ne soit déjà plus à l'audace et à l'innovation, alors que paraîtront peu de temps après les premiers traités de contentieux administratif. Cette éclosion d'une littérature juridique nouvelle est permise par Macarel et Cormenin¹⁰⁷, auxquels les fils que sont Chauveau¹⁰⁸, Serrigny¹⁰⁹, Foucart¹¹⁰ et tant d'autres encore ne manqueront pas de rendre hommage.

Anne JACQUEMET-GAUCHÉ
Professeur de droit public à l'Université d'Auvergne
Centre Michel de l'Hospital

106. « Rapport de M. Tocqueville... », *RFDA*, 2007, p. 1115 et suiv.

107. De Cormenin ou Macarel, on peut se demander lequel des deux a connu la plus grande postérité. Selon Mathieu Touzeil-Divina, Macarel est « celui qui, quantitativement et chronologiquement a compté le plus » sur les questions institutionnelles et « celui qui, avant les autres, a le premier compris l'importance capitale du Conseil d'État et de sa juridiction » (M. Touzeil-Divina, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 86 et 170). Cependant, Cormenin semble plus fréquemment cité par ses contemporains et ses successeurs au cours du XIX^e siècle.

108. A. Chauveau, *Code d'instruction administrative...*, *op. cit.*, p. vij, xxix et clxxx.

109. D. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, Joubert, 1842, t. 1, préface, p. III.

110. M. Touzeil-Divina, *Le doyen Foucart (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, Paris 2, Thèse, 2007, p. 1397 et s.